



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL RECURSO COMO ELEMENTO DEL
CONTENIDO ESENCIAL DEL
DERECHO A LA PLURALIDAD DE
INSTANCIA. EN PARTICULAR SOBRE
EL RECURSO DE AGRAVIO
CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, diciembre de 2011

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2011). El recurso como elemento del contenido esencial del Derecho a la pluralidad de instancia. En particular sobre el recurso de agravio constitucional. En M. Achulli y E. Huamán (Coord.), *Estudios sobre los medios impugnatorios en los procesos laborales y constitucionales* (pp. 235-265). Lima: Gaceta Jurídica.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL RECURSO COMO ELEMENTO DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA. EN PARTICULAR SOBRE EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

Luis Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

Ayuda decisivamente no sólo al entendimiento sino también a la aplicación de una determinada categoría jurídica, que se sepa acerca de su origen justificativo. Para el caso del recurso de agravio constitucional, resulta importante que se conozca el entramado iusfundamental del que proviene y dentro del cual encuentra su plena justificación. Un tal entramado viene conformado por el derecho fundamental al debido proceso que como derecho genérico o continente, viene conformado –entre otros– por el derecho a la pluralidad de instancias. Aquí interesa el recurso como medio de acceso a una determinada instancia, distinta a la primera a la que se accede mediante una acción. De modo que el recurso se presenta como el medio a través del cual se hace realidad la exigencia iusfundamental de instancia plural en un proceso para ser el justo o debido. Una vez justificado este marco general, corresponderá analizar el recurso de agravio constitucional como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias en la configuración del proceso debido o justo de amparo, hábeas corpus y hábeas data. Todos estos asuntos serán analizados a lo largo de las páginas siguientes.

II. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO HUMANO

1. *Un concepto de Derecho humano*

Los derechos humanos deben ser entendidos como bienes humanos *debidos* a la Persona, y debidos no por un título positivo, sino natural¹. La Persona tiene una naturaleza (un ser y una esencia), que la hace ser la criatura más valiosa de entre todas las que pueblan la tierra. Lo debido a ella es ser considerada como fin, y además, como fin en sí misma, y por ello como un absoluto. Como tal va ínsita en su naturaleza la exigencia de alcanzar la máxima realización posible. Esta la alcanzará a través de la satisfacción de las necesidades que por brotar de su naturaleza son esenciales. Las necesidades humanas se satisfacen con bienes humanos, los cuales se definen como realidades que perfeccionan al ser humano. En la medida que el modo de ser humano condiciona el valor del ser humano, y éste exige la máxima realización humana, el modo de ser y valer humano exige la máxima posible

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura); Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú).

¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31–72.



adquisición y goce de bienes humanos. Es lo que le corresponde por ser Persona, y al corresponderle le es debido, y al serle esto debido, es lo que se le debe. Por tanto, en este nivel ya es posible hablar de *derecho*, si por éste se entiende la cosa justa debida².

Esto significa que la justificación de la adquisición y goce de los bienes humanos se ha de realizar por la única gran razón de lo que es y vale la Persona. A ella se le debe el mayor número de bienes posibles, porque se le debe la máxima realización como Persona. El otorgárselo es un acto de justicia y no una concesión. Por eso es que la validez jurídica de las decisiones del legislador positivo (internacional o nacional), depende de que tales decisiones se ajusten a las mencionadas exigencias de justicia que al partir de la Persona humana y al tenerla a ella como fin, bien pueden ser llamadas exigencias de justicia humana, o exigencias de justicia natural.

2. *Una necesidad esencial humana*

Una de tales necesidades esenciales a la Persona está referida a la solución de las controversias que surgen en el marco de las relaciones sociales que emprende en el desenvolvimiento de la convivencia social. Es pacífico admitir que la Persona tendrá un ámbito de desarrollo y perfeccionamiento personal propicio en la medida que no existan conflictos. La inexistencia de conflictos no sólo supone atender una etapa preventiva dirigida a evitar en lo posible la aparición del conflicto, sino –y especialmente porque en ningún caso los conflictos son evitables completamente– afrontar con eficacia la aparición de los conflictos.

Los conflictos intersubjetivos que se generan en la convivencia social serán superados eficazmente, mientras más se neutralicen los efectos nocivos del mismo. Dicho con otras palabras, mientras más y mejor se logre una verdadera y sólida paz social. Esta se conseguirá sólo a través de la disposición y ejecución de decisiones justas como soluciones de las controversias. De modo que es posible justificar que es una necesidad humana esencial la solución justa de las controversias surgidas en la convivencia social.

3. *El bien humano que satisface esa necesidad humana*

Frente a esta necesidad esencial hay que reconocer al bien humano a través del cual satisfacer tal necesidad. En la medida que la controversia se formula de la convivencia de dos sujetos racionales, la solución deberá ser una también racional en su origen y en su contenido. Una tal decisión debe provenir de un medio racional dirigido a la búsqueda de la verdad de los hechos y, a partir de ellos, a la construcción de la decisión justa. Un tal proceso ha de asegurar en la mayor medida de lo posible la solución justa de las distintas controversias que surjan en la convivencia humana. En este contexto, el bien humano viene a conformarse por ese proceso racional de búsqueda de la verdad y de construcción y ejecución de una decisión justa que neutralice en la mayor medida de lo posible los efectos

² Al respecto cfr. HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona 1992, ps. 165 y ss.

nocivos de todo conflicto social. El bien humano, pues, puede ser denominado como proceso debido o proceso justo.

4. *El derecho humano originado a partir de esa necesidad humana*

Por lo que se lleva dicho hay que concluir que al constatar que es una constante vital el surgimiento de conflictos en las relaciones sociales, es de sostener la necesidad humana esencial de que tales conflictos no jueguen en contra de la realización plena de la Persona. Esta situación se logrará sólo con la construcción y ejecución de una decisión justa como solución de las controversias. La solución justa es la solución debida, porque es la única que se condice con el valor de fin de la Persona al promover su máxima realización; la solución justa, es pues, la única manera de solucionar las controversias con respeto a la dignidad humana. Dicho negativamente, una solución injusta es una decisión indigna. Hay, entonces, la necesidad humana esencial de resolver las controversias según una decisión justa.

Esta necesidad humana sólo se satisface a través de un mecanismo que permita descubrir la verdad de los hechos para formular racionalmente la decisión justa que resuelva la controversia. Un tal mecanismo es un proceso, que en tanto es el reclamado por la satisfacción de la necesidad humana, hay que denominarlo como proceso debido, porque es el reclamado por la naturaleza y valor del sujeto respecto de quien se formulará la solución de la controversia. Otro modo de llamar al proceso justo es proceso debido. Este es el nombre el bien humano que satisface aquella necesidad humana.

En la medida que el proceso justo es el proceso debido a la Persona por ser (y valer) lo que es (y vale), está ordenado otorgárselo a ella. Es lo justo para con ella. Si esto es lo debido, por ser lo justo, es posible aquí reconocer ya un derecho que por brotar de la naturaleza (esencia) y valor de la Persona, es un derecho humano. Tal derecho humano puede ser identificado con el nombre del bien humano que le da origen. Así, es posible reconocer el derecho humano al debido proceso o al proceso justo.

5. *Sobre la esencia del derecho humano al debido proceso*

Si bien el contenido esencial de los derechos humanos se ha de definir en las circunstancias de cada caso concreto, nada impide que en un plano abstracto puedan formularse –de modo general– algunas líneas que definen el contenido esencial del derecho humano. De modo general es posible sostener que un proceso que favorezca la verdad de los hechos y la construcción de la decisión justa, reclama conformarse con una serie de elementos que intenten asegurar en la mayor medida de lo posible precisamente arribar a tal verdad fáctica, para tener la real posibilidad de formular una decisión justa. En la medida que tales elementos tienden a asegurar la decisión justa, bien puede reconocérseles como garantías procesales. Estas podrán ser de tipo formal y de tipo material. Serán las primeras aquellas que se dirigen a asegurar que el desenvolvimiento de las distintas etapas procesales que conforman el proceso, vayan dirigidas efectivamente a la consecución de la finalidad que es la resolución de las controversias con base en una decisión justa. Mientras que las segundas serían aquellas dirigidas a asegurar que la decisión se ha construido con sujeción a las exigencias de racionalidad jurídica que asegure una decisión justa como resolución del



conflicto. Unas y otras garantías conforman el contenido esencial del derecho humano al debido proceso, por lo que es posible reconocer en este, un derecho de naturaleza abarcativa o derecho continente³.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

1. *El papel del acto de positivación de un Derecho Humano*

La existencia del derecho humano al debido proceso se formula desde la Persona al margen de cualquier decisión posterior del legislador positivo. Esta decisión no hace a la existencia del derecho, de ahí que se sostenga que en un Estado constitucional de derecho, el legislador positivo no crea el derecho humano sino que se limita a reconocerlo. Pero una decisión positivadora, ya sea a nivel internacional –a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos–, como a nivel nacional –principalmente a través de las Constituciones nacionales–, sí favorece la eficacia del derecho humano. Y la favorece en la medida que el acto positivador evita la discusión y justificación sobre la existencia del derecho. Sobre un derecho humano positivado la cuestión jurídicamente relevante no es si tal derecho existe o no porque se admitirá como existente; sino que tal cuestión pasa a ser la determinación de su alcance y significación jurídica (particularmente la determinación de su contenido esencial). Es por esto que si bien el acto de positivación de un derecho humano no se desenvuelve en el plano de la existencia jurídica, sí lo hace en el plano de su eficacia, porque al positivarlo aumenta la garantía de su vigencia efectiva. Aquí, como es obvio, interesa analizar el acto positivador realizado por el Constituyente peruano.

2. *Los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados*

Los derechos humanos que son positivados en una determinada Constitución reciben el nombre de derechos fundamentales. Estos, al ser los derechos humanos positivados, pueden definirse como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona por ser tal, cuya adquisición supondrá el logro de grados de realización personal, y que han sido reconocidos expresa o implícitamente en el texto de la Constitución. Para el concreto ordenamiento constitucional peruano, todos los derechos recogidos en la Constitución son derechos constitucionales a la vez que son derechos fundamentales, de manera que para hacer referencia a los derechos humanos positivados es posible emplear una u otra expresión.

A todos estos derechos no sólo hay que reconocerles un mismo rango constitucional, sino que todos ellos son concebidos como igualmente necesarios para alcanzar la plena realización de la Persona como fin, tal y como lo dispone el artículo 1 de la Constitución. Todos los derechos humanos constitucionalizados son iguales tanto en su rango como en su valor para la Persona como absoluto. La primera es una igualdad formal, la segunda es una igualdad material. Ambas son los elementos esenciales para reconocer que el principio de

³ CASTILLO CÓDOVA, Luis, “El significado iusfundamental del debido proceso”, en SOSA SACIO, Juan Manuel, *El debido proceso*, Gaceta Jurídica, Lima 2010, ps. 9–31.

unidad predicado de los derechos humanos, ha sido también positivado por el Constituyente peruano.

3. *La constitucionalización del debido proceso*

Uno de esos derechos humanos constitucionalizados es el derecho al debido proceso que el Constituyente peruano ha recogido en el artículo 139.3 CP, con el siguiente tenor: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. El bien humano debido proceso o proceso justo ha sido positivado en esta disposición constitucional, haciendo referencia tanto a la dimensión dinámica o subjetiva del proceso con la expresión “debido proceso”, como a su dimensión estática u objetiva con la expresión “tutela jurisdiccional”⁴. De modo que con estas dos expresiones se hace referencia a una misma realidad: el proceso como instrumento de consecución y aseguramiento de una decisión justa, aunque desde perspectivas distintas, subjetiva una, y objetiva o institucional la otra.

Tal y como fue justificado anteriormente, el derecho humano al debido proceso está compuesto por una serie de garantías (formales y materiales) que integran su contenido esencial. Esto hace posible sostener que el derecho humano al debido proceso tiene la naturaleza de derecho continente. Esta misma manera de entenderlo es posible de reconocer en la Constitución peruana, de modo que en ella es posible sostener que la constitucionalización del bien humano “debido proceso”, ha de ser entendida como la positivación de un derecho continente. Esta situación ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer en el derecho al debido proceso “un derecho de estructura compleja”⁵, “un derecho constitucional de naturaleza omnicompreensiva”⁶, o “un derecho continente”⁷, o “que constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo [139 CP]”⁸.

También como fue ya advertido del análisis del contenido esencial del derecho humano al debido proceso, los derechos que conforman el contenido del derecho al debido proceso como derecho continente, tienen la naturaleza de garantías en tanto que están destinados a asegurar en la mayor medida de lo posible, que el proceso termine con la formulación y efectiva ejecución de una decisión justa. Tales garantías, como se dijo también, pueden ser de naturaleza procedimental o de naturaleza material. A partir de aquí es posible sostener que el derecho fundamental al debido proceso que se recoge en el artículo 139.3 CP, tiene un

⁴ En esta misma línea, se ha escrito con acierto que “entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”. MONROY GÁLVEZ, Juan, *Teoría general del proceso*, Palestra editores, Lima 2007, ps. 459–460.

⁵ EXP. N.º 03075–2006–AA/TC, Fundamento 4.

⁶ EXP. N.º 00917–2007–PA/TC, Fundamento 14.

⁷ EXP. N.º 10490–2006–PA/TC, Fundamento 2.

⁸ EXP. N.º 0004–2006–PI/TC, Fundamento 22.



contenido esencial o constitucional compuesto por un conjunto de garantías, unas de tipo procedimental y otras de tipo material. Este tipo de composición ha sido advertido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en la que ha reconocido que el derecho al debido proceso tiene tanto una dimensión procedimental o formal como otra material, de modo que “su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza”⁹. Y es que este derecho fundamental exige concebir “al proceso no sólo como instrumento de solución de conflictos, sino como un mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor justicia”¹⁰.

En lo que respecta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. En este sentido, esta dimensión procedimental *tiene que ver con las formalidades estatuidas*¹¹ en un proceso, y supone tomar en consideración “las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc)”¹². Mientras que su dimensión material exige reconocer que el debido proceso “en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como la razonabilidad y la proporcionalidad que toda decisión con la que se pone término a una controversia, debe suponer”¹³. Esto, consecuentemente, supone admitir que “el juez constitucional se encuentra legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales”¹⁴, por ser esta dimensión material, contenido esencial o constitucional del derecho fundamental. Y es que las garantías formales y materiales del debido proceso “en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”¹⁵.

IV. EL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS COMO PARTE DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

1. *La pluralidad de instancias como derecho humano*

En un plano suprapositivo se justificó la necesidad humana de resolver los conflictos que surgen en la convivencia humana a través de una solución justa. Sólo una solución justa es una solución que se condice con el valor de la Persona y, por eso, es la única digna de ella. El bien humano que satisface esta necesidad humana es el debido proceso, definido éste como el mecanismo racional conformado por una serie de elementos que tienden a asegurar en la mayor medida de lo posible la consecución y ejecución de una decisión justa. Este bien humano, al ser debido a la Persona por ser Persona, tiene el carácter jurídico por lo que ha

⁹ EXP. N.º 02386–2008–PA/TC, Fundamento 11.

¹⁰ EXP. N.º 00917–2007–PA/TC, Fundamento 14.

¹¹ EXP. N.º 02424–2004–AA/TC, Fundamento 2.

¹² EXP. N.º 03075–2006–PA/TC, Fundamento 4.

¹³ EXP. N.º 00917–2007–PA/TC, Fundamento 14.

¹⁴ EXP. N.º 10490–2006–AA/TC, Fundamento 3.

¹⁵ EXP. N.º 10490–2006–PA/TC, Fundamento 2.

de ser tenido como *derecho*, definido este como la *cosa justa debida*. Es decir, a partir de aquí es posible hablar del derecho humano al debido proceso.

Uno de esos elementos que tienden a asegurar la decisión justa es la pluralidad de instancias. La falibilidad humana es una realidad innegable, y está presente en toda actividad humana, también en aquella dirigida hacia la búsqueda de la verdad de los hechos que configuran una controversia o conflicto, y hacia la construcción y ejecución de la decisión justa que resuelve un conflicto. El logro de esta finalidad se verá favorecido si se neutralizase los riesgos que implica la falibilidad humana. Estos riesgos disminuyen, sin anularlos completamente, si se prevé al menos dos instancias decisorias, una que formula la decisión y la otra que la revisa.

Esto quiere decir que la doble instancia viene exigida por la naturaleza jurídica del derecho humano al debido proceso y no por la convención positivada. Al formar parte de la naturaleza que lo define, la pluralidad de instancias es una exigencia de justicia natural; brota como elemento configurador de lo que le es debido a la Persona por ser tal a la hora de resolver las controversias: un proceso justo o debido. La pluralidad de instancias, pues, vincula desde la consideración misma de la Persona como fin.

Llegados a este punto es posible dar un paso más para sostener que esta exigencia de justicia tiene una entidad tal que le permite considerarla a la vez como un derecho humano. En efecto, es posible sostener que la triada justificativa necesidad humana – bien humano – derecho humano, se verifica también respecto de la exigencia de pluralidad de instancias. Así, es posible sostener que existe la necesidad humana de neutralizar lo más posible las negativas consecuencias de la falibilidad humana a la hora de resolver una controversia. Esta necesidad humana se satisface con la previsión de una procedimental pluralidad de instancias a la hora de formular una decisión definitiva, este vendría a constituir el bien humano. En tanto este bien humano es exigible por la consideración de fin de la Persona que reclama la satisfacción de la mencionada necesidad humana, entonces, es posible sostener que a la Persona le es debido procesarla con un proceso que considere una pluralidad de instancias; y al serle debido, esto ya configura derecho, definido este como la cosa justa debida. De esta manera, está justificado el derecho humano a la pluralidad de instancias.

2. El derecho humano a la pluralidad de instancias persigue la decisión justa como solución de las controversias

La pluralidad de instancias como derecho humano forma parte del contenido esencial del derecho humano al debido proceso considerado éste como un derecho continente. Esto significa que el bien humano que anima y justifica al debido proceso como derecho humano, guarda una estrecha relación con el bien humano que anima y justifica al derecho humano a la pluralidad de instancias. Fruto de esa estrecha relación, ambos bienes humanos han de perseguir una misma finalidad: la solución efectiva de la controversia surgida en la convivencia social a través de una decisión justa.

Esta finalidad es directamente perseguida por el bien humano debido proceso, y es indirectamente perseguida por el bien humano pluralidad de instancias. Efectivamente, la



pluralidad de instancias persigue directamente neutralizar los riesgos de la falibilidad humana a la hora de resolver una controversia, pero esta finalidad la quiere conseguir animada por un objetivo último, que es precisamente alcanzar una decisión justa en la solución de las controversias. Este mismo razonamiento es posible de formularlo respecto de todos los derechos humanos que forman parte del contenido esencial del derecho humano al debido proceso. De ellos es posible formular un bien humano que persigue una finalidad que tiene sólo valor relativo, en la medida que vale en relación a la consecución de una finalidad última.

3. Elementos del contenido esencial del derecho humano a la pluralidad de instancias

Esto último ayuda de modo decisivo a la hora de identificar los elementos que conforman el contenido esencial del derecho humano a la pluralidad de instancias. Una vez sabido que la finalidad de este derecho humano es la neutralización del riesgo que conlleva la falibilidad humana en el logro de la decisión justa como solución a las controversias, se ha de intentar identificar aquellos elementos llamados de modo necesario a conseguir una tal finalidad. Es decir, se ha de intentar determinar aquel contenido que hace a este derecho, y sin el cual este derecho dejaría de ser tal para pasar a ser otro distinto. Si bien es cierto, los elementos definitorios del contenido esencial de un derecho humano se han de encontrar en la singularidad de los casos concretos, es posible presentar alguno de ellos en un plano general que luego irán a ser precisados en el caso concreto.

Pues bien, de modo general es posible sostener que forman parte del contenido esencial del derecho humano a la pluralidad de instancias la previsión tanto de un mecanismo de revisión de la decisión tomada en un proceso, así como la idoneidad del ente encargado de realizar la revisión.

El mecanismo de revisión debe ser uno tal que permita evaluar el desempeño procedimental como material del órgano que conoció un conflicto determinado y para cuya solución ha emitido la decisión. Por eso, y sin pretender un enunciado exhaustivo, exige al menos los siguientes componentes. Primero, que se prevea la posibilidad de pedir la revisión de una decisión. A esta posibilidad normalmente se le conoce con el nombre de “recurso”. Así, es mediante un recurso que se activa la etapa revisora de un proceso. Segundo, que un tal recurso habrá al menos una etapa procesal más para que un órgano distinto y en una instancia distinta, revise la decisión inicialmente adoptada. Tercero, exige que a la etapa de revisión concurren las partes del proceso y no solamente quien alega el vicio o irregularidad que supuestamente hace injusta a la decisión recurrida. Se trata de conseguir en una instancia distinta la confirmación o la modificación de la decisión inicialmente tomada por el órgano decisor, y en ella ha de intervenir no sólo la parte que solicita la revisión.

Mientras que de la entidad encargada de realizar la actividad de revisión, es posible sostener las siguientes exigencias. Primera, que el órgano revisor tenga la atribución funcional para actuar como tal ente revisor, es decir, que sea un órgano competente. Segunda, en la medida que se trata de verificar si la decisión recurrida se ajusta o no a las exigencias de justicia, el órgano revisor ha de ser imparcial, es decir, no ha de tener ningún interés en una u otra

solución, ni ha de tener ningún prejuicio creado a favor o en contra de ninguna de las partes. A estas dos exigencias que son las propias de todo aquel que ha de resolver un conflicto o controversia (competencia e imparcialidad), se ha de añadir al menos una más: que el órgano revisor sea colegiado y en número mayor de miembros que el órgano del que provino la decisión sometida a revisión, esto permitirá un mayor debate y un mayor aseguramiento de la decisión justa.

De esta manera, la exigencia de una entidad revisora de las decisiones que se formulan como solución a un conflicto y del procedimiento idóneo para atender tal revisión, se convierten en exigencias esenciales del debido proceso como mecanismo racional destinado a construir y ejecutar una decisión justa como solución de una controversia.

4. *La positivación de esta exigencia de justicia natural en la Constitución peruana*

Como no podía ser de otra manera, tanto el legislador internacional como el nacional, se han de limitar a reconocer esta exigencia de justicia. Interesa analizar el reconocimiento realizado por el Constituyente peruano. Ésta ha dispuesto que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia”. Esta disposición abierta e indeterminada necesita de concreción. Los elementos concretadores de su alcance jurídico han sido puestos de manifiesto por el Supremo intérprete de la Constitución, como inmediatamente se pasa a describir.

5. *La interpretación de esta positivación por parte del Tribunal Constitucional*

El Supremo intérprete de la Constitución peruana ha dado una serie de significados iusfundamentales de esta disposición que en su mayoría vienen a componer su contenido esencial. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que la pluralidad de instancias es un derecho fundamental: “el artículo 139º, inciso 6), de la Constitución contiene el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia”¹⁶. Pero es un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho fundamental al debido proceso. Tal vinculación le viene dada por su consideración de contenido del derecho al debido proceso como derecho continente: “este Colegiado ha señalado que este derecho fundamental forma parte del debido proceso”¹⁷.

Como parte del derecho al debido proceso, es posible reconocer en el derecho a la pluralidad de instancia una naturaleza aseguradora o de garantía. En referencia al derecho a la pluralidad de instancia ha dicho que “Éste forma parte del debido proceso y constituye una garantía que ofrece el Estado Constitucional”¹⁸; y ha reconocido a la vez que “El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso”¹⁹.

¹⁶ EXP. N.º 07566–2005–AA/TC, Fundamento 3.

¹⁷ EXP. N.º 00037–2009–AI/TC, Fundamento 49

¹⁸ EXP. N.º 07566–2005–AA/TC, Fundamento 3

¹⁹ EXP. N.º 04617–2007–HC/TC, Fundamento 2.



En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha hecho referencia también a la finalidad que anima la formulación jurídica de la exigencia de pluralidad de instancia: permitir la revisión de una decisión que resuelve una controversia y que puede estar afectada por error dado la falibilidad del ente decisor. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que el derecho a la pluralidad de instancias es “un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia”²⁰. Con otras palabras, “[l]a razón de ser de un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la equivocación humana como accidente posible en el proceso”²¹.

Sin embargo, ésta finalidad no puede intentarse conseguir de cualquier manera, sino sólo a través de los caminos (recursos), en los plazos y con las formalidades previstas por el legislador. Así, el derecho a la pluralidad de instancias busca “garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”²².

Es por eso que este derecho es uno de configuración legal, en la medida que la oportunidad y modo de acceder a una segunda instancia procesal viene determinada por la ley. Así, “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir”²³. El que se trate de un derecho de configuración legal no significa que el Legislador pueda regular el ejercicio de este derecho como crea conveniente, sino que tal regulación no podrá desnaturalizar el derecho haciendo inviable o dificultando irrazonablemente la interposición de los recursos a fin de acceder a la instancia revisora. Bien tiene dicho el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio”²⁴.

Ninguna de las partes podrá inventarse recursos o disponer ellas mismas de los plazos, sino que todo ello viene definido por la ley. Así, “el justiciable no puede ofrecer medios impugnatorios no previstos en la ley ni utilizar arbitrariamente alguno de los que conforman el catálogo de medios para destinarlo específicamente a cuestionar resolución de tipo distinto a la que le causa agravio, en una suerte de aplicación del proscrito ‘Recurso Indiferente’ no aceptado por nuestro sistema recursivo”²⁵. En buena cuenta, este derecho fundamental, “no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las

²⁰ EXP. N.º 05194–2005–AA/TC, Fundamento 4.

²¹ EXP. N.º 2877–2005–AA/TC, Fundamento 7.

²² EXP. N.º 03261–2005–AA/TC, Fundamento 3.

²³ EXP. N.º 04556–2008–AA/TC, Fundamento 4.

²⁴ EXP. N.º 5194–2005–PA/TC, Fundamento 5.

²⁵ EXP. N.º 00478–2005–AA/TC, Fundamento 4.

resoluciones que se emitan al interior de un proceso, [sino] que corresponde al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación”²⁶.

El Tribunal Constitucional ha hecho referencia también al número de instancias que se han de prever a fin de cumplir las exigencias de este derecho fundamental. Como es de compartir, el Supremo intérprete se ha limitado a establecer el mínimo exigible y el máximo proscrito por la Constitución. Del primero ha manifestado que este derecho fundamental exige al menos dos instancias: “el inciso 6) del artículo 139º no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí establece que deba existir una instancia plural, por lo que el contenido constitucionalmente garantizado exige que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia”²⁷. Y de lo segundo ha manifestado que “el derecho a la pluralidad de instancias no significa la existencia de una organización judicial estructurada en fases sucesivas sin tope”²⁸.

No hay un número máximo, pero para su constitucional determinación se ha de tomar en cuenta el principio de seguridad jurídica así como el principio de ejecución efectiva y oportuna de las resoluciones judiciales, además de otras exigencias procesales. Sobre estas últimas ha dicho el Tribunal Constitucional que “el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias que se discuten en cada proceso, es decir, en caso se trate de un proceso civil, penal, administrativo o constitucional”²⁹.

Finalmente se hará mención a un criterio jurisprudencial más referido al alcance del derecho fundamental a la pluralidad de instancia. Como regla general es posible sostener que la exigencia de pluralidad de instancia no es privativa del proceso judicial, sino que ha de ser reconocida en todo tipo de proceso en el que la Persona, como fin en sí misma, sea parte, obviamente, sin desnaturalizar al mismo. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “la pluralidad de instancias es un derecho que exige su plena materialización en sede jurisdiccional, pudiendo exigirse también en otras sedes como la administrativa o privada, entre otras, siempre y cuando la naturaleza de estas lo permita”³⁰.

Así, por ejemplo, en referencia expresa al procedimiento administrativo, ha manifestado el Tribunal Constitucional que “si en sede judicial uno de los contenidos del derecho [al debido proceso] lo constituye el de (...) pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, (...) el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede,

²⁶ EXP. N.º 05019–2009–PHC/TC, Fundamento 3.

²⁷ EXP. N.º 01755–2007–AA/TC, Fundamento 4.

²⁸ EXP. N.º 00478–2005–AA/TC, Fundamento 4

²⁹ EXP. N.º 01755–2007–AA/TC, Fundamento 4

³⁰ EXP. N.º 00037–2009–AI/TC, Fundamento 51.



ello desde luego no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias”³¹.

V. EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

1. *Presentación*

Como fue justificado anteriormente, el derecho fundamental a la pluralidad de instancias exige, como elemento de su contenido esencial, la previsión de recursos a fin de acceder a la instancia superior revisora, en la forma y plazo determinado por la ley. En los procesos constitucionales de la libertad (de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento), la ley que ha previsto los recursos es el Código Procesal Constitucional. En este cuerpo normativo se ha previsto tres instancias decisorias en los mencionados procesos constitucionales.

La primera instancia es la que formula inicialmente la decisión con pretensión de justicia y que intenta resolver plenamente la controversia (de carácter iusfundamental en este caso) presentada. Lo decidido en esta instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes para que sea revisado por la segunda instancia. Y contra lo decidido por esta segunda instancia puede formularse un pedido de revisión por una tercera y última instancia: el Tribunal Constitucional. Esta pluralidad de instancias es posible de activar por la previsión de los respectivos recursos. Así, para pasar de la primera a la segunda instancia se ha previsto el recurso de apelación; mientras que para pasar de la segunda a la tercera instancia se ha previsto el recurso de agravio constitucional. A continuación se pasa al estudio del recurso de agravio constitucional en el contexto del derecho fundamental a la doble instancia vigente también en los procesos constitucionales, en la medida que ellos han de conducirse según las exigencias de justicia natural que conforman el debido proceso en su objetivo de resolver una controversia iusfundamental a través de una decisión justa.

2. *Nivel constitucional del recurso*

A. El derecho fundamental al debido proceso constitucional

Cuando el constituyente peruano ha recogido los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales (o constitucionales), no sólo prevé remedios contra las agresiones iusfundamentales, sino que constitucionaliza verdaderos derechos subjetivos. Así, es posible sostener que el Constituyente ha dispuesto el derecho fundamental a proteger los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data. Esta advertencia tiene una serie de consecuencias, de las que aquí sólo se hará referencia a la siguiente. Al reconocer del proceso constitucional no sólo una dimensión objetiva de afianzamiento de la institucionalidad iusfundamental y con ella del sistema constitucional y democrático; sino también una dimensión subjetiva, se produce el reconocimiento de una

³¹ EXP. N.º 02209–2002–AA/TC, Fundamento 19.

posición jurídica de su titular por la que a éste se le debe el que cada vez que exista la agresión (al contenido esencial) de alguno de sus derechos fundamentales, pueda activar el mecanismo procesal constitucional a fin de que la controversia iusfundamental pueda ser resuelta a través de una decisión justa.

Nótese que estos mecanismos de protección de los derechos fundamentales son verdaderos procedimientos, de modo que está destinado a resolver una controversia, lo cual sólo puede acontecer a través de una decisión justa en tanto –como se justificó ya– es la única decisión acorde con el ser y valor de la Persona y, por eso, ser la única decisión digna. En este contexto, es posible que todo lo que se lleva dicho acerca del debido proceso, sea aplicado a los procesos constitucionales. Al constitucionalizar los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, se constitucionaliza, pues, el derecho al debido proceso constitucional como una modalidad del derecho fundamental al debido proceso.

B. Contenido constitucional del derecho fundamental

De esta manera, las garantías procesales y materiales propias del debido proceso son trasladables al proceso de amparo, de hábeas corpus y de hábeas data, entre ellas la garantía formal de la pluralidad de instancias. Pertenece a la esencia de los procesos constitucionales de la libertad, la previsión de más de un instancia procesal. Esta previsión corre por cuenta del legislador, en tanto, como se dijo ya, el derecho al debido proceso es un derecho de configuración legal.

Para el caso de los procesos constitucionales, el Constituyente peruano ha previsto una reserva de ley orgánica cuando dispone que “Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías” (artículo 200 CP). Esto significa que la previsión de un número determinado de instancias, a la vez que la previsión de los respectivos recursos impugnatorios para acceder a las mismas, así como los requisitos y formalidades correspondientes, sólo podrán venir dispuestas a través de una ley orgánica. Esto no significa, habrá que recordar, desconocer que el derecho fundamental al amparo, al hábeas corpus y al hábeas data tiene un contenido esencial (constitucional) que vincula al legislador orgánico a la hora de prever el desarrollo legislativo de estos procesos constitucionales. Si el legislador regula en contra de tal contenido constitucional, habrá incurrido en inconstitucionalidad.

Uno de los elementos que conforman el contenido constitucional de este derecho fundamental, viene definido en el artículo 202.2 CP, al disponer como atribución del Tribunal Constitucional, “Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”. Desde esta disposición es posible concluir dos normas. La primera es la siguiente:

N1: Está ordenado al legislador orgánico prever que los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data (y de acción de



cumplimiento)³² lleguen a ser conocidos por el Tribunal Constitucional en instancia última.

Esto exige al Legislador prever una instancia procesal ante el Tribunal Constitucional y, consecuentemente, el respectivo recurso a través del cual acceder a ella. Sin embargo, el constituyente ha dispuesto una exigencia para la procedencia de ese recurso: sólo podrá ser dirigido contra resoluciones denegatorias en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data (y de acción de cumplimiento). Así es formulable la segunda norma:

N2: Está ordenado al legislador orgánico prever un recurso a través del cual acceder a la instancia del Tribunal Constitucional, sólo contra resoluciones denegatorias de amparo, hábeas corpus y hábeas data.

Por lo tanto, desde la Constitución es exigible al Legislador orgánico que prevea una instancia ante el Tribunal Constitucional; y que esa instancia se abra a través de un recurso que se dirige solamente contra resoluciones denegatorias de amparo, hábeas corpus y hábeas data (y de acción de cumplimiento). En este punto, al Legislador correspondía decidir entre otros elementos, los siguientes dos: el número de instancias previas antes de acceder a la del Tribunal Constitucional; y lo que se debe entender por resolución denegatoria como requisito para interponer el recurso respectivo.

3. *El desarrollo legislativo del recurso*

A. Tres instancias en los procesos constitucionales

El Legislador orgánico ha desarrollado los procesos constitucionales a través de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional (CPConst.). En relación a las instancias procesales, se ha previsto que éstas sean tres. 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.). Y la tercera instancia es la constitucional y a ella se accede mediante el recurso de agravio constitucional (artículo 18 CPConst.).

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 Tribunal Constitucional, 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, como se justificó arriba, exige al menos dos instancias.

³² La referencia a esta acción constitucional será indirecta siempre, en la medida que en estricto se trata de una acción constitucionalizada antes que una constitucional, debido a que su objeto de protección es infraconstitucional (leyes y actos administrativos). CARPIO MARCOS, Edgar. *La acción de cumplimiento*, en CASTAÑEDA OTSU, Susana y otros. "Derecho Procesal Constitucional", Tomo II, Jurista editores, Lima 2004, p. 963.

B. El significado de “resolución denegatoria”

El segundo elemento sobre el que, en cumplimiento del artículo 200 CP, se ha pronunciado el Legislador orgánico, es el significado de la expresión “resolución denegatoria”. Hay muchas posibles definiciones de “resolución denegatoria”. Aquí sólo se hará referencia a dos de ellas. Una es de tipo subjetivo procedimental; y la otra de tipo objetivo material. La primera se define a partir de la pretensión del demandante (elemento subjetivo), que es rechazada por la sentencia (elemento procedimental). Mientras que la segunda se define a partir del contenido de la decisión (elemento objetivo), la misma que se formula de espaldas a las exigencias de justicia y que por ello rechaza o deniega la norma constitucional en la medida que ésta positiva las exigencias de justicia (elemento material).

De entre estas dos posibilidades, el legislador orgánico se ha decantado por la primera. En efecto, para el mismo, estamos ante una resolución denegatoria cuando estamos ante “la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda” (artículo 18 CPConst.). Esta definición no atiende al contenido de la decisión, sólo mira que la pretensión no haya sido acogida.

C. Rango del desarrollo legislativo

Conviene preguntarse por el rango de estas dos concreciones establecidas por el Legislador orgánico. Formalmente, el contenido de la Ley 28237 es legal, al punto que contra el mismo puede ser interpuesta una demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, desde un punto de vista material tal contenido puede tener nivel constitucional. Así, si es una concreción de la esencia que define el derecho fundamental al debido proceso de amparo, hábeas corpus y hábeas data, estaremos frente a un contenido constitucional; si por el contrario, la concreción no atañe a tal esencia, será una de tipo meramente legal.

En ambos casos estamos ante la concreción del contenido esencial del derecho fundamental, al punto que la concreción misma hace a la esencia del derecho. De modo que cuando se impide el acceso a alguna de las tres instancias previstas o cuando se impide el recurso de agravio constitucional contra una sentencia que deniega la pretensión, se agrede el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental al debido proceso de amparo, hábeas corpus y hábeas data, pudiendo proceder una nueva demanda constitucional.

4. *El desarrollo jurisprudencial del recurso*

A. La naturaleza del desarrollo jurisprudencial

No son escasas las oportunidades en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el recurso de agravio constitucional. No es el propósito ahora, realizar un recuento jurisprudencial completo ni de analizar cada una de las decisiones del Alto Tribunal de la Constitución. Sólo se hará mención a la interpretación más relevante. Antes de entrar a ella, no obstante, resulta necesario recordar lo siguiente. Primero, que cuando el Tribunal Constitucional interpreta alguna disposición de la Constitución, formula una concreción con carácter de norma por lo que es vinculante. Esta concreción se adscribe a la disposición concretada, la misma que reconoce un contenido esencial. La concreción que formula el Tribunal Constitucional puede coincidir o ser contraria a tal contenido esencial. Por esta



razón, la concreción o norma constitucional adscrita creada por el mencionado Tribunal si bien es siempre constitucional formalmente por no ser impugnada al provenir del Supremo intérprete, materialmente puede ser inconstitucional al contravenir el contenido esencial del derecho fundamental o bien jurídico constitucional recogido en una disposición.

Segundo, todas las concreciones de la Constitución, incluso las materialmente inconstitucionales, vincularán a todo el poder público y a los particulares. Todo cambio deberá provenir del Tribunal Constitucional mismo. Esto no es óbice, no obstante, para no seguir una interpretación o decisión de este Tribunal que sea manifiestamente inconstitucional por ser insoportablemente injusta. De igual forma, no es óbice para justificar –suficientemente con base en razones fuertes–, que una tal interpretación o decisión aplicada a la singularidad de un caso concreto, hace que la decisión a la que se arribe en él sea injusta. En el primer caso se trata de la desobediencia justificada a la interpretación y/o decisión del Tribunal Constitucional; en el segundo caso se trata de una no aplicación por no convenir a la justicia del caso concreto.

B. Sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias”

Es posiblemente este el asunto más relevante sobre el cual se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, aunque –por desgracia– con idas y venidas que han significado desorden cuando no graves incorrecciones argumentativas y consecuentes inconstitucionalidades. Con la finalidad de “optimizar la defensa del orden jurídico constitucional a través de los procesos constitucionales, en especial a través del propio recurso de agravio constitucional”³³, el referido Tribunal decidió replantear el significado de la expresión constitucional “resolución denegatoria”. Sin declarar inconstitucional la decisión del constituyente de definir esta expresión sólo con base en el elemento subjetivo–procedimental, el Alto Tribunal decidió que lo que más convenía a esa optimización era además optar por una decisión objetivo material, de modo que resolución denegatoria no era sólo aquella que declaraba improcedente o infundada la demanda constitucional, sino también aquella que declarando fundada la demanda, representaba una denegación de la justicia y tutela constitucional³⁴. Así dijo el Tribunal Constitucional: “lo *denegatorio* a que hace referencia la disposición constitucional no debe entenderse sólo en su dimensión subjetiva, esto es, referido sólo y puntualmente a la pretensión de quien interpone la demanda de amparo, puesto que también resulta *denegatoria de tutela constitucional* una decisión que respondiendo de manera estimatoria la pretensión contenida en la demanda de amparo, sin embargo desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto”³⁵.

Con base en este ensanchamiento de lo que se ha de entender por “resolución denegatoria”, el Tribunal Constitucional formuló la siguiente norma constitucional adscrita al artículo

³³ EXP. N.º 4853–2004–AA/TC, Fundamento 24.

³⁴ La importancia de esta norma constitucional adscrita justificó la producción académica alrededor de la sentencia que la contenía. Por todas cfr. SAENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador), *El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra editores, Lima 2007.

³⁵ EXP. N.º 4853–2004–AA/TC, Fundamento 34.

202.2 CP: “El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const.”³⁶.

Las razones que el Tribunal Constitucional dio para justificar esta creación normativa eran de dudosa corrección constitucional, y había argumentos fuertes para sostener que se trataba de una norma constitucional inconstitucional³⁷. No pasó mucho tiempo antes de que esta norma fuese derogada por el mismo Tribunal. Así dijo este Tribunal: “el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853–2004–PA/TC”³⁸. La consecuencia necesaria de esta derogación era la confirmación de la vigencia en solitario del significado previsto por el legislador: resoluciones que declaran improcedente o infundada la demanda constitucional. Por lo que “cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional”³⁹.

Esta contramarcha fue saludable en términos generales⁴⁰, no sólo porque se respetaba el papel del legislador como desarrollador del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso de amparo, hábeas corpus y hábeas data (según lo había dispuesto el Constituyente en el artículo 200 CP), sino también porque se evitaba una aplicación errada de una también errada concepción de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, y cuando todo parecía que había quedado aclarado en el significado de la expresión “resoluciones denegatoria”, el Tribunal Constitucional crea una norma constitucional adscrita mediante la cual permite el recurso de agravio constitucional contra sentencias que estiman la demanda en segunda instancia de procesos constitucionales iniciados por procesados penalmente por tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos. Así dispuso el Alto Tribunal: “de conformidad con lo establecido en los artículo 8º de la Constitución y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos

³⁶ Idem, Fundamento 40.a.

³⁷ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”, en SÁENZ DÁVALOS, Luis, *El nuevo régimen procesal del amparo contra amparo en la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional número 3, Palestra, Lima 2007, ps. 48–74.

³⁸ EXP. N.º 03908–2007–PA/TC, Fundamento 8.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”, en *Gaceta Constitucional*, número 17, mayo 2009, ps. 95–109.



en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada –independientemente del plazo– para la interposición del *recurso de agravio constitucional*, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales”⁴¹. Actualmente el recurso de agravio constitucional por este supuesto, sólo podrá interponerse “dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución” (artículo 18 CPConst.)⁴².

Sorprende mucho, y negativamente, que quienes derogaron la norma constitucional creada por el Tribunal Constitucional y por el que permitía el recurso de agravio constitucional contra sentencia estimatoria de segundo grado que se apartaba de un precedente vinculante, ahora creen una norma por la que se permite el recurso de agravio constitucional contra sentencia estimatoria de segundo grado relacionada con los delitos de tráfico de drogas y/o lavados de activos⁴³. De la misma forma, resulta inaceptable la ausencia de justificación por parte del Supremo intérprete de la Constitución en la creación de esta norma constitucional⁴⁴, la cual exigía de razones fuertes no sólo por tratarse de la creación de una norma constitucional, sino también por haber –no mucho tiempo atrás– derogado una norma sustancialmente igual. A esta decisión del Tribunal Constitucional le es aplicable toda la crítica que fue formulada para la decisión de crear el recurso de agravio constitucional a favor del precedente vinculante.

Lo cierto es que por decisión del Supremo intérprete de la Constitución, la expresión constitucional “resolución judicial denegatoria”, se construye a partir del siguiente doble significado: primero, sentencia de segunda instancia que declara improcedente o infundada la demanda; y segundo, sentencia estimatoria de segunda instancia que declara fundada la demanda en relación a casos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos.

C. Dos situaciones especiales

– Primera: resoluciones denegatorias como resoluciones de segunda instancia que declara la nulidad

⁴¹ EXP. N.º 02748–2010–PHC/TC, Punto 3 del fallo.

⁴² Dijo el Tribunal Constitucional que “en la sentencia recaída en el Exp. N.º 02748–2010–PHC/TC este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo. Al respecto, cabe señalar que ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer *sine die*, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia este Tribunal constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18 del CPConst.”. EXP. N.º 03245–2010–PHC/TC, Fundamento 5.

⁴³ Con acierto se ha expresado que “resultaría una verdadera paradoja que el Tribunal, que tanto criticó en su día el recurso de agravio a favor del precedente (...), ahora pretenda imponer una postura mucho más radical que la promovida por su antecesora”. SAENZ DÁVALOS, Luis, “Dos instituciones procesales novedosas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El recurso de agravio especial en defensa del artículo 8 de la Constitución y el recurso de apelación por salto a favor del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, p. 41.

⁴⁴ Esta deficiente argumentación presentada por el Tribunal Constitucional, permite exclamar justificadamente: “Qué diferencia con aquella empleada cuando [el Tribunal Constitucional] creó el RAC a favor del precedente en la sentencia recaída en el EXP. N.º 04853–2004–AA/TC”. RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos, “El desarrollo jurisprudencial del RAC”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, p. 53.

Aunque sea muy someramente, merecen ser atendidas las tres siguientes situaciones especiales. La primera tiene que ver con la cuestión de si una resolución de segunda instancia que declara nula la resolución apelada debe ser o no considerada como resolución denegatoria a efectos de la interposición del recurso de agravio constitucional. La respuesta a esta pregunta admite la siguiente regla general: si se ha producido efectivamente una situación de nulidad, no tiene justificación jurídica que tal situación pase a ser conocida por el Tribunal Constitucional, debido a que no podrá pronunciarse sobre algo que efectivamente no existe por ser nulo. Sin embargo, y de modo general, es posible plantear la siguiente excepción a la regla general: cuando sea posible justificar suficientemente con base en razones fuertes que la segunda instancia ha errado al decidir la nulidad de lo actuado, entonces, se ha de permitir la procedencia del recurso de agravio constitucional, porque configuraría una manifestación más del significado de resolución denegatoria previsto por el Legislador orgánico: un significado subjetivo procedimental que no otorga la pretensión. Esto es precisamente lo que no permite reconocer aquí que el Tribunal Constitucional se subroga en el Legislador tal y como ocurrió cuando permitió el recurso de agravio constitucional contra resoluciones estimatorias.

— Segunda: recurso de agravio constitucional en procesos de ejecución de sentencia

La segunda situación especial está referida al recurso de agravio constitucional contra decisiones judiciales que en ejecución de una sentencia obtenida en un proceso constitucional, han supuesto un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo ordenado en la sentencia misma. Inicialmente, el Tribunal Constitucional admitió el recurso cuando se trataba de cuestionar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sentencias emitidas por él mismo. En estos casos, el recurso de agravio constitucional se interponía contra resolución de segunda instancia que en ejecución de sentencia producía la improcedencia de toda o una parte de la pretensión del demandante acogida por el Tribunal Constitucional. En estos casos, el mencionado Tribunal resolvería “en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos”⁴⁵.

Posteriormente, esta posibilidad de recurso de agravio fue extendida para asegurar la ejecución plena de las sentencias firmes obtenidas en procesos constitucionales que terminaban en la instancia judicial respectiva. Así, dispuso que “de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC [recurso de agravio constitucional] cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial”⁴⁶.

⁴⁵ EXP. N.º 0168–2007–Q/TC, Fundamento 8.

⁴⁶ EXP. N.º 0201–2007–Q/TC, Fundamento 10.



La legitimidad de la posición del Tribunal Constitucional en ambos supuestos radica en el hecho de que el Supremo intérprete de la Constitución no se subroga al legislador en la medida que se mantiene en la definición subjetiva procedimental afirmada antes: abre las puertas de la instancia constitucional una resolución de segunda instancia que deniega la pretensión constitucional. En ambos casos, ya sea desde sentencias del Tribunal Constitucional o desde sentencias del Poder judicial en procesos constitucionales, ocurre que en los hechos el juez de ejecución está desestimando parcialmente la pretensión del demandante que fue acogida por el Juez constitucional, a la hora que no ejecuta plenamente la sentencia firme favorable al demandante.

— *Tercera: recurso de apelación por salto*

La tercera situación especial viene conformada por el llamado recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional. Ha establecido el Tribunal Constitucional que en los casos en los que en ejecución de sentencia emitida por él, ocurre un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la sentencia, el demandante afectado no tiene que apelar ante la Sala superior respectiva, sino que puede acudir directamente ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de apelación por salto.

Esta interpretación del Supremo intérprete de la Constitución tiene deficiencias justificativas serias que llevan a sostener que es de dudosa constitucionalidad al subrogarse al Legislador no ya en el concepto subjetivo procedimental de “resolución denegatoria”, sino en la exigencia de que la resolución denegatoria proceda de una segunda instancia y no de una primera. El hecho de que el Tribunal Constitucional le llame apelación agrava aún las cosas, no sólo porque por llamarle apelación no deja de ser en estricto un recurso de agravio constitucional en la medida que abre la instancia ante el Tribunal Constitucional⁴⁷, sino también porque no está previsto un recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional. Al ser este creado por el mencionado Tribunal, éste se convierte en un legislador procesal, extralimitando el ejercicio de su función⁴⁸.

Se trata de un recurso que “se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil”⁴⁹. No atañe, pues, a las situaciones de inconstitucionalidad generada por inejecución o ejecución defectuosa de una

⁴⁷ No acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “este recurso será conocido por salto, lo cual origina que la denominación propuesta en la RTC 00168–2007–Q/TC sea variada por la de ‘recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional’ ”. EXP. N.º 00004–2009–PA/TC, Fundamento 14.

⁴⁸ El recurso de agravio constitucional le ha permitido al Tribunal Constitucional “(re)configurar su derecho procesal Constitucional” (SOSA SACIO, Juan Manuel, “Supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 7, p. 424), reconfiguración que para su validez jurídica, en ningún caso deberá implicar una invasión en las facultades del Legislador orgánico.

⁴⁹ EXP. N.º 00004–2009–PA/TC, punto 3b. del fallo.

sentencia firme⁵⁰. Para estos casos sigue estando vigente el recurso de agravio constitucional referido en el segundo caso especial analizado antes.

Este recurso no procede cuando **“a)** el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; **b)** el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y **c)** cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo”⁵¹.

D. Trámite del recurso

El legislador orgánico ha establecido que la interposición del recurso de agravio constitucional debe ocurrir dentro de los diez días siguientes de notificada la resolución denegatoria. Si el recurso es concedido, el Presidente de la Sala respectiva deberá remitir al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad (artículo 18 CPCConst.).

Si por el contrario, el recurso no se concede, procede el recurso de queja, el cual se interpone directamente ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria del recurso de agravio. El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad. Si por el contrario, rechaza el recurso de queja, entonces el recurso de agravio constitucional no se concede y el proceso constitucional termina con la sentencia de segunda instancia (artículo 19 CPCConst.).

El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, conlleva reconocer una “situación de tensión (...) entre una protección óptima de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo”⁵². Por ello el mencionado Tribunal propuso vía jurisprudencial “una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional”⁵³, la misma que tenía una dimensión material por la que se añadieron requisitos –además del carácter denegatorio de la sentencia de segunda instancia– para la procedencia del recurso de agravio constitucional⁵⁴; y otra procesal por la que se disponía

⁵⁰ En este caso, el Tribunal Constitucional ha “dispensado trato preferente únicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional y no así a las sentencias constitucionales del Poder Judicial, cuando creemos que el mal de ejecución afecta en el fondo a todas ellas”. SAENZ DÁVALOS, Luis, “Dos instituciones procesales...”, ob. cit., p. 46.

⁵¹ EXP. N.º 00004–2009–PA/TC, punto 3c del fallo.

⁵² EXP. N.º 2877–2005–PHC/TC, Fundamento 25.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ El Tribunal Constitucional presentó los siguientes requisitos de procedencia que ha de cumplir el recurso de agravio constitucional: la “vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental”; que no suponga la “revisión de las demandas manifiestamente infundadas”; y que no se trate de asuntos “en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado impropio o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus



que una de las dos salas del Tribunal Constitucional actuase como filtro de los recursos interpuestos, y sólo aquellos que cumplieren con todas las exigencias de procedencia, prosperasen para una decisión sobre el fondo⁵⁵.

Esta propuesta jurisprudencial de reforma fue plasmada luego normativamente en el artículo 11 de su Reglamento normativo, Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC⁵⁶, en los términos siguientes: “[u]na de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse”⁵⁷.

derechos constitucionales”. Todos estos requisitos se encuentran recogidos en el fundamento jurídico 28 de la sentencia al EXP. N.° 2877-2005-PHC/TC.

⁵⁵ Así dijo el Tribunal Constitucional: “se propone que una de las Salas que lo integran se encargue de revisar y determinar la procedencia de los RAC [recurso de agravio constitucional] interpuestos. Los magistrados del TC constituidos en Sala o Pleno revisarán los recursos respecto de los cuales exista duda, discordancia o impliquen un caso difícil, así como los casos que merezcan un pronunciamiento sobre el fondo, y aquellos recursos que fundamenten fáctica y jurídicamente la necesidad de una variación del precedente vinculante vigente. Las Salas o el Pleno resolverán, en consecuencia, solamente aquellos recursos que hayan pasado por este nuevo filtro de procedencia”. *Idem*, Fundamento 25.

⁵⁶ Para un análisis de la dudosa legitimidad del Tribunal Constitucional como reformador de un proceso constitucional, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El recurso de agravio constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 154, septiembre 2006, p. 147.

⁵⁷ Texto según modificatoria establecida por la Resolución administrativa N.° 031-2006-P/TC, publicada el 2 de marzo del 2006.