

Existe una contradicción insalvable entre sostener, por un lado, que el proceso constitucional de amparo es la vía adecuada para proteger un determinado derecho fundamental y declarar, por el otro, que como en el proceso de amparo no existe etapa probatoria debe declararse la improcedencia de la demanda en aplicación del artículo 5º.1 del Código Procesal Constitucional. Negar la tutela de un derecho constitucional bajo el expediente de que la demostración de su agravio resulta inviable es tanto como admitir que el amparo, en la práctica, es siempre una vía inidónea para dispensar tal protección.

Por lamentable que parezca, esta es la paradójica conclusión a la que, en innumerables casos, están llegando los operadores jurídicos cuando aplican el artículo 9º del Código Procesal Constitucional («En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria»). Sin embargo, es claro que una interpretación finalista «desde la Constitución» de esta disposición normativa nos llevaría a un resultado radicalmente distinto: en efecto, si partimos del específico derecho fundamental reconocido en la Constitución de cuya tutela se trata, y es el caso que dicha protección constituye la finalidad esencial de todo proceso constitucional (artículo 1º del CPConst.), tal finalidad estará siempre llamada a sobreponerse frente a cualquier obstáculo de tipo procedimental que impida su legítima consecución.

De hecho, normativamente, el proceso de amparo es un proceso de tutela urgente y perentoria, pero nada de ello quiere decir que su finalidad sea, por antonomasia, impedir que la actuación probatoria comprometa ese carácter de urgencia. La finalidad de los procesos de tutela de derechos es, y sigue siendo, uno de configuración positiva: proteger el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y a ella debería reconducirse toda restricción que se le oponga. Lo contrario es entender al proceso constitucional como un fin en sí mismo, y no como lo que en realidad es: un instrumento al servicio de los derechos fundamentales.

Por ello es que pronunciamientos del Tribunal Constitucional como los recaídos en las sentencias STC N° 02682-2005-AA (caso Proterra, referido a la prueba en el amparo ambiental) y STC N° 03343-2007-AA (caso Cordillera Escalera, sobre la posibilidad de pedir informes a entidades estatales) le hacen bien a una justicia constitucional verdaderamente comprometida con la protección efectiva de los derechos fundamentales, que asume un rol protagónico no sólo para ordenar pruebas cuando existe duda en torno a la configuración del acto lesivo, sino también para aplicar técnicas procesales modernas para adecuar el estándar probatorio en razón del tipo de derecho invocado

(como la STC N° 02317-2010-PA, caso Cadillo Palomino, sobre la inversión del *onus probandi* cuando se trata de probar la discriminación por categorías sospechosas).

Pero hace falta más que decisiones aisladas para superar una tendencia ya convertida en *usus fori*.

En este punto, el papel que juega la doctrina resulta decisivo, dotada como está de poner a debate aquellas interpretaciones judiciales que contradicen este postulado normativo. El libro del doctor Berly LÓPEZ FLORES, va precisamente en esa dirección, si tenemos en cuenta que los tres capítulos que componen su obra nos proponen una lectura completa y documentada de las principales instituciones probatorias en el marco de los procesos judiciales ordinarios y constitucionales, pero a la vez critica la comprensión restringida y literal a la que tales instituciones están normalmente sometidas en los juzgados y tribunales.

Es lo que se deduce, por ejemplo, de su Capítulo Primero («Teoría general de la prueba aplicable a los procesos y procedimiento»), en que el autor nos recuerda los principales tópicos en materia probatoria, desde su noción y clasificación, hasta su finalidad y formas de valoración.

Ya en su Capítulo Segundo («Hacia una teoría especial de la prueba aplicable a los procesos constitucionales»), el autor expone con lujo de detalles su comprensión acerca del «mito» sobre la inexistencia de etapa probatoria en el proceso de amparo, y concluye: de inexistencia probatoria cabe hablar en un sentido «material» y «formal», pues a contravía de lo que establece artículo 9º del Código, «en los hechos» los jueces constitucionales han demostrado que es posible desplegar un mayor protagonismo a nivel probatorio en aras de tutelar el derecho o derechos involucrados (de lo que brinda ejemplos). Y plantea lo que, a no dudarlo, es una de sus principales tesis: que la inexistencia de etapa probatoria en los procesos de tutela de derechos obedece a la naturaleza restitutiva de sus sentencias, y no a su urgencia o sumariedad. A continuación, y en un claro afán de descender desde los conceptos teóricos al terreno de la práctica, el autor analiza al detalle lo que es el *thema probandum* en cada uno de los procesos constitucionales, siguiendo a tal efecto una tipología que el mismo autor propone con fines didácticos.

Continúa este segundo apartado, recordándonos tres aspectos que, no por obvios, deben dejar de ser explicados: que el juez constitucional puede ordenar prueba de oficio para mejor resolver (lo que, a primera vista, se justificaría a partir del carácter publicístico del proceso constitucional), que los medios probatorios pueden ser incorporados a lo largo de todo el proceso constitucional (y no sólo en la demanda y su contestación), y finalmente, que el artículo 9º del Código entra en conflicto con la búsqueda de la verdad real o material que persigue todo proceso judicial (en suma, una restricción al derecho constitucional al proceso justo). Por ello, propone el autor que, en aplicación del principio de inmediación (artículo III del Título Preliminar del CPConst.), y dado que este conflicto «no se soluciona en clave de conflicto de derechos, sino en clave

de interpretación constitucional», es razonable que el juez constitucional ordene una «audiencia de esclarecimiento» de los hechos, ante la existencia de duda o controversia en la existencia del acto lesivo (como en la citada STC N° 0480-1997-AA).

Finalmente, el Capítulo Tercero («La improcedencia de procesos constitucionales por razones probatorias») culmina con una frase que resumen bien el pensamiento del autor sobre su tema de investigación, cual es: que a juzgar por la jurisprudencia constitucional emitida en materia de amparos laboral, administrativo, judicial y contra particulares, en la que se declara la improcedencia por motivos probatorios, «parecería que –subrepticamente– ha optado por la incorporación jurisprudencial *ex novo* de una causal de improcedencia de la demanda».

Ciertamente, nada puede sorprender que un artículo como el 9º del CPCConst. resulte aplicable a un proceso constitucional como el de amparo, tradicionalmente pensado en términos de restitución de derechos, y no de constitución o declaración de los mismos. Sin embargo, es probable que la solución a algunos de sus problemas aplicativos corra mejor suerte si, como también parece intuirlo el autor, se entendiera que el juez constitucional, al igual que el juez de una cautelar, es un «juez de probabilidades» que no decide sobre verdades absolutas, sino sólo sobre la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto lesivo en sí mismo considerado, tal cual le es presentado; lo que es tanto como decir que el juez del amparo también podría decidir sobre el fondo en un contexto de duda o incertidumbre, en aplicación del principio *pro homine*, con mayor razón si se está ante un escenario de irreparabilidad.

En suma: éstas, como muchas otras, son las cuestiones que motivan la obra del doctor Berly LÓPEZ FLORES, y es por ello que su lectura resulta imprescindible para quienes mantienen un espíritu académico abierto al debate, atento a las preguntas que lo reaviven en vez de a respuestas que lo finiquitan. Y así merece ser recomendado.

José Miguel Rojas Bernal
Asesor del Tribunal Constitucional del Perú