

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL AMPARO PREVISIONAL, CONFORME A LAS REGLAS DE BRASILIA¹

Manuel Gonzalo Lupa Yucra²

Fecha de publicación: 01/04/2018

Sumario: Introducción. **I.** Formas de Manifestación de la Tutela Jurisdiccional. **II.** Regulación Normativa de la Ejecución Provisional de Sentencia Impugnada, dentro del Proceso de Amparo. **III.** Sentencia Recaída en el expediente Nro. 607-2009-PA/TC. **IV.** El Proceso de Amparo Previsional. **V.** Las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad. **VI.** Análisis de Idoneidad de los Presupuestos Procesales Establecidos en la Sentencia 607-2009-AA/TC, para una Tutela Jurisdiccional Efectiva del Derecho a la Pensión. **VII.** Propuesta de Presupuestos Procesales, conforme con las Reglas de Brasilia. - Conclusiones. - Recomendaciones – Bibliografía – Referencia Virtuales.

Resumen: La tutela jurisdiccional diferenciada se manifiesta mediante la utilización de mecanismos procesales expeditivos a fin de proporcionar respuestas oportunas a los conflictos jurídicos. Un claro ejemplo es la institución procesal denominada “ejecución provisional de sentencia impugnada”, es decir, ejecutar una sentencia apelada. El Código Procesal Constitucional peruano, en su artículo 22, acoge esta herramienta; al respecto, el Tribunal Constitucional (sentencia

¹ Un especial agradecimiento a la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, institución pública que mediante la suscripción del Contrato de Subvención Nro. 176-2016-UNSA, ha financiado la compra del material bibliográfico que se ha utilizado en el presente trabajo de investigación.

² Bachiller en derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
manuelsgitario10arequipa@gmail.com

Nro. 607-2009-AA/TC), ha fijado presupuestos de su aplicación, los mismos que no son idóneos para tutelar el derecho a la pensión en el amparo previsional. Por otro lado, se resalta el aporte de las Reglas de Brasilia, que establecen parámetros de acceso a la justicia de personas vulnerables. En el presente trabajo se proponen presupuestos de regulación de la institución procesal materia de análisis, que acojan las Reglas de Brasilia.

Palabras clave: Tutela jurisdiccional diferenciada, ejecución provisional de sentencia impugnada, proceso de amparo previsional, personas en condición de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia.

Abstract: The differentiated jurisdictional protection expresses expeditiousprocedural mechanisms in order to give suitable answers to legal problems. A clear example is the procedural institute named “provisional execution of appealed sentence”, to make it clear, execute an appealed sentence. The peruvian Constitutional Procedural Code, article 22, mentionsthat procedural institute; moreover, the Constitutional Court (sentence number 607-2009-AA/TC), has written rules to apply it, these are not suitable in order to protect the right to pension, in the amparo. On the other hand, Brasilia Rules are important because express vulnerable people parameters about access to justice. This paper pretends to propose new rules to apply the named procedural institute, and enforce Brasilia Rules.

Key words: Differentiated jurisdictional protection, provisional execution of appealed sentence, pension amparo process, vulnerable people, Brasilia Rules.

INTRODUCCIÓN

En la práctica judicial se observa que acuden como demandantes al amparo previsional (amparo en protección del derecho a la pensión), personas que han terminado su vida laboral, con una edad promedio de 70 años, comúnmente adoleciendo de alguna enfermedad, quienes esperan el otorgamiento de una pensión que se constituirá en su fuente de subsistencia. Sin embargo, el demandante, en estado de vulnerabilidad por las razones explicadas, tendrá que esperar 3 años, tiempo promedio que dura un proceso de amparo, considerando la primera y segunda instancia.³

Ante tal panorama el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 607-2009-PA/TC, ha precisado que la sentencia de primera instancia, que declare fundada la demanda, pueda ser ejecutada provisionalmente a solicitud de parte, a pesar de haberse concedido recurso de apelación; siempre y cuando la ejecución sea reversible, proporcional y exigiendo contracautela al demandante en caso de que la pretensión tenga contenido patrimonial. Estos presupuestos los ha establecido para el proceso de amparo en todas las materias, no solo en el amparo previsional. De esta forma se ha aclarado el contenido del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, disposición que acoge la institución procesal de la ejecución provisional de sentencia impugnada.

No obstante, lo precisado por el Tribunal Constitucional no ha tenido efecto en los procesos de amparo previsional. Se tiene como ejemplo el expediente Nro. 768-2013-0-0401-JR-CI-01, en el que el demandante de 73 años, quien padecía de neumoconiosis (enfermedad del pulmón), esperó 2 años y 5 meses para que el Juzgado Constitucional de Arequipa emita sentencia que declaró fundada la demanda y ordenaba a la O.N.P. (Oficina de Normalización Previsional) que le otorgue pensión por enfermedad profesional. La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia. Ante tal situación el demandante solicitó que se ejecutara provisionalmente la sentencia, antes de que la Sala Civil resuelva. Sin embargo, el juez rechazó su pedido debido a que no cumplía los

³ Defensoría del Pueblo, disponible en <https://mafirma.pe/Informe-Defensorial-N-172-2015.pdf>, visitado el 20 de enero del 2017.

presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional. Esta situación generó que el demandante esperara 9 meses más hasta que la Sala Civil emita sentencia de vista que confirmó la sentencia de primer grado, y después recién ser beneficiario de una pensión.

En otros casos se ha observado que el demandante falleció en el transcurso del proceso⁴, es decir nunca pudo acceder a una pensión que le permita mejorar su calidad de vida.

Esta realidad no es conforme con las “Reglas de Brasilia – Sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, elaborada en el año 2008, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, en la que participó el Perú, que en su artículo 38 establece que los estados parte:

*“Adoptarán las medidas necesarias para que cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejan, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.”*⁵(Resaltado agregado).

Por tal motivo es que en las siguientes líneas efectuaremos un análisis de idoneidad de los presupuestos para la aplicación de la institución procesal denominada “ejecución provisional de sentencia impugnada”, establecidos en la sentencia Nro. 607-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, rescatando los lineamientos esenciales de las Reglas de Brasilia.

En primer lugar, partimos de un estudio teórico de la tutela jurisdiccional diferenciada, el proceso de amparo y las Reglas de Brasilia. Posteriormente, fijar el examen de idoneidad y proponer nuevos elementos de regulación a fin de mejorar la institución procesal materia de análisis.

I. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

El profesor Victor Ticona Postigo sostiene que la tutela jurisdiccional es el derecho “(...) público, subjetivo y abstracto (...)”⁶que ostenta toda persona, actor o demandado. Implica exigir un proceso justo, de duración razonable y con

⁴ Expedientes Nros. 265-2015-0-0401-JR-DC-01, 7-2015-0-0401-JR-DC-01 y 183-2015-0-0401-JR-DC-01, procesos de amparo tramitados ante el Juzgado Constitucional de Arequipa.

⁵ Reglas de Brasilia:
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>, visitado el 23 de setiembre del 2017.

⁶ Ticona Postigo, Victor. “El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil”. Segunda Edición Ampliada. Lima: Grijley, 2009, pág. 14.

eficacia de la decisión jurisdiccional. Al respecto, Marianella Ledesma Narváez manifiesta que es el derecho conforme al cual se exige actividad jurisdiccional, su titularidad recae en personas naturales y jurídicas⁷.

Por nuestra parte, la tutela jurisdiccional es un derecho humano, por tanto, de titularidad universal, mediante el cual las personas exigen paz social a través del acceso a un proceso judicial en el que se respeten garantías mínimas de: defensa, ofrecer medios probatorios, juez imparcial e independiente, plazo razonable de duración, entre otras.

La tutela jurisdiccional, desde su consolidación como derecho subjetivo en la revolución francesa de 1789, se concibió en una estructura procesal con plazos amplios a fin de resolver conflictos jurídicos complejos; esta etapa es conocida como el predominio de la tutela jurisdiccional clásica u ordinaria. La misma que se subdivide en tutela cognitiva, ejecutiva y cautelar⁸.

En la actualidad se evidencia la influencia del fenómeno de la globalización, que exige respuestas inmediatas ante problemas concretos, en los procesos judiciales. Esto ha afectado la eficacia de la tutela jurisdiccional ordinaria.

Ante tal problema los procesalistas han estructurado la tutela jurisdiccional diferenciada que demanda la utilización de instrumentos procesales expeditivos, sin afectar las garantías del debido proceso. Entre sus rasgos más característicos tenemos que el nivel de cognición es menos exigente, no se requiere de plazos extensos.⁹

La denominación de “Tutela Jurisdiccional Diferenciada” fue establecida y fundamentada por el profesor italiano Andrea ProtoPisani, quien, al comentar la reforma del proceso laboral de su país en el año 1973, manifestó que:

“(...) la tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente a las características de la situación sustancial necesitada de tutela, sino el contrario, es un quid extremadamente concreto que se modela – muchas veces de un modo extremadamente articulado – sobre las particularidades y

⁷ Ledesma Narvaez, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil – Tomo II”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pág. 23.

⁸ Hurtado Reyes, Martín. “Estudios de Derecho Procesal Civil – Tomo I”. Segunda Edición. Lima: Editorial Moreno, 2014, pág. 271.

⁹ Ticona Postigo, Víctor. “El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil”, ob. cit., pág. 252.

sobre las exigencias de tutela de las situaciones sustanciales deducidas en juicio.”¹⁰

Se desprende del citado apartado que la tutela jurisdiccional efectiva no se manifiesta en la concepción de un único proceso en el que se ventilen todas las controversias. Sino más bien es necesario establecer diferentes tipos de procesos, cada uno con reglas especiales que se adecúen a las características de cada situación sustancial o derecho; solo de esta manera se brindará tutela eficaz.

La tutela jurisdiccional diferenciada se expresa en la denominada tutela anticipatoria en la que el juez se pronuncia sobre el fondo antes de que el proceso concluya. Se muestra de ejemplo a la institución procesal conocida como “ejecución provisional de sentencia impugnada”, institución procesal mediante la cual se atribuye eficacia a la sentencia emitida por el juez de primera instancia, a pesar de haberse concedido recurso de apelación¹¹.

II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA IMPUGNADA, DENTRO DEL PROCESO DE AMPARO

El Código Procesal Constitucional en su extenso artículo 22 contempla lo siguiente:

“Artículo 22.-La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. (...)”(Resaltado agregado).

La disposición subrayada es el apartado que se refiere a la institución procesal denominada “ejecución provisional de sentencia impugnada”. No obstante, el legislador ha preferido utilizar el término “actuación”, aspecto que no compartimos debido a que este vocablo se utiliza para referirnos a la

¹⁰ Proto Pisani, Andrea. “La Tutela Jurisdiccional”. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, 2014, pág. 79.

¹¹ Caballol Angelats, Lluís. “La Ejecución Provisional en el Proceso Civil”, citado por Rioja Bermúdez, Alexander. “El Código Procesal Constitucional y su Jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional”. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores, 2009, pág. 785.

actuación de pruebas; la palabra correcta es “ejecución”, acto de eficacia de una sentencia.

Siendo una institución procesal que exige precisar varios aspectos como los presupuestos a tener en cuenta para su aplicación, el carácter de apelable o no de la resolución que ordena su cumplimiento, los efectos en el tiempo, entre otros; sin embargo, ha sido regulada en el mismo artículo que desarrolla las medidas de coerción procesal. Esta falta de precisión ha generado discusión en la doctrina.

En primer lugar, la Comisión encargada de la redacción del Código Procesal Constitucional, durante su trabajo y en el momento de terminarlo, nunca manifestaron que incorporaron la institución procesal bajo análisis. Señalaron que no estaba incluida en el primer proyecto terminado en julio de 1996; ni en la segunda versión de enero de 1997.

Posteriormente la editorial Palestra publicó un estudio introductorio al Código Procesal Constitucional, tres meses después de la promulgación del citado Código. Este libro fue redactado por quienes intervinieron en la elaboración de los proyectos de codificación. Se escribió en una de las páginas del libro:

“Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, esta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada. Debemos precisar que esta institución ha sido incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay.”¹²

Sin embargo, lo expuesto es negado por el presidente de la Comisión que elaboró el Código, Domingo García Belaúnde, quien en una entrevista efectuada por José Palomino Manchego, ante la pregunta:

“Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedente en el Derecho Comparado?”¹³

Respondió lo siguiente:

¹² AA.VV. Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico. Palestra Editores, 2004, pág. 234, citado por Eto Cruz, Gerardo. “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo – Tomo II”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pág. 314.

¹³ Palomino Manchego, José. “El nuevo Código Procesal Constitucional Peruano: Alcances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaúnde), citado por Eto Cruz, Gerardo. “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo – Tomo II”, ob. cit., pág. 315.

“Esto en realidad no se ha incorporado (...) se discutió mucho (en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión, y preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles. Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada. En la segunda edición en prensa la hemos eliminado. Repito que es un punto de vista respetable, pero no contó con el consenso de todos nosotros, y por tanto no está incorporado en la norma, y tampoco pensó en ella el legislador al discutirla y aprobarla en el Pleno”.¹⁴

La discusión doctrinaria ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional mediante la emisión de la sentencia, con fecha 29 de agosto de 2005, recaída en el expediente Nro. 5994-2005-HC/TC (Caso Centro de Orientación Familiar), sobre proceso constitucional de habeas corpus, interpuesto por el Centro de Orientación Familiar (COFAM) en contra de la Municipalidad Distrital de La Molina. El petitorio se resume en que se ordene el retiro del cerco “ecológico”, que separaba los distritos de Ate Vitarte y La Molina, de la ciudad de Lima. El juez penal emitió sentencia estimatoria parcial; en segundo grado, se revocó lo decidido y se declaró infundada la demanda. El Tribunal Constitucional manifestó que el juez de primer grado no obró conforme al artículo 22 del Código Procesal Constitucional, es decir, omitió ejecutar provisionalmente la sentencia a pesar de concederse recurso de apelación. Asimismo, determinó que

“(...) este colegiado considera necesario enfatizar que a diferencia del modelo procesal de la derogada Ley Nro. 23506, y normas conexas, el Código Procesal Constitucional (...) ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior.”¹⁵

Esta sentencia constituye la primera vez que el máximo intérprete de la Constitución reconoce que el artículo 22 del Código Procesal Constitucional contempla la “ejecución provisional de sentencia impugnada”.

Posteriormente el Tribunal Constitucional ha explicado con mayor detalle la institución procesal, conforme se desprende de las sentencias recaídas en los expedientes Nro. 607-2009-PA/TC (Caso Flavio Roberto Jhon Lojas), y Nro. 813-2011-PA/TC (Caso Benedicto Berty Vera Sullayme).

¹⁴Ibídem pág. 315.

¹⁵ Tribunal Constitucional Peruano. Caso Centro de Orientación Familiar. Expediente Nro. 5994-2005-HC/TC, fundamento 3.

III. SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE NRO. 607-2009-PA/TC

Es relevante destacar la sentencia Nro. 607-2009-AA/TC, caso Flavio Roberto Jhon Lojas, debido a que profundiza teóricamente acerca de la institución procesal que se está estudiando; además fija criterios y presupuestos procesales para su aplicación, los mismos que serán materia de análisis en la presente investigación.

Los hechos del caso se resumen en lo siguiente: el señor Flavio Roberto Jhon Lojas, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, había dejado de pagar sus pensiones educativas; por tanto, la universidad demandada decidió negarle el ingreso hasta que cancele sus deudas. Esta situación generó que el estudiante desaprobe los cursos en los que se había matriculado.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima emitió sentencia que declaró fundada en parte la demanda sobre proceso constitucional de amparo, el juez argumentó que las evaluaciones de los alumnos no pueden ser condicionadas al pago de pensiones conforme lo establece el artículo 2 de la ley Nro. 27665 (Ley de Protección a la Economía Familiar). En segundo grado la Sala Civil confirmó en cuanto a que no se le impida el ingreso a la Universidad y revocó en el extremo de que se le permita rendir exámenes siendo que primero debe cancelar sus pensiones educativas.

La parte demandante interpuso recurso de agravio constitucional y el expediente fue resuelto por el Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda por sustracción de la materia, el proceso había demorado demasiado y el alumno terminó de estudiar los doce ciclos de la carrera de derecho. No obstante, el Tribunal precisó que el juez de primer grado omitió actuar conforme al artículo 22 del Código Procesal Constitucional, es decir, no ordenó la actuación inmediata de la sentencia (ejecución provisional de sentencia impugnada).¹⁶

Además, el máximo intérprete de la Constitución aclaró que si bien la legislación ha acogido la mencionada institución, no ha precisado los presupuestos procesales, en otras palabras, los aspectos que se deben analizar para su aplicación. Por tanto procedió a establecer los criterios o presupuestos al respecto tomando en consideración que el proceso de

¹⁶ Tribunal Constitucional Peruano. Caso Flavio Roberto Jhon Lojas. Sentencia recaída en el expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

amparo es una vía de tutela urgente y además evitar vulnerar los derechos de la parte demandada.¹⁷

El Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“i. Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.

(...)

iii. Forma de Otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P. Const.

(...)

v. Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma especial, es decir, solo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados ni intereses.

(...)

viii. Presupuestos procesales:

1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones

¹⁷ Ibídem, fundamento 62.

amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.”¹⁸

IV. EL PROCESO DE AMPARO PREVISIONAL

4.1. EL PROCESO DE AMPARO

Los profesores Gerardo Eto Cruz¹⁹ y Cesar Landa Arroyo²⁰ coinciden que el amparo es un proceso constitucional autónomo. Samuel Abad Yupanqui²¹ añade la importancia de este reconocimiento en tanto se rescata la influencia de la Teoría General del Proceso. No obstante esta postura no ha calado en la literatura jurídica, inclusive en México, cuna de esta institución procesal, se le denomina “juicio”, en Argentina, “acción”, y en España, “recurso”.²²

Es preciso añadir que conforme lo sostiene el profesor Guido Aguila Grados²³, los procesos constitucionales, en el que se encuentra el amparo, son expresiones de la tutela urgente o diferenciada. Esta cualidad se deriva de su función protectora impostergable de los derechos fundamentales, exigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Nosotros tenemos la posición siguiente, el amparo es un instrumento procesal efectivo, sencillo y rápido²⁴, que forma parte de la jurisdicción constitucional de la libertad y su propósito es tutelar derechos fundamentales, con excepción de los que protege el habeas corpus y el habeas data.

4.2. EL AMPARO PREVISIONAL

¹⁸ Ibídem, fundamento 63.

¹⁹ Eto Cruz, Gerardo. “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo – Tomo I”, ob. cit., pág. 169.

²⁰ Landa Arroyo, Cesar. “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional Peruano”, citado por Ávalos Jara, Oxal Víctor. “El amparo laboral”. Primera Edición. Lima: Gaceta Constitucional, 2012, pág. 20.

²¹ Abad Yupanqui, Samuel. “El Derecho Procesal Constitucional de Amparo”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pág. 56.

²² Ávalos Jara, Oxal Víctor. “El amparo laboral”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pág. 56.

²³ Aguila Grados, Guido. “El Proceso Constitucional – Su Naturaleza Particular”. Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos, 2014, pág. 22.

²⁴ Características establecidas en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El profesor Gerardo Eto Cruz es uno de los difusores de la clasificación de los procesos de amparo²⁵. Esta división se fundamenta en la necesidad de establecer una tipología con un fin explicativo, además de ejercer una función didáctica.

Es nuestra opinión a favor en tanto se permite un estudio del amparo en función a determinadas características. En ese contexto es posible delinear aspectos procesales y principios que obedezcan a un tipo de amparo, esa es la importancia de la tipología. Un panorama contrario generaría confusión y desorden.

El criterio de clasificación que se tomará en consideración es aquel que se constituye según la materia. Como se ha explicado el amparo procede en defensa de derechos fundamentales no protegidos por el habeas corpus y el habeas data, por tanto es posible verificar contenidos diversos, a este aspecto se le denomina “contenidos iusfundamentales”.²⁶

De lo mencionado se puede perfilar la siguiente tipología²⁷:

- a) Amparo Judicial.
- b) Amparo Laboral.
- c) Amparo Previsional.
- d) Amparo Administrativo.
- e) Amparo Tributario.
- f) Amparo Ecológico y Ambiental.
- g) Amparo Electoral.
- h) Amparo Económico.

Esta denominación “amparo previsional” no solo es reconocida por el profesor Gerardo Eto Cruz, también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 500-2009-PA/TC, fundamento 2. Por tanto, el término citado es el idóneo para referirse a un tipo específico de amparo.

El objeto del amparo previsional es la seguridad social contemplado en el artículo 10 de la Constitución Política²⁸. Gerardo Eto Cruz lo conceptualiza como:

²⁵ Eto Cruz, Gerardo. “Los Derechos que Tutela el Amparo – Un Enfoque Teórico y Práctico”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pág. 67.

²⁶ Id., pág. 70.

²⁷ Id., pág. 74.

*“aquel proceso constitucional que se activa frente a la amenaza o vulneración del derecho fundamental a la pensión en cuanto a su contenido constitucional protegido y que se caracteriza por conciliar dos elementos básicos: su celeridad y sencillez, aunado a su especial diseño que busca cautelar de una forma más eficaz el derecho fundamental a la pensión.”*²⁹

V. LAS REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las personas que participan en un proceso judicial no tienen las mismas condiciones culturales y económicas. Una parte puede acceder a un adecuado asesoramiento, costear el pago de tasas judiciales y tener capacidad de resistencia³⁰ frente a una duración excesiva del proceso. Sin embargo, la otra parte no está en las posibilidades de cumplir las mencionadas exigencias. Este último grupo se constituye en población vulnerable.

Frente al panorama descrito, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en el año 2008, ha elaborado las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”³¹. Se tiene como antecedente a la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles”.

5.1. FUERZA APLICATIVA DE LAS REGLAS DE BRASILIA

Consideramos relevante tratar el tema sobre el carácter vinculante o fuerza aplicativa de las Reglas de Brasilia, debido a que el presente trabajo pretende recoger lineamientos generales de la referidas Reglas, a fin de servir de sustento de análisis de la institución procesal “ejecución provisional de sentencia impugnada”.

Al respecto efectuamos las siguientes interrogantes ¿las Reglas de Brasilia se constituyen en un tratado internacional?, ¿son recomendaciones sin obligatoriedad para el Estado Peruano?, y por último ¿son

²⁸ Eto Cruz, Gerardo. “Los Derechos que Tutela el Amparo – Un Enfoque Teórico y Práctico”, ob. cit., pág. 102.

²⁹ Id., pág. 103.

³⁰ “Capacidad de resistencia”: Frase utilizada por el jurista italiano Andrea Proto Pisani, para referirse a la aptitud de una de las partes del proceso, de esperar la decisión jurisdiccional sin perjudicarsu situación social y económica. Proto Pisani, Andrea. “La Tutela Jurisdiccional”, ob. cit., pág. 84.

³¹ Documento disponible en

http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=69a18acf-7689-4511-ae04-01c5d9a11123&groupId=10124, visitado el 25 de febrero del 2018.

recomendaciones, que, al ser emitidas como normas de desarrollo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son de especial cumplimiento por parte del Estado?

La Constitución Política actual regula la forma en que un tratado se adhiere al derecho interno (artículos 56 y 57 de la Carta Magna), procedimiento que se resume en lo siguiente: aprobación del Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que el instrumento internacional verse sobre derechos humanos, soberanía, defensa nacional, u obligaciones financieras, en caso no trate sobre estas materias, solo se requiere la aprobación del Presidente.

En el contexto mencionado, las Reglas de Brasilia no constituyen un tratado internacional, debido a que el Congreso no se ha pronunciado al respecto, es decir no ha emitido Resolución Legislativa que acoja las Reglas.

Sin embargo, las Reglas de Brasilia no son simples recomendaciones sin ninguna fuerza vinculante. En primer lugar debemos mencionar que en el proceso de elaboración de las mismas, han participado los presidentes de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados³². Asimismo, las Reglas de Brasilia se enmarcan dentro del desarrollo del derecho a un recurso efectivo, contemplado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el derecho a un recurso sencillo y rápido, artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, estas Reglas son recomendaciones que desarrollan derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales.

5.2. ARTÍCULOS RELEVANTES

Para el presente ensayo es necesario resaltar los siguientes artículos de las Reglas de Brasilia.

5.2.1. REGLA NRO. 1

“Sección 1: FINALIDAD

(1) Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando al conjunto de políticas, medidas,

³² Ibídem.

facilidades y apoyo que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema de justicia. (...)”³³

Se menciona la finalidad de garantizar el “acceso a la justicia”, es decir que las demandas presentadas por la población sean atendidas por el sistema de justicia. Esta exigencia es un componente de la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, las Reglas de Brasilia también pretenden señalar lineamientos para que, no solo el acceso, sino también durante el desarrollo del proceso se otorguen prerrogativas a favor de las personas vulnerables; así se desprende de la sección 4 “Revisión de procedimientos y los requisitos como forma de facilitar el acceso a la justicia” que detalla desde la regla 33 en adelante.

5.2.2. REGLAS NROS. 3 Y 4

“Sección 2: BENEFICIARIOS DE LAS REGLAS

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. (...)”³⁴

En el artículo 3 se define los términos “personas en vulnerabilidad”. Asimismo, en el artículo 4 se nombra las causas de vulnerabilidad en una lista abierta (*numerus apertus*), es decir pueden constituirse más circunstancias. Se resalta entre las mencionadas a la edad y la discapacidad.

5.2.3. REGLAS NROS. 5 Y 6

“(5) Se considera niño, niña o adolescente a toda persona menor de dieciocho años, salvo de haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

(...)

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades,

³³ Disponible en, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>, visitado el 23 de setiembre del 2017.

³⁴ *Ibídem*.

atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.”³⁵

Se ha establecido que la minoría de edad y el envejecimiento constituyen factores de vulnerabilidad. En el primer supuesto se ha fijado el límite de 18 años para considerar a una persona, niño, niña o adolescente. En el segundo supuesto no se especifica un límite de edad.

5.2.4. REGLA NRO. 7

*“(7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que pueda ser causada o agravada por el entorno económico y social.”*³⁶

Se contempla que la discapacidad puede ser consecuencia de la deficiencia física (invalidez para caminar, neumoconiosis), mental (enfermedad degenerativa como el alzheimer) y sensorial (hipoacusia), entre otras.

5.2.5. REGLA NRO. 38

*“(38) Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.”*³⁷ (Subrayado agregado).

La citada regla está incluida en la sección de medidas de organización que faciliten el acceso a la justicia a las personas vulnerables.

Se sugiere como medida la “*ejecución rápida de lo resuelto*”, además de “*prioridad en la ejecución del caso*”. Es decir, si el juez advierte que alguna de las partes en el proceso, por razón de edad o discapacidad, se muestra en estado de vulnerabilidad, debe otorgarle preferencia en la ejecución de su decisión.

VI. ANÁLISIS DE IDONEIDAD DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA 607-2009-AA/TC, PARA UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

La tutela jurisdiccional efectiva, para que cumpla su objetivo, debe modelarse en función a las características sustantivas del derecho que

³⁵ Ibídem.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Ibídem.

protege. Esta postura es defendida por el procesalista italiano Andrea Proto Pisani³⁸ en su libro “La Tutela Jurisdiccional”. En otras palabras, se exige que las normas que regulan el proceso sean idóneas para tutelar el derecho material³⁹.

El término “idoneidad” proviene del latín *idoneus*, que conforme al Diccionario de la Real Academia Española significa: “Adecuado y apropiado para algo”⁴⁰. Esta definición nos plantea la relación entre dos elementos: el primero que denominaremos el elemento – medio; y el segundo, el elemento – fin. Si el elemento – medio es adecuado y apropiado para lograr el elemento – fin, entonces será calificado de “idóneo”.

Lo explicado se relaciona con el test de proporcionalidad, entendido como “*instrumento metodológico de carácter formal – procedimental*”⁴¹, mas no tomaremos en cuenta en el presente trabajo el principio de proporcionalidad, esto último se refiere a la proscripción de los excesos del poder público⁴². Dentro del test de proporcionalidad se ubica el sub – test de idoneidad⁴³, que en palabras del profesor alemán Robert Alexy “(...) expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas.”⁴⁴ Es decir el análisis de idoneidad implica determinar una situación óptima a la anterior mediante una evaluación medio – fin.

Posteriormente se procederá a determinar la idoneidad de los presupuestos procesales de la ejecución provisional de sentencia impugnada, establecidos en la sentencia Nro. 607-2009-AA/TC, para tutelar el derecho a la pensión. Para lo cual se considerará como elemento – medio, el presupuesto procesal; y el elemento – fin se constituye por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que menciona “*Son*

³⁸ Proto Pisani, Andrea. “La Tutela Jurisdiccional”, ob. cit., pág. 79.

³⁹ Este acápite ha sido desarrollado más ampliamente en el punto II del presente ensayo.

⁴⁰ Disponible en <http://www.rae.es/>, visitado el 15 de setiembre del 2017.

⁴¹ Sosa Sacio, Juan Manuel. “Guía Teórico -Práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pág. 172.

⁴² Id., pág. 167.

⁴³ El examen de idoneidad también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en las sentencias 0048-2004-PI/TC y 34-2004-AI/TC, entre otras.

⁴⁴ Alexy, Robert. “La Fórmula del Peso”, artículo publicado en “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional – Serie Justicia y Derechos Humanos”, editor Miguel Carbonell. Primera Edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 15. Disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf, visitado el 10 de setiembre del 2017.

finés esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.” Más adelante se detallará este segundo punto.

6.1.FORMA DE OTORGAMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA IMPUGNADA

ELEMENTO -MEDIO

“FORMA DE OTORGAMIENTO: Si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, (...)” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

FINALIDAD

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Establecemos como elemento medio la regla procesal citada; y la finalidad es la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Se procederá a evaluar si el medio (regla procesal) es idóneo para lograr el fin.

Se ha señalado que la ejecución provisional de sentencia impugnada se aplica, como regla general, a pedido de parte; y en casos excepcionales, el juez actúa de oficio.

El criterio “a pedido de parte” es manifestación del principio dispositivo, propio de un proceso ordinario (proceso civil)⁴⁵. Por otro lado, la aplicación “de oficio” corresponde al principio de dirección judicial del proceso⁴⁶, el mismo que es acorde con los procesos que se califican de tutela urgente, en el que se ubica el proceso de amparo.

El Tribunal Constitucional comparte lo anteriormente explicado, conforme a los siguientes términos:

“(...) La consagración constitucional de estos procesos (procesos constitucionales), les otorga un especial carácter, que les hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: (...) 3) POR LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del procesos, impulso oficioso,

⁴⁵ Casación Nro. 2935-98- Apurímac, citado por Ledesma Narvaez, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil – Tomo I”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pág. 31.

⁴⁶ Regulado por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. (...)”⁴⁷

La regla procesal materia de análisis establece que el criterio general de aplicación de la ejecución provisional de sentencia impugnada, es “a pedido de parte” (principio dispositivo), es decir, se aplica un principio procesal propio del proceso ordinario, al proceso de amparo. Lo que implica que no se ha depositado en el juez constitucional la obligación de analizar si se aplica la institución procesal materia de análisis. Por tanto, la regla procesal no es idónea para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

6.2. ALCANCE DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA IMPUGNADA

ELEMENTO - MEDIO

“ALCANCE: (...) No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

FINALIDAD

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)

Identificamos como criterio procesal el apartado citado y la finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Este criterio procesal no es idóneo para lograr la finalidad señalada, tanto en todo proceso de amparo y menos aún en el amparo provisional.

En primer lugar debemos considerar que todo demandante en un proceso de amparo provisional, ha solicitado previamente el otorgamiento de pensión ante la Oficina de Normalización Previsional (O.N.P.), o Administradora de Fondo de Pensiones (A.F.P.), por lo que ha tenido que esperar un tiempo estimado de 5 meses (150 días)⁴⁸, sumado al plazo promedio de duración de un proceso de amparo, 3 años⁴⁹, resulta un periodo de 3 años 5 meses.

En segundo lugar, el demandante, quien ha concluido una vida laboral, se constituye en una persona en situación de vulnerabilidad debido a su avanzada edad y padecimiento de alguna enfermedad.

Tomando en cuenta el tiempo de espera y las condiciones de vulnerabilidad del amparista, concluimos que el juez debe otorgar, al momento de

⁴⁷ Sentencia recaída en el expediente Nro. 00023-2005-PI/TC, fundamento 10 a 12.

⁴⁸ Conforme a los plazos establecidos en la Ley Nro. 27444, artículo 207.

⁴⁹ Defensoría del Pueblo, disponible en <https://mafirma.pe/Informe-Defensorial-N-172-2015.pdf>, visitado el 20 de enero del 2017.

conceder la ejecución provisional de sentencia impugnada, los costos, costas, devengados e intereses de la pensión⁵⁰.

6.3.NO IRREVERSIBILIDAD

ELEMENTO - MEDIO

“NO IRREVERSIBILIDAD: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

FINALIDAD

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

La regla procesal examinada exige que la ejecución provisional de sentencia impugnada se aplicará sólo en los supuestos en los que los actos de ejecución puedan retrotraerse o revertirse, esto debido a la posible emisión de una sentencia de vista que revoque la sentencia de primera instancia.

Se desprende del análisis efectuado el propósito de proteger al demandado ante una inminente afectación de sus derechos fundamentales en caso de que la ejecución provisional sea irreversible.

Por tanto, instaurar el presupuesto procesal *in comento* es idóneo para tutelar derechos fundamentales.

6.4.PROPORCIONALIDAD

ELEMENTO - MEDIO

“Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

FINALIDAD

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

⁵⁰ Estos conceptos son en la mayoría de los casos, montos onerosos y por tanto adecuados para una persona que no tiene una fuente de ingresos económicos.

Esta regla procesal procura que la ejecución provisional de sentencia impugnada, no genere un beneficio mayor al demandante y un perjuicio grave al demandado. El propósito es sopesar (ponderar) ambas situaciones, asimismo evitar ejecutar una decisión judicial arbitraria. Por tanto, esta es idónea para una tutela efectiva de derechos fundamentales.

6.5.CONTRACAUTELA

ELEMENTO - MEDIO

“No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17.

FINALIDAD

La vigencia efectiva de los derechos fundamentales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

La referida regla procesal no es aplicable en el amparo previsional porque el derecho a la pensión, como lo ha sentado el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 500-2009-AA/TC, fundamento 2, tiene naturaleza alimentaria, más no un carácter patrimonial. Por tanto, no corresponde analizar su idoneidad para el presente trabajo de investigación.

6.6.SÍNTESIS Y CRÍTICA A LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Se ha argumentado la falta de idoneidad de los siguientes criterios procesales: 1. La forma de otorgamiento (de oficio o a pedido de parte); 2. El alcance de la ejecución provisional de sentencia impugnada (no ejecución de costas, costos, intereses y devengados), los mismos que no son adecuados para lograr la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (finalidad de los procesos constitucionales).

Además, hemos determinado que el presupuesto procesal de 1. Irreversibilidad, es idóneo para evitar la posible vulneración de derechos fundamentales. En relación al presupuesto de 2. Proporcionalidad, este es adecuado para sopesar (ponderar) el grado de satisfacción al demandante y el perjuicio causado al demandado.

Es importante resaltar que, entre los criterios y presupuestos de la ejecución provisional de sentencia impugnada, analizados anteriormente, no se han considerado elementos que identifiquen las particularidades del derecho sustancial que protege el amparo previsional, es decir el derecho a la pensión. Se ampliará más al respecto.

VII. PROPUESTA DE PRESUPUESTOS PROCESALES, CONFORME CON LAS REGLAS DE BRASILIA

Los criterios y presupuestos de la ejecución provisional de sentencia impugnada en el proceso de amparo que puedan tutelar al demandante que exige el respeto de su derecho a la pensión, que se plantea como propuesta en el presente trabajo, se fundamenta básicamente en el propósito de lograr tutela jurisdiccional realmente efectiva mediante un mecanismo de tutela anticipada, como es la “ejecución provisional de sentencia impugnada.”

Es posible nombrar dos instrumentos internacionales que rigen el sistema de protección de derechos humanos, y contemplan la exigencia de efectividad de la tutela jurisdiccional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 8 menciona:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales.”

Asimismo, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Por otro lado, en el plano nacional, la Constitución Política del Perú, en su artículo 139, inciso 3, menciona:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional. 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”

El profesor Enrique Bernal Ballesteros precisa que, en relación al debido proceso:

“(...) se garantiza las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.”⁵¹

De lo acotado, la Constitución no se refiere literalmente que la tutela jurisdiccional sea efectiva, en tanto este elemento es parte del debido proceso.

⁵¹Bernal Ballesteros, Enrique. “La Constitución de 1993 – Análisis Comparado”. Quinta Edición. Lima: Editora RAO, 1999, pág. 642.

Desde una perspectiva de la doctrina, Omar Sumaria Benavente⁵² sostiene que la tutela jurisdiccional se manifiesta en cuatro grados de eficacia: el primero comprende el acceso a la jurisdicción; el segundo, que se cumpla el debido proceso; el tercero, que el juez emita una respuesta congruente; y por último, la efectividad de la decisión. Es de resaltar que la vulneración a cualquier nivel mencionado implica conculcar el derecho a la tutela jurisdiccional.

7.1. EL PROCESO Y EL DERECHO MATERIAL

Las normas adjetivas son las que “(...) *regulan el desarrollo del proceso, o sea, la actividad jurisdiccional del Estado* (...)”⁵³. Por otro lado, las normas sustantivas “(...) *normas que estatuyen los derechos y deberes* (...)”⁵⁴, conforman el derecho material. Al respecto se precisará cuál es la correcta vinculación entre el derecho material y el proceso.

El profesor brasileño Luiz Guilherme Marinoni, menciona que “(...) *En el Estado Constitucional, pretender que el proceso sea neutro respecto al derecho material, es negarle valor* (...)”⁵⁵. Se resalta que la concepción del proceso debe ser idónea al derecho material que pretende tutelar.

En esa misma línea argumentativa, Andrea Proto Pisani⁵⁶ y Alvaro Perez Ragone⁵⁷, alegan que la tutela jurisdiccional se modela respetando las características de la situación material que protege.

Para aclarar en términos prácticos la forma en que la tutela jurisdiccional se modela, podemos citar como primer ejemplo lo señalado por Michele Taruffo⁵⁸, quien sostiene que el derecho material determina el objeto del

⁵² Sumaria Benavente, Omar. “Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional”. Primera Edición. Lima: Ara Editores, 2013, pág. 160.

⁵³ Torres Vásquez, Anibal. “Introducción al Derecho”. Primera Edición. Lima: Editorial Moreno, pág. 223.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Guilherme Marinoni, Luiz. “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”. Primera Edición. Lima: Palestra, 2017, pág. 30.

⁵⁶ Proto Pisani, Andrea. “La Tutela Jurisdiccional”, ob. cit., pág. 79.

⁵⁷ Perez Ragone, Alvaro. “Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”, ob. cit., pág. 59.

⁵⁸ Taruffo, Michele. “Derecho sustancial y procesal”. artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”, ob. cit., pág. 13.

proceso; como segundo ejemplo, Guilherme Marinoni⁵⁹, señala que se debe identificar las necesidades del demandante. Es este segundo punto que servirá de sustento doctrinario para proponer criterios y presupuestos de aplicación de la ejecución provisional de sentencia impugnada que sean idóneos para la tutela de todos los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la pensión.

7.2. CRITERIOS Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL PROCESO DE AMPARO

El presente trabajo tiene el objetivo central de proponer los criterios y presupuestos de aplicación de la ejecución provisional de sentencia impugnada en el proceso de amparo, que sean conformes con las Reglas de Brasilia – sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad – y además idóneas para proteger al demandante del amparo provisional. No obstante, consideramos relevante explicar las razones por las que se pretende enfocar esta investigación en el amparo en protección del derecho a la pensión (amparo previsional).

En primer lugar aclaramos que este tipo de amparo presenta características diferenciadoras de los otros procesos de amparo; por ejemplo, desde el plano de la situación de vulnerabilidad del demandante, la capacidad de resistencia del demandado⁶⁰ y el objeto del proceso.

No significa que este tipo de proceso sea el más importante, sino más bien solo resaltamos sus elementos distintivos a los demás, aspecto que se detalla a continuación.

- El demandante tiene menor capacidad de resistencia a la duración del proceso, esto se manifiesta en un menor poder económico, avanzada edad, padece de enfermedades y en la mayor cantidad de casos no ha forjado un grado de instrucción superior que le permita generar ingresos económicos de forma independiente.
- La parte demandada, Oficina de Normalización Previsional o las Administradoras de Fondo de Pensiones, tiene mayor capacidad de resistencia.

⁵⁹Guilherme Marinoni, Luiz. “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”, ob. cit. pág. 25.

⁶⁰ Término utilizado por Andrea Proto Pisani para referirse a la capacidad de resistencia frente a la demora del proceso, “La Tutela Jurisdiccional”, ob. cit., pág. 84.

- Los demandantes del amparo previsional se constituyen en personas vulnerables, estando dentro de los supuestos regulados en las Reglas Nro. 3, 4 y 38, que conforman las Reglas de Brasilia – sobre acceso a la justicia de personas vulnerables. Esto implica la necesidad de plantear presupuestos de la ejecución provisional de sentencia impugnada adecuados para tutelar al demandante del proceso de amparo.

REGLAS DE BRASILIA

“REGLA NRO. 3.- Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

REGLA NRO. 4.- Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. (...)

REGLA NRO. 38.- Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia. ”⁶¹

- Finalmente, el amparo previsional es un proceso frecuente en los Juzgados Constitucionales.

Luiz Guilherme Marinoni (explicado *supra*) menciona que una forma idónea en que la tutela jurisdiccional se modele al derecho material, es constituyendo mecanismos procesales que permitan identificar las necesidades del demandante, y en acotación de que la Reglas de Brasilia exigen un tratamiento especial a las personas vulnerables, en cuanto a la ejecución de resoluciones, se proponen los siguientes criterios y presupuestos de la ejecución provisional de sentencia impugnada en el proceso de amparo.

7.2.1. CRITERIOS PROCESALES

Se entenderá por criterio procesal a la norma que orienta la actividad jurisdiccional. Planteamos los siguientes criterios:

⁶¹ Disponible en, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>, visitado el 23 de setiembre del 2017.

FORMA DE OTORGAMIENTO

PROPUESTA: El juez, de oficio, analizará la observancia de los presupuestos procesales.

COMENTARIO: El criterio de que el juez actúe de oficio es consecuencia de la aplicación del principio de dirección judicial del proceso, aspecto acorde con la finalidad de los procesos constitucionales.

PROPUESTA: Se evaluará si corresponde declarar la ejecución provisional de sentencia impugnada, en la parte considerativa y resolutive de la resolución que concede el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

COMENTARIO: Por tanto, será procedente la institución procesal *in comento*, si el demandado interpone recurso de apelación. Es coherente sostener esto debido a que las sentencias no apeladas igualmente serán ejecutadas por el juez.

ALCANCE

PROPUESTA: En caso se declare la ejecución provisional de sentencia impugnada, es posible ejecutar las costas, costos, devengados e intereses de la pensión que se solicite.

COMENTARIO: El demandante del amparo previsional podrá ser beneficiario de un monto dinerario oneroso que le permita satisfacer necesidades básicas.

7.2.2. PRESUPUESTOS PROCESALES

Son los elementos que pre existen al análisis. Sostenemos los siguientes:

REVERSIBILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Se ha determinado en el presente trabajo que ambos presupuestos son idóneos para una tutela efectiva de los derechos fundamentales del demandado.

DEMANDANTE EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Para evaluar este presupuesto se considerará lo siguiente:

- El demandante tiene 74 años o más. Se fija como parámetro este límite de edad debido a que es acorde a la esperanza de vida en el Perú⁶², y a la Regla Nro. 38 de las Reglas de Brasilia.

⁶² Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática, disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/esperanza-de-vida-de-poblacion-peruana-aumento-en-15-anos-en-las-ultimas-cuatro-decadas-8723/>, visitado el 1 de setiembre del 2017.

- El demandante padece de alguna enfermedad, probada durante el proceso. Este aspecto es conforme a las Reglas Nros. 3 y 4 de las Reglas de Brasilia.

Con estos criterios y presupuestos consideramos que se logrará una tutela idónea de los derechos fundamentales en el proceso de amparo, siendo beneficiarios también los demandantes del amparo previsional.

CONCLUSIONES

- El amparo previsional es aquel proceso de tutela urgente que protege los derechos fundamentales contenido en el artículo 10 (derecho a la seguridad social) de la Constitución Política.
- La ejecución provisional de sentencia impugnada es la institución procesal mediante la cual se atribuye eficacia a la sentencia emitida por el juez de primera instancia, a pesar de haberse concedido el recurso de apelación. Esta figura procesal es una manifestación de la tutela anticipada.
- Las “100 Reglas de Brasilia – Sobre Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables” constituyen una recomendación para los Estados. No obstante, su importancia radica en que se enmarca dentro de la tutela jurisdiccional diferenciada, además son reglas de desarrollo de derechos humanos (artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- Las 100 Reglas de Brasilia, tienen la finalidad de establecer parámetros básicos para la atención oportuna del sistema de justicia, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad (personas de la tercera edad, que padecen algún tipo de enfermedad, entre otros factores). Se resalta la regla Nro. 38, que exige prioridad en la ejecución de resoluciones judiciales.
- En la sentencia recaída en el expediente Nro. 607-2009-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido los presupuestos para la aplicación de la ejecución provisional de sentencia impugnada, de los cuales se ha examinado que los siguientes presupuestos no son idóneos para una tutela efectiva de los derechos fundamentales:
 - Regla Procesal: El otorgamiento es a pedido de parte y excepcionalmente de oficio
 - Regla Procesal: No es posible la ejecución de costas, costos, devengados e intereses.

Por otro lado, de los siguientes presupuestos se ha determinado que son idóneos para proteger de una posible afectación de derechos fundamentales:

- Regla Procesal: Reversibilidad y proporcionalidad de los actos de ejecución provisional de sentencia impugnada.

RECOMENDACIONES

Se propone los siguientes criterios y presupuestos de ejecución provisional de sentencia impugnada, los mismos que son conformes con las Reglas de Brasilia.

CRITERIOS:

- **FORMA DE OTORGAMIENTO**: El juez, de oficio, analizará la observancia de los presupuestos procesales. Esta evaluación se efectuará en la parte considerativa y resolutive de la resolución que concede recurso de apelación interpuesto por el demandante o demandado.
- **ALCANCE**: Es posible exigir por esta vía las costas, costos, devengados e intereses.

PRESUPUESTOS:

- **REVERSIBILIDAD**: Los actos de ejecución provisional de sentencia impugnada deben ser posibles de retrotraer en el supuesto caso de que la sala civil revoque la decisión de primer grado.
- **PROPORCIONALIDAD**: Al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso.

No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

- **DEMANDANTE EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD**: El juez debe verificar la concurrencia copulativa de los siguientes aspectos con referencia al demandante:
 - a. Tiene 74 años o más.
 - b. Padece de alguna enfermedad, situación que debe ser probada durante el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel. “El Derecho Procesal Constitucional de Amparo”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- Aguila Grados, Guido. “El Proceso Constitucional – Su Naturaleza Particular”. Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos, 2014.
- Alexy, Robert. “La Fórmula del Peso”, artículo publicado en “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional – Serie Justicia y Derechos Humanos”, editor Miguel Carbonell. Primera Edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 15. Disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf, visitado el 10 de setiembre del 2017.
- Ávalos Jara, Oxal Víctor. “El amparo laboral”. Primera Edición. Lima: Gaceta Constitucional, 2012.
- Bernales Ballesteros, Enrique. “La Constitución de 1993 – Análisis Comparado”. Quinta Edición. Lima: Editora RAO, 1999.
- Eto Cruz, Gerardo. “Los Derechos que Tutela el Amparo – Un Enfoque Teórico y Práctico”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- Eto Cruz, Gerardo. “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo – Tomo II”. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Guilherme Marinoni, Luiz. “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”. Primera Edición. Lima: Palestra, 2017.
- Guilherme Marinoni, Luiz. “Derecho a la tutela judicial de los derechos”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”. Primera Edición. Lima: Palestra, 2017.
- Hurtado Reyes, Martín. “Estudios de Derecho Procesal Civil – Tomo I”. Segunda Edición. Lima: Editorial Moreno, 2014.
- Ledesma Narváez, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil – Tomo II”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Ledesma Narváez, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil – Tomo I”. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Pérez Ragone, Alvaro. “Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”. Primera Edición. Lima: Palestra, 2017.

- Proto Pisani, Andrea. “La Tutela Jurisdiccional”. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, 2014.
- Rioja Bermúdez, Alexander. “El Código Procesal Constitucional y su Jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional”. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores, 2009.
- Sosa Sacio, Juan Manuel. “Guía Teórico -Práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Sumaria Benavente, Omar. “Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional”. Primera Edición. Lima: Ara Editores, 2013.
- Taruffo, Michele. “Derecho sustancial y procesal”, artículo publicado en “Derecho Material y Proceso – El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material”. Primera Edición. Lima: Palestra, 2017.
- Ticona Postigo, Víctor. “El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil”. Segunda Edición Ampliada. Lima: Grijley, 2009.
- Torres Vásquez, Anibal. “Introducción al Derecho”. Primera Edición. Lima: Editorial Moreno, 2011.

REFERENCIAS VIRTUALES

1. Cumbre Judicial Iberoamericana:
http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=69a18acf-7689-4511-ae04-01c5d9a11123&groupId=10124, visitado el 25 de febrero del 2018.
2. Defensoría del Pueblo, disponible en <https://mafirma.pe/Informe-Defensorial-N-172-2015.pdf>, visitado el 20 de enero del 2017.
3. Diccionario de la Real Academia Española:<http://www.rae.es/>, visitado el 15 de setiembre del 2017.
4. Instituto Nacional de Estadística e Informática, disponible en: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/esperanza-de-vida-de-poblacion-peruana-aumento-en-15-anos-en-las-ultimas-cuatro-decadas-8723/>, visitado el 1 de setiembre del 2017.
5. Reglas de Brasilia:
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>, visitado el 23 de setiembre del 2017.

