

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Amparo y teoría general del proceso.* III. *Naturaleza procesal del amparo.* IV. *Presupuestos del amparo. Objeto del proceso.* V. *Sujetos en el proceso de amparo.* VI. *El procedimiento de amparo.* VII. *La sentencia de amparo. Recursos y ejecución.* VIII. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El amparo, institución procesal de origen mexicano, se introduce en el ordenamiento jurídico peruano en la constitución de 1979 (artículo 295) y se mantiene en la carta vigente de 1993 (artículo 200, inciso 2). Ha sido concebido como una “garantía constitucional” destinada a proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

Con anterioridad, si bien existieron algunos antecedentes nacionales, como el llamado *habeas corpus* civil previsto por el decreto ley 17083, que era una ampliación de la clásica figura inglesa a la tutela de derechos distintos a la libertad individual y que se tramitaba ante magistrados civiles, sólo puede hablarse del amparo como figura autónoma e integral a partir de la vigencia del texto constitucional de 1979.

Durante la vigencia del amparo peruano, breve si la comparamos con experiencias como la mexicana o argentina para referirnos a dos países que le sirvieron de fuente de inspiración, se han suscitado diversos problemas en su funcionamiento que lejos de flexibilizar su tramitación y acercarla a los justiciables la han tornado lenta y distante. De ahí que sea necesario pensar en una necesaria reforma legislativa que contribuya a dotarlo de la cuota de agilidad y eficacia que requiere una institución de esta naturaleza.

Un aspecto crucial para iniciar esta empresa reformadora, consiste en entender algo que todavía no penetra profundamente en un sec-

tor de la doctrina.¹ Nos referimos a la necesaria consideración del amparo como un proceso constitucional y la consiguiente inspiración en los lineamientos que brinda la teoría general del proceso para regular y suplir los vacíos que la legislación de amparo presenta, aspectos a los que el profesor Fix-Zamudio les ha dedicado profundas reflexiones.² Precisamente, el objeto de este ensayo es contribuir a aclarar los aspectos procesales del amparo peruano, como paso previo para su indispensable reforma legislativa.

II. AMPARO Y TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

En las últimas décadas viene fortaleciéndose y tomando carta de ciudadanía tanto en la doctrina como en la cátedra universitaria, la llamada teoría general del proceso. Esta teoría "tiene su punto de partida en la unidad del derecho procesal" y por ella "ha de entenderse, *lato sensu*, el estudio y exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas procesales, es decir, los componentes del tronco de que todas ellas arrancan".³ Se trata de "llegar en la unidad científica hasta allí a donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos".⁴

Desde esta perspectiva, se acepta pacíficamente que las distintas disciplinas procesales tienen elementos comunes que pueden agruparse sintéticamente y ser de aplicación a todas ellas. No estamos pues ante materias alejadas entre sí y totalmente desvinculadas. Existe entre ellas un tronco común que las identifica.

Esta unidad de principios comunes aceptada cuando hablamos del derecho procesal civil y penal, no ha sido tan desarrollada cuando

1 Un ejemplo de la negativa a asumir la teoría general del proceso como marco de referencia para entender al amparo lo constituyen las palabras de Mariano Azuela, para quien "es más lo que los procesalistas extranjeros tienen que aprender de nuestro juicio de amparo, para enriquecer sus doctrinas generales, que lo que nosotros podemos obtener de las últimas teorías en orden a esclarecer y sistematizar los principios de nuestra institución"; Azuela, Mariano, "Juicio crítico", al libro de Couto, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, México, Porrúa, 1973, p. 9.

2 Entre ellos destacan Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, núm. 56, 1964. Asimismo, "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núms. 22-23, 1975.

3 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II, México, UNAM, 1992, pp. 593-594.

4 Fairén Guillén, Víctor, *Problemas actuales del derecho procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*, México, UNAM, 1992, p. 83.

nos referimos al derecho procesal constitucional, y en concreto a una de sus figuras más conocidas, el amparo.

Una explicación de este distanciamiento entre la teoría general del proceso y el amparo nos la brinda la simple constatación del momento en que aparece el amparo.

En apretada síntesis podemos recordar que el amparo nace en México en la Constitución del Estado de Yucatán —vigente desde el 16 de mayo de 1841—, a través de la intervención de Manuel Crescencio Rejón. A nivel federal se introduce en el acta de reformas de 1847, que se nutrió de las ideas de Mariano Otero, y se mantiene en la Constitución Federal de 1857 y en la vigente de 1917, que cuenta con varias reformas. La primera ley de amparo data de 1861 y desarrolló los artículos 101 y 102 de la constitución de 1857.⁵

Si sólo nos detenemos en las fechas antes indicadas podemos constatar que el amparo mexicano nace en una época en la que el procesalismo científico aún no se había consolidado, es decir, cuando imperaba en el ambiente el procedimentalismo.

En efecto, como ha anotado Niceto Alcalá-Zamora el procesalismo científico se inicia en Alemania en una fecha cierta: 1868, cuando Óscar Bulow publica su libro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Es más, como indica el citado autor, en el desarrollo del procesalismo científico pueden distinguirse cuatro sectores: la escuela germánica con Wach como fundador; el procesalismo italiano con Giuseppe Chiovenda a la cabeza cuando aborda en 1903 el tema de la acción en el sistema de los derechos, aunque con valiosos trabajos previos; el procesalismo español pero sólo a partir de 1920; y el derecho iberoamericano donde "el mejor procesalismo americano se encuentra en Sudamérica y más concretamente en Brasil, Uruguay y Argentina".⁶ En consecuencia, ningún país europeo ni de América Latina había escapado de las ataduras del procedimentalismo, cuando el amparo comienza a dar sus primeros pasos.

5 Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 32a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 115-130.

6 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Evolución de la doctrina procesal", *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, 1a. reimpr., t. II, México, UNAM, 1992, pp. 308-321. En otro ensayo el propio autor se rectifica y considera que el inicio de la escuela italiana es anterior a 1903 pues Chiovenda ya desde 1894 venía desarrollando valiosos trabajos sobre la problemática de las costas. Cfr. del citado autor, "Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo científico", *op. cit.*

Esto explica que el denominado juicio de amparo mexicano haya nacido desprovisto del arsenal de categorías e instituciones que viene desarrollando el procesalismo científico y, en concreto, la teoría general del proceso. Tal afirmación se confirma cuando se examinan algunas denominaciones clásicas, que como anota Alfonso Trueba han eludido el empleo de las voces propias del derecho procesal.⁷ Así, por ejemplo, la llamada "fórmula Otero" no es más que el principio de relatividad de las sentencias; la suspensión del acto reclamado no es otra cosa que una medida cautelar; el quejoso y la autoridad responsable en rigor son las partes del proceso (demandante y demandado), entre otros aspectos.

No obstante, esto que puede resultar excusable en el momento en que aparece el amparo, hoy no puede ser aceptado pues significaría desconocer la existencia de una teoría general del proceso y la naturaleza procesal del amparo.

En tal sentido, compartimos la opinión de Alfonso Noriega quien considera que "es necesario encuadrar el amparo [...], dentro del marco del derecho procesal y hacer que la institución se nutra y beneficie de los principios de [...] la disciplina que se ha denominado teoría general del proceso".⁸ De igual modo, acogemos la autorizada opinión de Fix-Zamudio quien afirma que debe relacionarse la naturaleza del amparo con la teoría general del proceso con el fin de establecer "los lineamientos de nuestra institución que hasta muy recientemente sólo era examinada desde el punto de vista sustantivo o constitucional".⁹

Y es que para aproximarnos a determinar la naturaleza, concepto, alcances y características fundamentales del amparo es preciso acudir a una metodología que necesariamente vincule al amparo con la teoría general del proceso. Hay pues que reivindicar la naturaleza procesal del amparo.¹⁰ Esto no significa desconocer la influencia del derecho constitucional en el estudio del amparo, por ejemplo, para ir acomodando los principios procesales a la defensa de los derechos

7 Trueba, Alfonso, *Derecho de Amparo. Introducción*, México, Editorial JUS, 1974, p. 106. Agrega el citado autor que "sólo una ley, la de 1869 [...], designaba al promovedor del juicio con el nombre de actor; desde su derogación esta voz quedó desterrada del lenguaje de amparo. Por otra parte, a la autoridad contra quien se pide la protección nunca se le denomina demandada, sino responsable; y a la petición de amparo se le llama tradicionalmente queja".

8 Noriega Alfonso, *Lecciones de amparo*, 3a. ed., t. I, México, Porrúa, 1991, p. XIX.

9 Fix-Zamudio, Héctor, *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, p. 1006.
10 *Idem*, p. 961.

constitucionales de la persona, sino tan sólo destacar la autonomía del amparo, en tanto figura procesal, de la disciplina sustantiva o derecho constitucional. Sólo así podremos contar con una mejor perspectiva para su análisis.

III. NATURALEZA PROCESAL DEL AMPARO

Cuando tratamos de introducirnos en el concepto procesal del amparo con frecuencia nos encontramos con el empleo de una terminología variable. En efecto, si acudimos a la experiencia mexicana que lo informa, descubriremos que se le atribuye el carácter de "juicio" —así lo dispone el artículo 107 de su constitución—; en Argentina, en cambio, se prefiere la expresión "acción" —artículo 1. de la ley 16986—; mientras que en España se le califica como "recurso" —artículo 53.2 de la constitución de 1978—.

En el Perú, tanto la constitución de 1979 como la de 1993 han utilizado la voz acción. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿en realidad estamos ante una acción, un juicio o un recurso?, ¿se tratan acaso de conceptos similares? Como se sabe, los términos mencionados han merecido especial atención del derecho procesal.

1. *¿Acción, juicio o recurso?*

La "acción", cuya definición ha variado conforme se han ido consolidando los estudios de derecho procesal y de acuerdo con las diversas teorías que sobre ella se han elaborado,¹¹ podemos entenderla como "el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercitar pretensiones o para oponerse a ellas".¹² Hoy se reconoce su carácter unitario que niega la posibilidad de clasificar las acciones en civiles, penales o constitucionales, pues como lo explica Fix-Zamudio se trata de una única figura desligada del derecho material que con ella puede discutirse.¹³

11 Víctor Fairén en líneas generales distingue las doctrinas monistas —"confunden la acción con el derecho material o bien eliminan a éste"—, de las dualistas —"diferencian a la acción del derecho subjetivo material"—. Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, pp. 78-79.

12 Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 277.

13 Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo y el derecho procesal", *La Justicia*, México, núm. 585, 1979, pp. 24-27.

Por otro lado, conforme lo ha señalado Alcalá Zamora, la expresión "juicio" históricamente ha sido concebida como sinónimo de sentencia, aunque posteriormente en hispanoamérica se ha seguido un concepto más amplio que lo identifica con el término proceso.¹⁴ En verdad, creemos siguiendo a Véscovi, que aquella expresión "se refiere más bien al trabajo del juez que pone fin al proceso [...], enfatiza más la actividad intelectual (del magistrado) que el desarrollo de los actos".¹⁵

Finalmente, el término "recurso" constituye un medio de impugnación de los actos procesales destinado a promover su revisión y eventual modificación.¹⁶

Ahora bien, si examinamos el amparo a la luz de tales categorías podemos afirmar que de ser calificado como acción, juicio o recurso estaríamos aplicando una terminología inadecuada. En efecto, mientras por un lado no existe "una multiplicidad de acciones",¹⁷ por otro tampoco es coherente denominarlo juicio pues de hacerlo sólo estaríamos incidiendo en aquella actividad del juez que pone fin al proceso, salvo que empleemos dicha expresión como sinónimo de proceso,¹⁸ y finalmente no resulta apropiado llamarlo recurso pues aquél se restringe a la fase impugnativa del proceso,¹⁹ y el amparo peruano cuenta con un alcance mucho mayor. Por ello, no estamos de acuerdo cuando la constitución de 1979 y la de 1993 optan por denominarlo "acción de amparo".

2. El amparo como proceso constitucional

Para nosotros, el amparo destinado a la defensa de derechos constitucionales es un proceso cuya peculiaridad descansa en su naturaleza constitucional,²⁰ por ello preferimos calificarlo de ésa manera.

14 Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, pp. 116-117.

15 Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 104.

16 Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Astrea, p. 340.

17 Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987, p. 40.

18 Véscovi, Enrique, *op. cit.*, p. 104.

19 Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, p. 132.

20 Entendemos por proceso constitucional, siguiendo al profesor argentino Néstor Sagüés, a aquel encargado de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los derechos constitucionales, cuyo conocimiento puede

Este proceso es objeto de estudio de una disciplina que paulatinamente viene consolidando su autonomía respecto del derecho sustantivo, nos referimos al derecho procesal constitucional.²¹

En consecuencia resultará lógico y necesario acudir a la teoría general del proceso. Su particularidad estará dada porque se encuentra inspirado por el valor y especialidad propios de las normas constitucionales que debe instrumentar. De esta manera, sólo en un sentido "amplio" —no estrictamente procesal—, se sigue empleando una terminología distinta para identificarlo —acción, juicio y recurso—, aunque no sean las expresiones más adecuadas.

En este sentido, debemos acudir a esta teoría para determinar la clase de pretensión manifestada en el amparo. De acuerdo con ello, descubriremos algunas de las características fundamentales de este proceso.²² Antes, debe recordarse que con frecuencia se ha confundido la acción con la pretensión. La primera, explica Fairén, es un derecho de naturaleza constitucional de acudir a los tribunales para "ponerlos en movimiento, aunque no se determine claramente su dirección". La pretensión, en cambio, "es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere".²³

Al hilo de esta afirmación, podemos afirmar que la pretensión manifestada a través del amparo es una "declarativa de condena", es decir, persigue una declaración judicial que debe ponerse en práctica obligando al emplazado a que haga, deshaga, no haga o entregue algo al

corresponder a un Tribunal Constitucional o al Poder Judicial. No compartimos la opinión esgrimida por Jesús González Pérez, para quien "será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional". Aquella posición no toma en cuenta que existen verdaderos procesos constitucionales tramitados ante el Poder Judicial. Incluso, carece de carácter universal pues sólo es de aplicación en países que cuentan con tribunales constitucionales. Cfr. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 41.

21 Tratándose del amparo mexicano habrá que distinguir los diversos sectores que comprende para arribar a conclusiones más precisas. En esta dirección, sólo el amparo de la libertad, el amparo contra leyes y en ocasiones el amparo administrativo "pueden quedar comprendidos dentro de la disciplina del derecho procesal constitucional", Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal*, p. 439.

22 Seguimos la clasificación de los procesos utilizada por Víctor Fairén Guillén, *op. cit.*, pp. 89-97.

23 Montero Aroca, Juan, Manuel Ortells Ramos y Juan Luis Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1991, p. 155. Por su parte, Víctor Fairén simbólicamente expresa: "lo primero es poner en marcha al vehículo; una vez puesto en marcha se adopta la dirección que interesa", Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, p. 87.

afectado.²⁴ De acuerdo con ello, puede caracterizarse al amparo como un proceso que combina una fase de conocimiento (declarativa) y otra de ejecución, es decir, aquél en que el juez declara el derecho y prosigue luego con la etapa de cumplimiento de lo resuelto.

En resumen, concebimos al amparo como un proceso de naturaleza constitucional cuya pretensión es obtener la protección jurisdiccional frente a los actos lesivos (amenazas, omisiones o actos *stricto sensu*) de los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el *habeas data*, cometidos por cualquier autoridad, funcionario o persona.

IV. PRESUPUESTOS DEL AMPARO. OBJETO DEL PROCESO

Ni la constitución ni la ley enumeran de modo ordenado y sistemático los presupuestos del proceso constitucional de amparo. Efectivamente el texto constitucional (artículo 200, inciso 2) se limita a señalar que el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la constitución distintos a la libertad individual y a los derechos tutelados por el *habeas data*.²⁵ Pese a ello, y fortalecidos por las herramientas que nos brinda la doctrina,²⁶ resulta posible hilvanar los distintos presupuestos del proceso de amparo que a lo largo de los textos normativos subyacen.

1. Derechos constitucionales objeto de protección

La constitución de 1993 es muy precisa al disponer que el amparo protege los derechos que ella reconoce, es decir, los derechos constitucionales, distintos a la libertad individual y a los tutelados por el

²⁴ Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, p. 91.

²⁵ El proceso de *habeas data* fue introducido por la constitución de 1993 y originalmente procedía (artículo 200, inciso 3) para solicitar la información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública (artículo 2, inciso 5); para que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal (artículo 2, inciso 6); y para la defensa del honor, la buena reputación, la intimidad, la voz, la imagen, y la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes difundidas por los medios de comunicación (artículo 2, inciso 7). La ley 26470, de 12 de junio de 1995, aprobó la primera reforma constitucional destinada a excluir el inciso 7 del artículo 2 del ámbito de protección del *habeas data*, dispositivo que ahora es tutelado por el amparo.

²⁶ En este sentido, resulta útil acudir al esquema utilizado por el procesalista uruguayo Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 476 y ss.

habeas data. El texto vigente emplea la categoría derechos fundamentales pero lo hace para denominar a los derechos incluidos en el capítulo I del título I de la carta. Los restantes derechos constitucionales, si bien en estricto no son fundamentales, gozan de la protección reforzada de las garantías constitucionales.

Desarrollando similar precepto previsto por la constitución de 1979, el artículo 24 de la ley 23506, ley de *habeas corpus* y amparo (diciembre de 1982), establece una enumeración abierta de derechos susceptibles de ser tutelados, y el artículo 25 del mismo texto legal dispone que no dan lugar al amparo los derechos a que se refiere la sexta disposición general y transitoria de la constitución,²⁷ vale decir, aquellos que para su cumplimiento requieren un gasto o inversión por parte del Estado.

Por su parte, el artículo 15 de la ley 25398 (febrero de 1992) establece que

Los derechos protegidos por las acciones de garantía deben entenderse e interpretarse dentro del contexto general de la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República y los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

En el mismo sentido, la 4a. disposición final y transitoria de la constitución de 1993²⁸ señala que

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De acuerdo con las normas citadas, entendemos que nuestra carta fundamental ha optado por una tesis intermedia en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales a través del amparo.

En efecto, pueden distinguirse siguiendo a Sagüés, tres posibles opciones, una tesis amplia, otra intermedia y finalmente una posición restrictiva.²⁹

²⁷ La referida norma señala que "Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual del Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición".

²⁸ Un grave retroceso cometido por quienes elaboraron la constitución ha sido eliminar el artículo 105 de la constitución de 1979 que reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

²⁹ Sagüés, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 144 y ss.

La tesis amplia no sólo protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, sino también derechos que no gozan de aquel rango pero que llegan a ser tutelados debido, muchas veces, a una interpretación extensiva de una norma constitucional. Esta posición ha sido acogida en la experiencia mexicana, cuando admite la procedencia del llamado "amparo-casación" o "amparo-recurso" en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley.

La tesis restrictiva, en cambio, no protege todos los derechos constitucionales, sino prioriza algunos de ellos y excluye otros. Esto sucede en la experiencia española pues el artículo 53 de la carta de 1978 sólo concede el amparo en defensa de los derechos contenidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas. Por otro lado, en doctrina, el argentino Sánchez Viamonte postulaba desde mucho tiempo atrás que el amparo sólo debía encaminarse a tutelar los derechos constitucionales que no tengan contenido patrimonial, pues éstos últimos pueden ventilarse a través de los procedimientos ordinarios.

Finalmente, la tesis intermedia, a la cual se afilia el ordenamiento peruano, habilita el amparo en resguardo de todos los derechos fundamentales. Esta perspectiva, excluye a aquellos derechos que no gozan de raíz constitucional, e incluye a los derechos de naturaleza patrimonial.

2. Acto lesivo a los derechos constitucionales

El derecho mexicano suele denominar al acto violatorio de derechos constitucionales susceptible de ser cuestionado a través del amparo como "acto reclamado". Así lo disponen tanto la constitución como la ley reglamentaria. La experiencia argentina, en cambio, acostumbra calificarlo como "acto lesivo". En ambos casos suele acudirse a un concepto amplio de la expresión "acto".

En el Perú, no se acostumbra emplear expresiones similares. Ello, no nos impide utilizarlas pues resultan particularmente didácticas y esclarecedoras, dado que a través de ellas determinaremos cuáles son los requisitos que el acto debe reunir para que sea susceptible acudir al proceso de amparo. En caso que no estén presentes la demanda será improcedente.

En este orden de ideas, podemos distinguir el acto lesivo o reclamado de acuerdo con los siguientes criterios fundamentales inspirados tanto en la experiencia mexicana como argentina.

A. En función del tiempo de su realización

a) Actos pasados. Cuando el acto se ha llevado a cabo, o en conocida expresión mexicana, cuando aquél se encuentra “consumado”,³⁰ sólo será viable acudir al amparo si a través de él pueden reponerse las cosas al estado anterior a la lesión o amenaza de violación del derecho. Ello se encuentra estrechamente ligado a la exigencia de “reparabilidad” del acto cuestionado; por lo demás, así lo señala el artículo 1 de la ley 23506. En otras palabras, para que un acto “pasado” pueda ser considerado como “acto reclamado” deberá ser susceptible de ser reparado a través del amparo.

b) Actos presentes. Son aquellos que se vienen realizando al momento de acudir al amparo. En este caso aquél tendrá por objeto impedir la continuación de la lesión.

c) Actos futuros. Se trata de actos que aún no se han realizado en su totalidad. Como precisa la doctrina y jurisprudencia mexicanas, no todo acto futuro habilita el empleo del amparo, pues aquél debe ser “cierto e inminente”. De tal forma, los actos futuros “remotos o probables” quedan descartados de la protección constitucional.³¹ La ley 23506 no fijó estos requisitos, sin embargo, ellos fueron receptionados por la jurisprudencia. La ley 25398 ha precisado en su artículo 4 que “Las acciones de garantía, en el caso de amenaza de violación de un derecho constitucional, proceden cuando ésta es cierta y de inminente realización”.

d) Actos de tracto sucesivo. En ellos se está en presencia de una lesión continuada en la que se unen sin solución de continuidad las categorías antes mencionadas, pues el acto se ha estado realizando (acto pasado), se viene llevando a cabo (acto presente) y seguramente seguirá realizándose (acto futuro o amenaza). A juicio de Burgoa, estos actos son “aquellos cuya realización no tiene unicidad temporal o cronológica, esto es que para la satisfacción integral de su objeto se requiere una sucesión de hechos entre cuya respectiva realización

³⁰ Genaro Góngora entiende por acto consumado a “aquel que se ha realizado total e íntegramente y conseguido todos sus efectos”, Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo. Temas del juicio de amparo en materia administrativa*, 2a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 114.

³¹ Ignacio Burgoa diferencia los actos futuros remotos de los actos futuros inminentes. “Los primeros son aquellos que pueden o no suceder (actos inciertos), es decir, respecto de los cuales no se tiene una certeza fundada y clara de que acontezcan; por el contrario, los segundos, son los que están muy próximos a realizarse de un momento a otro, y cuya comisión es más o menos segura en un lapso breve y reducido”, *op. cit.*, p. 209.

medie un intervalo determinado.³² En estos supuestos, dada la unidad del acto, el objeto del amparo estará destinado no sólo a evitar su continuación, sino también a reparar los agravios realizados en tanto ello sea posible. La ley reglamentaria (23506) no se refirió a este tipo de actos. En cambio, la ley complementaria (25398) alude indirectamente a ellos al regular lo referente a la caducidad (artículo 26, párrafo final).³³

B. *En función del modo de afectación*

a) Actos positivos. La lesión normalmente se lleva a cabo a través de actos comisivos, es decir, aquellos que implican un hacer, o una amenaza de hacer algo por parte del agresor. En otras palabras, se trata de determinadas conductas o actividades de una autoridad, funcionario o persona que resultan lesivas a los derechos constitucionales.

b) Omisiones. La lesión también puede producirla a través de un no hacer o una abstención, es decir mediante una omisión del agresor. No toda omisión habilitará el empleo del amparo. Ella estará constituida por una abstención a realizar algo que el agresor “deba” cumplir. Es decir, se trata de la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio, que tiene ese carácter porque así lo impone el ordenamiento jurídico. La ley 23506 al referirse a la omisión de un “acto debido” (artículo 4o.), así lo reconoce.

C. *De acuerdo con su reparabilidad*

a) Actos reparables. El acto reclamado para ser tal ha de ser reparable, es decir, sólo será viable acudir en amparo si el acto cumple tal presupuesto. Debemos anotar que este concepto no alude a una posible reparación económica pues todo agravio es susceptible de ser reparado de esa manera, sino a la reparación que puede brindarse a través del proceso constitucional. Recordemos que el objeto de aquél es reponer las cosas al estado anterior a la lesión o amenaza de lesión de un derecho fundamental. Esta expresión exige, entonces, que a través del amparo se pueda “restituir al quejoso en

³² Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 715.

³³ La indicada norma señala “Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la última fecha en que se realizó la agresión”.

el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenidas".³⁴

b) Actos irreparables. Si el acto no es susceptible de ser reparado a través del proceso constitucional, no podrá ser tutelado en esta vía especial. Así lo indica expresamente el primer inciso del artículo 6 de la ley 23506.

D. De acuerdo con la subsistencia de la lesión

a) Actos subsistentes. La vigencia de la lesión o su amenaza cierta e inminente es una característica fundamental del acto lesivo. Al momento de resolver el conflicto ha de subsistir la agresión, de lo contrario el juez desestimaré la demanda.

b) Actos no subsistentes. Si el acto reclamado no cumple con el requisito anterior, es decir, si ha cesado y carece de vigencia, la demanda será improcedente. En este sentido se pronuncia el primer inciso del artículo 6 de la ley 23506. Así también sucede en la experiencia argentina pues si se presenta una "cuestión abstracta"—en caso de haber cesado la lesión—,³⁵ el amparo será rechazado.

E. Según la evidencia de la lesión

a) Actos de arbitrariedad manifiesta. El acto para poder ser cuestionado ha de ser manifiestamente arbitrario, es decir, la lesión o amenaza al derecho fundamental debe ser indubitable, clara o evidente, o en todo caso a través de un breve debate probatorio—congruente con la sumariedad del trámite del amparo—, la agresión pueda ser acreditada. Este requisito, característico del acto lesivo en la experiencia argentina—así lo reconoce la ley 16986 (artículo 1)—, no ha sido contemplado por nuestra ley reglamentaria. No obstante, creemos que a aquél podemos arribar a partir de una interpretación sistemática, pues la ley no contempla un periodo probatorio, lo cual denota que la demanda para prosperar o debe ser desde el inicio manifiesta o la agresión puede ser susceptible de ser acreditada en virtud de una prueba mínima.

³⁴ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 465. Cuando el citado autor se refiere a la expresión "garantía" la emplea como sinónimo de derecho constitucional.

³⁵ Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 429.

b) Actos no manifiestos. Si el agravio imputado al acto lesivo, no es manifiesto o palmario aquél podrá ser cuestionado a través de los demás procedimientos judiciales más no mediante la vía constitucional de amparo.

F. De acuerdo con su consentimiento

a) Actos consentidos. El derecho mexicano distingue dos supuestos de consentimiento del acto reclamado, uno tácito y otro expreso.³⁶ La consecuencia en ambos casos es la improcedencia del amparo. El consentimiento tácito lo constituye básicamente la caducidad, es decir, si el afectado no interpone la demanda en el plazo establecido por la ley se entenderá que ha consentido y no podrá acudir al amparo. En cambio, el segundo supuesto sólo puede funcionar cuando el quejoso demuestra por actos indubitables su consentimiento con la lesión, en otras palabras, "cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos".³⁷ Entre nosotros, la ley 23506 sólo contempla la caducidad (artículo 37), lo cual no genera mayor discusión pues si bien quedará cerrada la vía del amparo podrá acudir a los demás procesos judiciales. En cambio, no se ha previsto el caso de un consentimiento expreso. Ello, independientemente de que resulte cuestionable el consentimiento respecto a la lesión de un derecho que en todo caso será materia de un análisis al caso concreto, impide a nuestro juicio incluir tal figura en el amparo.

b) Actos no consentidos. Si no está presente el supuesto de haberse vencido el término establecido para interponer la demanda previsto por el artículo 37 de la ley 23506 —el consentimiento expreso no ha sido regulado—, podrá acudir al proceso de amparo.

3. Ausencia de vías administrativas para la tutela del derecho. Opción entre el amparo o la vía judicial paralela

Es frecuente en doctrina, al abordar la naturaleza del amparo, que se afirme que se trata de un remedio excepcional, residual y hasta

³⁶ El artículo 73 de la ley de amparo mexicana dispone que aquél es improcedente: "contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento" (frac. XI), y "contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquéllos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218" (frac. XII).

³⁷ Góngora Pimentel, Genaro, *op. cit.*, p. 124.

heroico, pues si existen vías distintas (administrativas o judiciales) para proteger los derechos afectados el amparo no procede. Esta problemática, en el derecho mexicano se aborda a partir del llamado "principio de definitividad" y en el derecho argentino a partir de lo que se conoce como la necesidad de agotar las vías previas y las vías paralelas.

El ordenamiento peruano ha tomado posición al respecto distinguiendo la procedencia del amparo cuando existen procedimientos administrativos para reparar el acto lesivo a los derechos constitucionales, de la presencia de otros procesos judiciales (civiles, laborales, administrativos) que puedan tutelar al justiciable.

A. La necesidad de agotar la vía administrativa

El artículo 27 de la ley 23506 dispone que sólo procede acudir al amparo si se han agotado las vías previas, es decir, el procedimiento administrativo previsto legalmente para impugnar el acto lesivo cometido por la administración.

Esta regla, no obstante, tiene cuatro excepciones que han sido reguladas por el artículo 28 de la ley 23506 y que permiten acudir al amparo sin necesidad de agotar la vía administrativa: a) una resolución que no es la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; b) por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión; c) la vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente sin existir obligación de hacerlo; y d) si no se resuelve la vía previa en los plazos establecidos.

B. La opción por la vía paralela

El artículo 6 inciso 3 de la ley 23506 dispone que no procede el amparo "cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". La doctrina y jurisprudencia nacional han asimilado esta expresión a lo que la experiencia argentina ha denominado "vías paralelas".

Se ha entendido por vía paralela a todo proceso judicial distinto al amparo (civil, laboral, administrativo, etcétera) que puede proteger el derecho constitucional afectado. Además, la jurisprudencia ha interpretado que el referido inciso establece un derecho de opción pues el demandante puede escoger entre presentar un amparo o

acudir a la vía paralela. Lo que es obvio es que si el afectado acude a la vía paralela ya no podrá interponer una demanda de amparo.

4. Exclusiones

De acuerdo al artículo 200 inciso 2 de la constitución, el proceso de amparo procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el *habeas data*. La carta agrega que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

No resulta conveniente que desde el plano constitucional se impida el empleo del amparo frente a normas legales. Esto debió estar sujeto a una opción legislativa y no a una petrificación constitucional. En efecto, existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata —conocidas en doctrina como “normas autoaplicativas”—,³⁸ que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales; así por ejemplo una ley que cesa a partir de su vigencia a las autoridades elegidas de una universidad o que deja sin efecto un contrato privado. En estos casos, creemos, debió ser posible utilizar directamente el amparo. Así por ejemplo, en Europa,³⁹ el derecho alemán lo admite, y en América Latina tanto la experiencia mexicana como la costarricense lo habilitan en tales supuestos.

Por cierto, una interpretación que trate de armonizar este inciso con el que reconoce el control difuso (artículo 138, constitución), permite sostener que si bien no procede el amparo contra normas legales, sí cabe frente a los actos de aplicación de tales normas en la medida que sean inconstitucionales.

De otro lado, al disponerse que el amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular reitera lo señalado por el artículo 6 inciso 2 de la ley 23506. En consecuencia, consideramos que puede asumirse la expresión procedimiento regular como aquél en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso, y por tanto si ellas de modo manifiesto no se respetan no habría impedimento para acudir al amparo. Más aún,

³⁸ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 223.

³⁹ Para el magistrado del Tribunal Constitucional español, Pedro Cruz Villalón, la divisa debe ser “menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador”, *Los procesos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, p. 117.

si la nueva carta reconoce determinados derechos fundamentales a las personas sometidas a un proceso judicial, concretamente el debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3); derechos que se ejercen —y vulneran también— en un proceso judicial. Por todo ello, creemos que resultaba innecesario incluir esta expresión en el texto constitucional pues ella ya había sido prevista por la ley 23506.

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

Desarrollando parcialmente este dispositivo, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, ley 26486, ha señalado que contra sus resoluciones “no procede recurso ni acción de garantía alguna”.

La experiencia de la aplicación de la décimo tercera disposición transitoria de la constitución de 1979 evidenció notorios excesos respecto a la ratificación de magistrados, que pudieron ser subsanados a través del proceso de amparo.⁴⁰ La norma actual, en términos generales impide tales cuestionamientos, lo que nos parece inadecuado pues no concebimos un sistema al que le sea ajeno la búsqueda de limitar y controlar el poder. Y es que “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución”, no siendo concebible “la Constitución como norma [...], si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo”.⁴¹

El artículo 142 se aparta de la idea de judicializar estos actos. No obstante, tratándose de las decisiones del Consejo podría interpretarse que procede el amparo, de modo excepcional, sólo cuando se

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

41 Aragón Reyes, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, núm. 19, 1987, pp. 17 y 36.

imponga una sanción inmotivada y sin previa audiencia del interesado. El artículo 154 inciso 3 de la constitución le otorga carácter inimpugnable a las decisiones del Consejo, cuando la resolución final reúna tales requisitos.

V. SUJETOS EN EL PROCESO DE AMPARO

1. *Las partes en el amparo*

Cuando ingresamos al examen de las partes en el proceso de amparo no podemos dejar de abordar la concepción que sobre ellas utiliza el derecho procesal. Tradicionalmente suele citarse a Chioven-da para quien "es parte aquel que demanda en propio nombre la actuación de una voluntad de la ley y aquél frente al cual esa voluntad es demandada".⁴² En otras palabras, se trata de un concepto básicamente procesal alejado de un sustrato material o sustantivo pues "lo que da la condición de parte (procesalmente hablando) es la posición en el proceso, independientemente de la calidad del sujeto del derecho (sustancial) o de la acción (pretensión)".⁴³

Ahora bien, si nos detenemos en el análisis de algunos conceptos de raíz procesal podemos distinguir siguiendo a Vescovi tres calidades diferentes: parte (procesal), sujetos del derecho (de la relación sustancial) y legitimados para pretender (legitimación en la causa).⁴⁴

Los términos "parte" y "legitimación" si bien se encuentran relacionados no pueden ni deben ser confundidos. Mientras el primero alude a un aspecto esencialmente procesal, el segundo trata de "determinar quiénes son los sujetos idóneos para entablar un proceso de modo que la sentencia pueda producir frente a ellos sus efectos característicos", es decir, vincula a dichos sujetos con la relación jurídica sustancial deducida en el proceso permitiendo un pronunciamiento sobre el fondo y operando por tanto como un presupuesto procesal.⁴⁵ La legitimación, por cierto, puede ser activa, según quien pueda interponer la demanda correspondiente, o pasiva, es decir, contra quien habrá de plantearse la respectiva pretensión.

42 Cit. por Cordón Moreno, Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1979, núm. 2, pp. 310-311.

43 Vescovi, Enrique, *op. cit.*, p. 186.

44 *Loc. cit.*

45 Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, p. 314.

Al trasladar tales categorías al proceso de amparo, caracterizado por su bilateralidad y respeto al principio del contradictorio, no se encuentra mayor discusión respecto al concepto de partes —demandante o demandado—, a los que el derecho mexicano denomina agraviado o quejoso y autoridad responsable, respectivamente. Incluso, nuestra jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, por ejemplo, la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la demanda presentada por Joel Rooz Durand contra una autoridad judicial precisó: "son partes en la acción de amparo el afectado y el autor de la infracción".⁴⁶

2. *Legitimación activa*

El artículo 26 de la ley 23506, con la adición (párrafo final) dispuesta por el decreto legislativo 611, dispone:

Tienen derecho a ejercer la acción de amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada.

Sólo en casos de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar, o cualquier otra causa análoga, podrá la acción de amparo ser ejercida por tercera persona, sin necesidad de poder expreso, debiendo el afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerlo ratificarse en la acción.

Cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tiene las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente.

De acuerdo con la norma citada, se encuentran legitimados para iniciar el proceso de amparo: a) el afectado, b) la entidad afectada, c) un tercero sin representación sólo en caso de imposibilidad física del afectado, y d) cualquier persona así como las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro tratándose de atentados a derechos de naturaleza ambiental (párrafo agregado por el decreto legislativo 611). Asimismo, la reciente ley orgánica de la Defensoría del Pueblo concede legitimación al defensor para interponer el amparo. Analicemos, con mayor detenimiento los casos mencionados.

⁴⁶ Sentencia de fecha 28-06-84, *El Peruano* —ejecutorias supremas— pp. 2389-2390.

A. *El afectado*

La norma se refiere a las personas naturales o físicas y exige que aquéllas se encuentren "afectadas" en sus derechos fundamentales para estar legitimadas y poder iniciar el respectivo proceso constitucional, ya sea directamente o a través de su representante. Entendemos que la afectación sufrida por el actor o quejoso "no tiene que concretarse necesariamente en un desconocimiento del derecho, sino que se dará, también, cuando se menoscabe o se obstaculice, aunque sea indirectamente su ejercicio".⁴⁷

Además, debe tomarse en cuenta, conforme se desprende de la redacción del artículo 22 de la ley 25398, que si la persona afectada no reside en el Perú, el amparo deberá ser interpuesto por apoderado acreditado que goce de residencia en el país o por tercera persona, supuesto que examinaremos en líneas posteriores.

B. *La entidad afectada*

El texto constitucional de 1979 siguiendo la experiencia alemana, introdujo un dispositivo según el cual los derechos fundamentales también rigen para las personas jurídicas en cuanto les sean aplicables (artículo 3). De tal manera, se permitía en forma expresa que ellas a través de su representante puedan iniciar el correspondiente proceso de amparo. Por tal razón, no resulta extraño que la ley reglamentaria (ley 23506) les otorgue legitimación en tales casos.

La constitución vigente ha eliminado el artículo 3 del texto anterior, que reconocía titularidad en materia de derechos fundamentales a las personas jurídicas. De ahí que se plantee la interrogante respecto a si tales sujetos se encontrarían legitimados para interponer una demanda de amparo.

Algunos podrían interpretar que a partir de la vigencia de la nueva constitución las personas jurídicas no pueden interponerlo pues carecen de derechos constitucionales, aunque sí estarían legitimadas las personas naturales que la conforman. No obstante, creemos que la propia constitución reconoce en puntuales dispositivos derechos a las personas jurídicas. Esto, por ejemplo, sucede cuando se refiere a la imposibilidad de disolución administrativa de las asociaciones (artículo 2, inciso 13) o a la autonomía universitaria (ar-

47 González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 305.

título 18).⁴⁸ Además, nada impide que la ley reguladora establezca que las personas jurídicas pueden interponer una demanda de amparo en favor de las personas que la integran vía la llamada legitimación por sustitución, por ejemplo, un sindicato que interviene en defensa de los derechos laborales de sus integrantes.⁴⁹

Pero además, lo particularmente relevante descansa, por un lado, en examinar los supuestos en los cuales una persona jurídica puede gozar de derechos y, por otro, preguntarnos si las personas jurídicas de derecho público —organismos estatales— también se encuentran legitimadas para ello.

En Alemania, la ley fundamental (artículo 19-III) otorga derechos fundamentales a las personas jurídicas. “según su esencia”. Al respecto, la doctrina dominante —aunque existen opiniones distintas— ha entendido que

sólo pueden tener derechos fundamentales aquéllas cuando debajo se esconden personas humanas, cuyos derechos fundamentales de ejercicio corporativo sean susceptibles de amparo constitucional, porque —y en la medida que— se está preservando los derechos de los miembros de la Corporación. El Tribunal Constitucional alemán ha acogido plenamente esta tesis.⁵⁰

En España, el artículo 162 de la constitución dispone en forma expresa que están legitimados para iniciar el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo. En estos casos, reconoce Oliver Araujo,

es evidente que algunos derechos fundamentales, estrechamente inherentes a la naturaleza de la persona humana (como es el caso del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, a la intimidad familiar, a la libertad personal, al sufragio, etc.), aunque estén incluidos en el ámbito genéricamente protegido por el recurso de amparo, no podrán ser invocados ante el Tribunal Constitucional por las

⁴⁸ Si bien la configuración de la autonomía no deja de ser polémica en el derecho comparado. Cfr. Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid, Civitas, 1982; Borja López-Jurado, Francisco de, *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; en el Perú su naturaleza de derecho constitucional ha sido aceptada pacíficamente.

⁴⁹ Según José Díaz Lema, “una cosa es la legitimación para recurrir, y otra distinta la titularidad de un derecho. Lo normal es que coincida, pero no es infrecuente que las normas procesales otorguen legitimación para defender un derecho ajeno, la llamada legitimación por sustitución”, “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas-públicas?”, *Revista Jurídica de Castilla. La Mancha*, núm. 6, 1989, p. 178.

⁵⁰ Díaz Lema, José M., *op. cit.*, p. 188.

personas jurídicas, por la sencilla razón de que las mismas *ex natura rerum* no pueden ser sus titulares.⁵¹

Entre nosotros, como hemos indicado, aunque ya no existe el artículo 3 de la constitución anterior que reconocía derechos fundamentales a las personas jurídicas "en cuanto les sean aplicables"; creemos que bien puede interpretarse que cuentan con legitimación para iniciar el amparo en caso de atentados a sus derechos constitucionales. Es más, la ley 23506 así lo dispone. Creemos, además, que es posible efectuar una interpretación amplia del artículo 26 de la indicada ley que no sólo incluya la afectación directa de los derechos de la persona jurídica, sino también permita el amparo en tutela de los derechos para cuya defensa aquella se ha constituido.

Un tema más cuestionable es el relativo a la legitimación activa de las personas jurídico-públicas. Al respecto, existen dos posiciones definidas:

a) Aquella que no les reconoce titularidad en el goce de los derechos fundamentales, y por tanto rechaza la posibilidad que acudan en amparo ante los tribunales, con base en los criterios siguientes:

- Ni histórica ni jurídicamente son titulares de derechos constitucionales. Históricamente los derechos humanos fueron reconocidos o consagrados a través de exigencias hechas al propio Estado, por ello no puede ser sujeto de los derechos que a él mismo le exigieron. Tampoco lo puede ser desde un punto de vista jurídico, pues la consagración y reconocimiento de determinados derechos se revela como una autolimitación del propio Estado a favor de los individuos; en consecuencia si aquél se autolimitó no fue a favor de él sino de los particulares.⁵²
- Incluso cuando la administración pública actúa en forma privada carece de derechos fundamentales, pues "nunca se encuentra la Administración en la misma situación de los particulares, porque aún en forma privada goza de privilegios en materia de policía, en materia fiscal y (agrega que) el influjo que en el mismo procedimiento administrativo interno cabe ejercer siem-

51 Oliver Araujo, Joan, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, 1986, p. 289 (Colección Estado y Derecho).

52 Esta posición fue asumida inicialmente por Ignacio Burgoa, quien en la actualidad ha cambiado de criterio: "tras de maduras reflexiones sobre tan interesante cuestión, con toda franqueza proclamamos nuestra rectificación a las ideas que con anterioridad expresamos." Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 337.

pre a la Administración [...] no existe una actividad privada pura de la Administración, siempre está conectada a un fin público".⁵³

b) Una segunda postura reconoce derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas en determinadas circunstancias, y en consecuencia en tales casos les confiere legitimación en materia de amparo. Esta posición se fundamenta en que cuando aquéllas actúan en relaciones de derecho privado y no soberanamente, regulan su actividad por ese derecho y se encuentran en iguales o similares condiciones que un particular, por lo que no habría razón para negarles acudir al amparo. En doctrina, tal opinión ha sido asumida por Sagüés,⁵⁴ Lazzarini,⁵⁵ Gimeno Sendra,⁵⁶ y Oliver Araujo.⁵⁷ En el derecho comparado, tanto Argentina, México,⁵⁸ España, con algunas precisiones jurisprudenciales, en determinados supuestos puedan iniciar el proceso de amparo.

A nuestro juicio, por regla general las personas jurídico-públicas no gozan de derechos fundamentales. Solamente, como excepción, podrían ser titulares de aquéllos cuando actúen sujetas al derecho privado o cuando se trate del debido proceso legal. Por tanto, únicamente en tales ocasiones se les podría reconocer legitimación activa para interponer el amparo.

C. Legitimación de terceros

La ley otorga legitimación a cualquier persona para interponer demanda de amparo en caso de imposibilidad física del afectado. Este supuesto ha sido regulado por el deseo de brindar mayores facilidades a los justiciables para la defensa de sus derechos funda-

53 Díaz Lema, José, *op. cit.*, p. 209.

54 Sagüés, Néstor, *op. cit.*, pp. 343-344.

55 Lazzarini, José Luis, "El juicio de amparo", *La Ley*, Buenos Aires, 1967, p. 269.

56 El citado autor admite el amparo "cuando tales entidades de derecho público actúan bajo normas de derecho privado [...], o cuando asuman exclusivamente la defensa de sus miembros en el cumplimiento de los fines que les son propios. Gimeno Sendra, Vicente y José Cascajo Castro, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 98-99.

57 Oliver Araujo, Joan, *op. cit.*, pp. 290-292.

58 El artículo 9 de la Ley de Amparo mexicana dispone "Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de Amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas".

mentales. Se trata de una ampliación de la legitimación activa hacia un tercero, aunque no tan generosa como la contemplada en materia de *habeas corpus*.

Nuestros tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre sus alcances. En este sentido, en el amparo iniciado contra el Primer Juzgado de Paz Letrado de Lima, por Manuela Ruiz de Romero a favor de Yolanda Romero de Ruiz, quien se encontraba fuera del país, el TGC por sentencia de fecha 30 de mayo de 1984⁵⁹ anuló la resolución de la Corte Suprema pues entendió que:

para los efectos de la presentación de una demanda de amparo por un tercero y su respectiva admisibilidad, no se requiere el acompañamiento de poder alguno [...]. El legislador, dada la naturaleza y fines de la acción, ha advertido que ésta puede quedar ineficaz por imposibilidad del agente para ejecutarla, dado que existen plazos perentorios en la ley que deben cumplirse y, por ello, ha autorizado a tercera persona a hacerlo, directa e inmediatamente, en favor de los derechos del afectado.

La ley 25398 no hace más que ratificar dicho criterio jurisprudencial, pues el primer párrafo de su artículo 22 dispone que: "Tratándose de personas no residentes en el país, la acción de amparo debe ser ejercida por apoderado acreditado y residente en el país, o por tercera persona. En este último caso la acción deberá ser ratificada expresamente por el afectado."

D. *Legitimación del defensor del pueblo*

Una institución positiva introducida por la constitución de 1993 es precisamente la Defensoría del Pueblo (artículos 161 y 162). Ha sido configurada como un órgano autónomo distinto del Ministerio Público, al que le corresponden tres funciones básicas: a) defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad; b) supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal; y c) supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Desarrollando sus atribuciones constitucionales, la ley 26520, ley orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 8 de agosto de 1995, concede legitimación activa al defensor del pueblo para interponer entre otros procesos constitucionales, el de amparo (artículo

⁵⁹ *El Peruano*, 23-06-84, p. 14.

9, inciso 2). Se trata de una facultad positiva que también le ha sido concedida a otros *ombudsmen* o defensores del pueblo, en países como España y Colombia.

E. Legitimación y derecho al medio ambiente

El artículo 140 del decreto legislativo 611 (1990), Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, agregó un párrafo final al artículo 26 de la ley 23506, reconociendo legitimación activa para la tutela de derechos fundamentales de naturaleza ambiental: a) a cualquier persona así no haya sido afectada directamente, y, b) a las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro (ONG) cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente.

El derecho al medio ambiente, que goza de naturaleza constitucional (artículo 2, inciso 22), constituye uno de aquellos derechos que la doctrina procesal agrupa bajo la denominación de intereses difusos, colectivos o supraindividuales. En efecto, tales intereses —ha señalado Lino E. Palacios— tienen dos rasgos esenciales:

- Pertenecen a un grupo indeterminado de personas de difícil o imposible determinación, cuyos miembros no se encuentran vinculados por una relación jurídica concreta, y
- Están referidos a un bien indivisible, es decir, no son susceptibles de partirse en fracciones que puedan ser adjudicadas a los interesados.⁶⁰

Algunos de estos intereses difusos, sostiene Almagro Nosete,⁶¹ pueden cristalizarse en normas de rango constitucional, tal como sucede entre nosotros con el derecho al medio ambiente o el derecho a la salud, etcétera. En tales casos resulta legítimo habilitar el amparo para su defensa, el mismo que en algunos países ha contando con una interesante evolución jurisprudencial.⁶² Ello, creemos, hubiera

60 Palacios, Lino Enrique, "La protección jurisdiccional de los intereses difusos", *La Ley*, Buenos Aires, 10-11-87, p. 1. Tema desarrollado con motivo de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

61 Almagro Nosete, José, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 16, 1982-83, p. 95.

62 En Argentina destaca el polémico amparo iniciado por Alberto Kattan contra el Poder Ejecutivo Nacional, porque éste había autorizado a firmas japonesas a capturar dentro del mar argentino y exportar catorce ejemplares de delfines. El Juzgado acogió favorablemente la pretensión pues "entendió que todo ser humano posee un derecho

justificado una normatividad procesal general respecto a los sujetos legitimados que pueda ser aplicable a todos los supuestos en que sea necesaria o viable su protección. Esto no ha sucedido pues se ha circunscrito su tutela a través del amparo a los casos en que se vean afectados derechos constitucionales de naturaleza ambiental.

De otro lado, autores del prestigio de Mauro Cappelletti, postulan como el más eficaz tipo de solución para la tutela jurídica de estos intereses, aquella que conjuga tanto el control por organismos gubernamentales (Ministerio Público, *ombudsman*), con la iniciativa de los individuos y de los grupos privados directa o indirectamente interesados.⁶³ De ahí que haya resultado positivo haber concedido legitimación al defensor del pueblo para iniciar este tipo de procesos.

3. *Legitimación pasiva*

En general, como reconoce Oliver Araujo, la legitimación pasiva en el amparo, es decir "la determinación de la entidad frente a la que ha de deducirse la pretensión, no suscita problemas de especial interés",⁶⁴ pues la constitución es muy clara al permitir su procedencia frente a cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho fundamental.

En cambio, sí merece especial atención determinar en qué casos resulta viable acudir en amparo frente a tales sujetos legitimados, es decir si procede utilizarlo contra todos los actos de una autoridad —por ejemplo la judicial—, o sólo en algunos supuestos; aspectos que, por cierto, escapan a los alcances del presente ensayo.

subjetivo a ejercer las acciones tendentes a la protección del equilibrio ecológico, esto es, a que no se modifique su hábitat; y conforme a tal derecho, tiene la facultad de exigir una conducta determinada (a que no se atente contra tal hábitat)", Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 336-337.

⁶³ Cappelletti, Mauro, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1978, núms. 31-32, p. 22.

⁶⁴ Oliver Araujo, Joan, *op. cit.*, p. 269.

4. *Intervención de terceros en el proceso*

A. *Terceros: Derecho procesal y amparo*

Hemos visto que en el amparo, como en todo proceso, existe una parte demandante y otra demandada. Sin embargo, podría suceder que otros sujetos, conocidos en doctrina como terceros, también estén en condiciones de ingresar al proceso por contar con legítimo interés para ello.

En efecto, el derecho procesal permite la presencia de terceros en el proceso, distinguiendo una intervención voluntaria (principal o excluyente, adhesiva simple o coadyuvante, y adhesiva autónoma o litisconsorcial) y otra obligada o forzosa.

Este aporte del procesalismo científico se ha visto reflejado en las legislaciones que regulan el amparo. Así sucede en el derecho mexicano, en el cual no sólo el “quejoso” y la “autoridad responsable” deben intervenir en el proceso sino también puede hacerlo un sujeto conocido como “tercero perjudicado”. En rigor, anota Fix Zamudio, hay dos tipos de terceros que intervienen en el amparo mexicano. Aquel que participa en las demandas de amparo contra resoluciones judiciales (amparo casación o amparo recurso) en el que el tercero es una verdadera parte; y en el amparo-proceso en el que el tercero interviene como el coadyuvante de la autoridad responsable.⁶⁵

Del mismo modo, en España, la LOTC (artículo 47.1) dispone que: “Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo.”

B. *Su falta de regulación por la ley 23506. La jurisprudencia*

La norma original (ley 23506) no contemplaba la posible intervención de terceros en el amparo. Ello permitió que en varias ocasiones se presenten situaciones de indefensión, pues sujetos con legítimo interés para intervenir —por ejemplo si se impugnaba una resolución administrativa que les favorecía—, no lo podían hacer. Esto, por ejemplo, se presentó en el caso “Miguel A. Iglesias Silva”.⁶⁶ En tal ocasión,

⁶⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho de amparo*, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1965, pp. 31-32.

⁶⁶ TGC, 15-09-86; *El Peruano*, 16-10-86.

el accionante se encontró imposibilitado de intervenir en el amparo iniciado contra la resolución judicial expedida por el 9o. Juzgado Privativo de Trabajo que garantizaba el pago de sus beneficios sociales, pues la Corte Superior de Lima no le permitió intervenir y defender sus derechos por "no ser parte en dichos autos". Frente a ello, y ante el notorio interés con que contaba, máxime porque la decisión judicial que le favorecía había quedado suspendida por mandato de la corte, interpuso erróneamente un *habeas corpus* que llegado al Tribunal Constitucional fue desestimado.

Esta situación de indefensión suscitada por no permitirse la intervención de terceros en el proceso bien pudo ser salvada jurisprudencialmente. En efecto, como lo recuerda Fix Zamudio, en Brasil tampoco la ley 1533 los menciona, sin embargo la jurisprudencia llegó a admitir su intervención "de acuerdo con el principio procesal que exige la citación de todos aquellos que tienen interés en la decisión de la causa".⁶⁷

Empero, la tendencia de nuestros tribunales se mostraba reacia a reconocer una institución no prevista legalmente y, por tanto, no permitía la intervención de terceros en el amparo. No obstante, un caso excepcional y de singular importancia, fue el resuelto por el TGC en los seguidos por "Cooperativa de Vivienda Villa Mercedes Ltda. c/ Alcalde del Concejo Provincial de Lima".⁶⁸ En tal ocasión se sostuvo:

el Asentamiento Humano José Carlos Mariátegui, como beneficiario directo de la Resolución de Alcaldía No. 1044, de 6 de junio de 1986, contra la cual, precisamente, se dirige la acción de amparo de autos, constituye lo que en doctrina se denomina el tercero del amparo, y, por ello, de conformidad con el artículo sexto del Título Preliminar del Código Civil, tenía —y tiene— pleno derecho para participar en la acción de amparo llegada en casación, de modo que la decisión del juez de Primera Instancia de no aceptar su apersonamiento y de devolver, una y otra vez, sus escritos, viola el mencionado dispositivo y, así mismo, los derechos constitucionales de defensa.

Este criterio habilitó la intervención de terceros en el amparo, evitándose así una situación de indefensión.

67 Fix-Zamudio, Héctor, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, 1963, pp. 55-56.

68 Resuelto el 26-09-88 y publicado en *El Peruano*, 01-12-88, p. 4.

C. *Su regulación por la ley 25398*

La nueva ley, complementaria de la LHCA, incluye una norma mediante la cual se permite la intervención de terceros. En efecto, el artículo 25 dispone que “El juez está obligado a admitir el apersonamiento de terceros que tengan legítimo interés en la resolución del amparo”. De esta manera, el legislador ha contemplado la necesaria participación de los terceros en un proceso constitucional.

La norma no ha fijado un trámite especial. En este sentido, creemos que la celeridad propia del amparo impide la apertura de un incidente procesal. A nuestro juicio, el juez debe resolver de plano la solicitud de un tercero de ingresar al proceso, decisión que ha de ser apelable en un sólo efecto.

Finalmente, entendemos, siguiendo a Vescovi, que “el tercero, una vez admitido en el proceso, se convierte en parte y tendrá los derechos, deberes y cargas de ésta”.⁶⁹

5. *Órgano jurisdiccional competente*

La imposibilidad que el ejercicio de la función jurisdiccional se atribuya a un sólo tribunal exige su distribución en distintos organismos jurisdiccionales. En efecto, señala Fairén Guillén, “de un lado, la complejidad de los trabajos jurisdiccionales (civiles, laborales, sobre la Administración, penales) y de otro, la extensión geográfica y la gran población de casi todos los Estados, impone una distribución de la jurisdicción entre diversos tribunales”.

Conforme a ello, la competencia “supone un examen de la distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma, dentro de cada orden jurisdiccional, habida cuenta de su pluralidad”.⁷⁰

Este aspecto, que es tradicional apreciarlo en las diversas materias conocidas por los órganos jurisdiccionales (civil, penal, laboral, etcétera), no es ajeno al área procesal constitucional —en concreto al amparo— y por eso se hace necesario regularla.

69 Vescovi, Enrique, *op. cit.*, p. 202.

70 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, p. 247.

A. *La competencia según la ley 23506*

La LHCA, en su versión original, distinguió dos supuestos al respecto:

- En primer lugar, la regla aplicable a todo tipo de casos, excepción hecha de lesiones originadas en una orden judicial, disponía que el amparo debía presentarse ante el juez de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se afectó el derecho, o aquel del domicilio del afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.
- En segundo lugar, si la afectación se hubiera originado en una orden judicial el órgano competente sería la Sala Civil de la Corte Superior respectiva la cual debería encargar a otro juez su trámite.

Resultaba razonable otorgar competencia a los jueces de Primera Instancia en lo Civil, facilitándose así el acceso de los justiciables al aparato judicial, y dejándose de lado la experiencia brindada por el llamado *habeas corpus* civil, que se planteaba ante la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo.

Esta norma, además, dispuso que el agraviado podía elegir entre el juez del lugar donde se afectó el derecho, aquél del domicilio del demandado, o el de su domicilio, tuvo en la práctica un desenvolvimiento inadecuado. Se entendió equivocadamente que al no precisarse que la causa debía tramitarse ante el juez de turno, aquel requisito no era exigible.

En efecto, uno de los debates procesales presentados durante la vigencia de este dispositivo fue el relativo a la exigencia del turno en el amparo. En tal ocasión, ratificando criterios anteriores, se entendió que ante el “vacío” de la LHCA al no regular lo referente al turno, aquél no era indispensable. Esta errada interpretación, atentaba contra el principio de imparcialidad del juzgador pues uno podía escoger su propio juez.

Por lo demás, en doctrina el requerimiento del turno se encuentra pacíficamente reconocido. En este sentido, el profesor argentino José Luis Lazzarini entiende que

El hecho de que se tenga que acudir al Juez que por turno corresponde trae apareado una mayor seguridad de imparcialidad e impide la especulación que debe evitarse, con el conocimiento que se tenga por parte

del litigante de la posición del Juez frente a las distintas cuestiones de hecho o de derecho.⁷¹

En el segundo caso, es decir, cuando se trata de lesiones nacidas de una orden judicial, se otorgaba competencia originaria a la Sala Civil de la Corte Superior, la que encargaría al juez de Primera Instancia el trámite respectivo.

Con esta particular regulación se buscaba evitar que los jueces de Primera Instancia resuelvan las demandas interpuestas contra sus pares, reservándose tal competencia a las cortes superiores y a la Corte Suprema. Al ser órganos colegiados se consideraba que estarían sujetos a menos presiones y a una responsabilidad compartida. Cabe anotar que la corte sólo puede encargar al juez de Primera Instancia el trámite del procedimiento, más éste no puede resolver la *litis* por no tener competencia para ello. De hacerlo, se habría excedido en el encargo y la resolución expedida indebidamente sería nula.

B. *La reforma dispuesta por la ley 25011*

La referida norma, como consecuencia de la experiencia judicial precedente que olvidaba la exigencia de respetar el turno para determinar la competencia, introdujo expresamente algo que bien pudo por resuelto por la jurisprudencia. La norma exigía el respeto al turno en el amparo ("se ejercerá ante el juez de Primera Instancia en lo Civil de turno en la fecha del acto violatorio del derecho constitucional"), y aún más creaba un turno especial, distinto al ordinario, para el caso de este proceso constitucional. Aquel debía ser establecido por la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo. De esta manera, ya era posible evitar la existencia de posibles maniobras de las partes para escoger al juez que creyeran que iba a satisfacer mejor sus pretensiones.

C. *La reforma establecida por la ley 25398*

El artículo 29 de la LHCA, conforme a la modificación prevista por la ley 25398, es la siguiente:

⁷¹ Lazzarini, José Luis, *op. cit.*, p. 301.

Son competentes para conocer de la acción de amparo los Jueces de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se afectó el derecho o donde se cierne la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante.

La acción de amparo se interpone, indistintamente:

a) Ante el Juez de turno al momento de producirse la amenaza o el acto violatorio del derecho constitucional; o,

b) Ante cualesquiera de los Jueces cuyo turno esté programado para los treinta días siguientes a la fecha antes señalada.

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

La norma en cuestión mantiene la regla general de brindar un amplio margen de opciones competenciales al agraviado, así como aquella relativa a las afectaciones que tiene su origen en una orden judicial.

Dos son las novedades que el artículo contiene. Por un lado, de-
roga la exigencia de un turno especial para el amparo; y, por otro,
especifica y amplía el número de jueces de turno a los que se puede
acudir. En este último caso, el afectado cuenta con un margen de
maniobra para “escoger” al juez de turno que prefiera pues cuenta
con treinta días para ello. Si se toma en consideración que en Lima
los turnos son semanales, se puede afirmar que el afectado por lo
menos puede escoger uno de cada cuatro jueces.

D. La competencia según la cuarta disposición transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La Constitución de 1993 dispone que el Tribunal Constitucional conocerá en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento (artículo 202, inciso 2). Esto significa que no conocerá en casación conforme disponía la carta de 1979. De ahí que haya sido necesario establecer transitoriamente las instancias en las que se tramitará el proceso de amparo en tanto no se apruebe la nueva ley de garantías o procesos constitucionales; de lo contrario, podría pensarse que el tribunal se convertiría en una cuarta instancia.

Esto explica que la cuarta disposición transitoria de la ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, haya determinado que por

regla general el amparo se interpondrá ante el Juzgado Civil que corresponda y que la Corte Superior respectiva conocerá en segunda instancia. En caso que la resolución sea denegatoria, se acudiría directamente al Tribunal Constitucional, evitando el paso por la Corte Suprema. De esta manera, estamos ante una especie de *per saltum* fijado por vía legal. La excepción a este trámite se presentará cuando el acto cuestionado sea una resolución judicial, pues en este caso conocerá en primera instancia la Corte Superior y, en segunda, la Corte Suprema.

Este dispositivo motivó diferentes interpretaciones respecto al momento de su aplicación. Algunos sostuvieron que la norma se aplicaba de inmediato, incluyendo a los procesos en trámite, otros consideraron que debía aplicarse a los procesos iniciados a partir de la vigencia de la ley del Tribunal Constitucional. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema acogió la primera interpretación. Ante esta situación, el Congreso aprobó la ley 26446, publicada el 20 de abril de 1995, interpretando que la norma en cuestión sólo se aplicaba a las acciones de garantía iniciadas a partir del momento de la vigencia de la ley del Tribunal Constitucional.

6. El Ministerio Público

El Ministerio Público, cuya intervención ha sido cuestionada por retardar la tramitación del amparo, participa en el proceso de amparo en dos momentos distintos:

Durante el trámite para conceder una medida cautelar. El decreto ley 25433 (artículo 3), dictado a los pocos días del golpe del 5 de abril de 1992, regula el procedimiento para conceder una medida cautelar. Dispone que de la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. A nuestro juicio, en esta etapa no era necesario contar con la intervención del Ministerio Público. Ello, por cierto, se ha establecido con la finalidad de tornar más engorroso el trámite procesal del amparo.

Antes que la Corte Superior y la Corte Suprema dicten sentencia. De acuerdo con lo previsto por la ley 23506, el Ministerio Público emite dictamen antes que el expediente sea resuelto por tales órganos jurisdiccionales.

Cabe finalmente anotar que la intervención del Ministerio Público en ninguno de los casos anteriores se produce en calidad de parte.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO

1. *La demanda de amparo*

Entendemos por demanda "el acto procesal que proviene del actor e inicia el proceso",⁷² de amparo. Se trata de un acto de postulación destinado a obtener el dictado de una resolución judicial.⁷³ En virtud de ella se ejercita el derecho (abstracto) de acción a través de una pretensión (concreta) de tutela de un derecho constitucional vulnerado o amenazado por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, para que el juez competente resuelva conforme a derecho.

Se ha previsto que el amparo se inicia a impulso de la parte afectada, nunca de oficio, ello constituye una manifestación del principio dispositivo, que como veremos se atenúa con la llamada "suplencia de la queja".

A diferencia del *habeas corpus*, la demanda ha de formalizarse por escrito, no cabe interponerla verbalmente, y deberán tomarse en cuenta los requisitos generales que exige toda demanda, salvo lo referente a la identificación del agresor pues aquí esta exigencia se atenúa. Basta la existencia de una agresión para que la vía del amparo se habilite y proteja los derechos del afectado. Así, por ejemplo, lo informa la tendencia de la jurisprudencia argentina desde el caso Ángel Siri (1957), e incluso lo reconoce su respectiva ley reglamentaria al indicar que la demanda contendrá "la individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados" (artículo 6, inciso b).

2. *Suplencia de la queja deficiente*

Pese a haber expresado que la exigencia de presentar una demanda para iniciar el proceso de amparo constituye una manifestación del principio dispositivo, aquél se ve matizado por la presencia de una institución a la que el derecho mexicano denomina "suplencia de la queja". Ella brinda una activa participación al juzgador quien de percatarse que la demanda es deficiente deberá enmendar el error sin hallarse limitado a lo expresamente indicado por el actor. Cabe

72 Cortés Domínguez, Valentín, en el libro elaborado conjuntamente con José Almagro Nosete, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena, *Derecho procesal*, 4a. ed., t. I, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 345.

73 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, p. 345.

precisar que en la experiencia mexicana la suplencia no se restringe a la demanda sino también abarca a los recursos impugnativos (Ley de Amparo, artículo 76 bis).

El derecho mexicano distingue dos supuestos, por un lado la "suplencia del error" y por otro la "suplencia de la queja". El primero alude al error del demandante en la cita del derecho constitucional vulnerado, y entre nosotros se resuelve a través del principio *iura novit curia* previsto por el artículo VII del título preliminar del Código Civil.⁷⁴ El segundo constituye la figura procesal que nos interesa. A juicio de Burgoa:

suplir la deficiencia de la queja implica no ceñirse a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, sino que, para conceder al quejoso la protección federal, el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados. Por otra parte, la suplencia de la queja no opera cuando el amparo es improcedente por cualquier causa constitucional, legal o jurisprudencial, ya que no tiene el alcance de sustituir o de obviar tal improcedencia.⁷⁵

En el terreno normativo, la primera parte del artículo 7 de la ley 23506 parece haberse inspirado en dicha institución aunque como veremos con notorias diferencias. En efecto, la referida norma dispone que "El juez deberá suplir las *deficiencias procesales* en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad".

Como hemos indicado, la figura mexicana de la suplencia de la queja está referida a aquel supuesto en que el afectado no fue lo suficientemente explícito en su pretensión, ya sea por error o ignorancia. En tal caso, el juez no ha de limitarse a lo expresamente mencionado por el actor sino que de percatarse de otra agresión deberá intervenir y hacer efectiva su protección. Hay que distinguir la deficiencia en el pedido concreto de la improcedencia de la demanda, y así lo hace el derecho mexicano. En el caso peruano, la norma no parece recoger tal temperamento pues se circunscribe a las "deficiencias procesales"; pero ¿qué ha de entenderse por tal concepto?

En ocasiones, al determinar sus alcances se han generado algunos inconvenientes y efectuado discutibles interpretaciones jurisprudenciales. Así por ejemplo, el Tribunal de Garantías Constitucionales en

74 Artículo VII. "Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada".

75 Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 299.

su sentencia de 26 de enero de 1984, declaró sin lugar el recurso de casación pues consideró que pese a que la pretensión del actor se había canalizado a través del *habeas corpus* cuando debía acudir al amparo no podía suplirse este error pues la demanda era improcedente.⁷⁶ En cambio, en una distinta ocasión, un Tribunal Correccional aplicando la referida norma dispuso la remisión de los actuarios a un juez civil pues la pretensión del demandante no era un *habeas corpus* sino un amparo.⁷⁷

Adoptando una posición al respecto, el artículo 9 de la ley 25398 ha señalado que

Si el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional (acción de *habeas corpus* o acción de amparo) que de conformidad con el artículo 295 de la Constitución Política del Perú, quiere ejercer, el juez ante quien ha sido presentada se inhibirá de su conocimiento y la remitirá de inmediato al competente, bajo responsabilidad, para los efectos de la sustanciación y resolución correspondientes.

En realidad, creemos, el artículo 7 de la ley original no ha seguido exactamente la influencia mexicana. Efectivamente, una interpretación extensiva de la norma en cuanto se refiere a "deficiencias procesales" comprendería precisamente aquellos supuestos (*v.gr.* improcedencias) que el derecho mexicano rechaza. Más aún, la ley complementaria reitera tal actitud al otorgar la posibilidad al juez de encaminar una demanda que no corresponde a su competencia (por ejemplo, amparo cuando en realidad es *habeas corpus*).

Esta atribución de encaminar y "corregir" un presupuesto procesal inexistente (competencia) desborda los cánones tradicionales de la suplencia. En tales casos debía operar la institución del rechazo de plano de la demanda, que debió gozar de carácter general y no estar limitada a determinadas improcedencias. Sin embargo, de acuerdo con nuestra normatividad actual, la falta de un presupuesto procesal como el mencionado —competencia—, habilita la suplencia más no el rechazo de plano de la demanda. Bien cabe preguntarnos ¿qué pasaría si el juez a quien se remite la demanda no se cree competente para tramitarla? ¿podrá inhibirse de hacerlo? ¿no se podrá a través de esta figura propiciar serios conflictos de competencia? La norma,

⁷⁶ "Saturnino Retuerto Susanibar y otros c/ Segundo Juzgado de Tierras de Lima y otro" s/ *habeas corpus*, *El Peruano*, 1-03-84.

⁷⁷ "Margarita Carrera Montes c/ Mayor Comisario de la Segunda Comisaría de la Guardia Civil" s/ *habeas corpus*, *El Peruano*, 22-01-85, p. 10.

creemos, termina siendo no sólo incoherente sino técnicamente inadecuada, por ello debería ser reformada.

En todo caso, propugnamos que este dispositivo debe interpretarse acudiendo a un concepto restringido de la frase "deficiencias procesales", es decir, limitándolo a aquellas deficiencias que puedan ser sustituidas o superadas dentro del propio proceso a través de la intervención del juez y que no impliquen su traslado a otra autoridad judicial para imponerle una competencia no originaria. Finalmente, ha de mencionarse que al igual que en México, estamos ante una obligación que el juez no puede graciosamente desestimar.

3. Plazo para interponer la demanda

La ley reglamentaria prevé un plazo al que denomina de caducidad para interponer la demanda de amparo. Ello no significa que la lesión permanezca impune, sino que luego de vencido el término establecido no podrá acudir al proceso constitucional pues el agraviado deberá buscar la protección a sus derechos en los restantes procesos establecidos (civiles, penales, laborales, etcétera). Así lo disponen tanto el artículo 37 de la ley 23506 como las normas complementarias:

Artículo 37. El ejercicio de la acción de amparo caduca a los sesenta días hábiles de *producida la afectación*, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Artículo 26. El plazo de caducidad a que se refiere el artículo 37 de la ley se computa desde el momento en que se *produce la afectación*, aún cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

Si la afectación y la orden que la ampara son *ejecutadas* simultáneamente, el cómputo del plazo de la caducidad se inicia en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la última fecha en que se *realizó* la agresión.

Las razones que justifican la existencia de un término determinado para interponer la demanda, se fundamentan principalmente en el respeto al valor seguridad jurídica, la existencia de un consentimiento tácito por parte del demandante o la naturaleza excepcional del am-

paro.⁷⁸ Aquél ha sido previsto, entre otras, por las legislaciones de México, Argentina y España.

Es de suma importancia determinar a partir de cuándo empieza el cómputo de este plazo. La ley original como la norma complementaria disponen que aquél se inicia a partir de “producida la afectación”. Ello alude tanto a los actos positivos, es decir actos comisivos que implican un hacer del agresor, y a las omisiones (no hacer), pues la “afectación” puede producirse tanto por una acción como por una abstención en los términos ya mencionados. Sin embargo, ¿sucede lo mismo tratándose de las amenazas si aún no se ha producido la afectación? En tal supuesto ella no se ha llevado a cabo pues precisamente la amenaza constituye un acto futuro aunque de cierta e inminente ejecución. Como esto es así, entendemos que en estos casos no podrá efectuarse el cómputo del plazo de caducidad. Aquél sólo se iniciará cuando la amenaza deje de ser tal, es decir, cuando ella se ejecute, o en otras palabras cuando se produzca la agresión.

Finalmente, debe indicarse que el término ha de computarse desde que el acto reclamado sea firme y definitivo, en otras palabras, luego de haberse agotado las vías previas correspondientes. Así lo ha determinado la jurisprudencia, por ejemplo, en el amparo interpuesto por el teniente general FAP Hardy Montoya Álvarez resuelto por la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 23-12-87.⁷⁹ En dicha ocasión ante un supuesto de silencio administrativo el afectado interpuso demanda de amparo. La corte, reiterando un criterio ya esgrimido en sentencias anteriores sostuvo que

en la situación anotada [...], no hay inicio del término de caducidad de la acción y en el supuesto que hubiese duda al respecto [...] habría que aplicar el criterio más favorable a la persona presuntamente agraviada por la violación de derechos constitucionales.

4. *Improcedencias. Rechazo in limine de la demanda*

A lo largo de la vigencia de la LHCA, se ha apreciado su frecuente interposición en casos en que ello no era viable. Ha existido una amplitud de causas finalmente rechazadas luego de agotarse las instancias correspondientes.

⁷⁸ Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 262.

⁷⁹ *El Peruano*, 10-01-88.

De un estudio jurisprudencial elaborado durante el periodo comprendido entre 1983-1986, se constata que el 64 por ciento de acciones de *habeas corpus* y el 77.7 por ciento de acciones de amparo fueron desestimadas por improcedentes.⁸⁰ Es decir, luego de un trámite teóricamente breve que en la práctica ha sido mucho más extenso, las pretensiones no encontraron acogida favorable. Independientemente de que en muchas ocasiones los criterios interpretativos de nuestros tribunales evitaron una adecuada protección de los derechos afectados, en otras causas era evidente que las demandas planteadas resultaban manifiestamente improcedentes. ¿O es que acaso podía admitirse un amparo frente a un proyecto de ley? ¿o un amparo contra una resolución expedida en otro procedimiento de amparo? ¿o por qué admitirlo si el plazo de caducidad se encontraba vencido? En tales ocasiones, bien hubiera podido desestimarse de plano la acción por ser manifiestamente improcedente. Sin embargo, como no había norma que lo permita, ella se seguía tramitando pese a que de antemano se podía anticipar una derrota.

En la actualidad, la ley 25398 permite en sus artículos 14 y 23 que el juez rechace de plano las demandas manifiestamente improcedentes. Con ello, se pretende evitar un congestionamiento excesivo de causas ante nuestros tribunales, y además —creemos— debería ser pretexto para ir encaminando una doctrina jurisprudencial orientadora respecto a los supuestos en los cuales cabe utilizar las acciones de garantía. Pero también, como necesario correlato, exige una importante madurez y ponderación en nuestra judicatura para evitar que a través de su empleo indiscriminado puede llegarse a atentar contra el “derecho a la jurisdicción” de las personas.⁸¹ Las referidas normas, disponen:

Artículo 14. Cuando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los artículos 6 y 37 de la ley, el Juez puede rechazar de plano la acción incoada. En tal caso procede el recurso de apelación, el que se concede en ambos efectos y el recurso de nulidad.

Artículo 23. Cuando la acción de amparo resulte manifiestamente improcedente por la causal señalada en el artículo 27 de la ley y no fueran aplicables las excepciones del artículo 28 de la ley, el Juez de-

⁸⁰ Rubio Correa, Marcial, Eguiguren Praeli, Francisco y Abad Yupanqui, Samuel B., “Evaluación de cuatro años de *habeas corpus* y amparo en el Perú: 1983-1986”, en el libro colectivo *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 221-274.

⁸¹ Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 291.

negará de plano la acción. Contra esta resolución proceden los recursos de apelación, el que se concede en ambos efectos y el de nulidad.

A. Causas que permiten el rechazo de una demanda

De la concordancia de los artículos citados, se concluye que las causales que permiten el rechazo de plano son aquellas contenidas en los artículos 6 (modificado por la ley 25011), 27 y 37 de la ley 23506, es decir:

- a) Si ha cesado la agresión o aquella resulta irreparable,
- b) Si la resolución judicial impugnada ha emanado de un procedimiento regular,
- c) Si se optó por acudir a la vía judicial ordinaria o paralela,
- d) Si los actos regulares de los poderes del Estado o de los órganos constitucionales han sido cuestionados por dependencias administrativas o empresas públicas,
- e) Si el plazo de caducidad para interponer la acción de amparo ha vencido,
- f) Si no se han agotado las vías previas.

No siempre resulta satisfactorio el método de señalar taxativamente las causales que pueden producir determinada consecuencia o sanción. Esto ha sucedido con la referida relación de motivos de improcedencia que no es lo suficientemente exhaustiva pues olvida mencionar otros supuestos previstos a lo largo de la ley reglamentaria. Así, por ejemplo, si se presenta una demanda contra una ley que no es de aplicación inmediata y que no se encuentra dentro del supuesto a que se refiere el artículo 3 de la ley 23506, o si se interpone el amparo para defender una derecho que no goza de rango constitucional, o probablemente si se utiliza una acción de amparo por persona no legitimada para ello, las respectivas demandas no podrán ser rechazadas de plano pese a ser manifiestamente improcedentes. En todo caso, lo que debió establecer la ley fue una relación abierta y no cerrada de causas que ameritan el rechazo de plano. Las normas actuales sólo terminan sirviendo para que un sector de casos sean rechazados más no otros que también deberían serlo.

B. *Manifiesta improcedencia y etapa procesal*

No basta la presencia de una “probable” causal de improcedencia para desestimar de plano la pretensión. Ella debe ser manifiesta. Entendemos por tal concepto, que la sola lectura de la demanda permita constatar sin mayor debate probatorio la evidencia de que la pretensión pueda ser canalizada a través del amparo. En consecuencia, si hay duda sobre su viabilidad debe continuarse con el trámite para que la sentencia definitiva resuelva lo pertinente.

Por otro lado, ¿en qué momento o etapa procesal podrá disponerse el rechazo? ¿tan pronto haya sido recepcionada la demanda? ¿con la contestación de ella? ¿antes de dictar sentencia? La norma no ha sido lo suficientemente precisa al respecto, sin embargo compartimos la opinión de Sagüés en el sentido que ello sólo podrá suceder “inmediatamente después de interponerse la demanda”.⁸²

C. *¿Obligación o facultad del juez?*

Si examinamos detenidamente las normas citadas, podremos apreciar que mientras el artículo 14 dispone que el juez “puede” rechazar de plano una demanda manifiestamente improcedente, el artículo 23 establece, con un tinte de imperatividad, que aquél “denegará” la acción en tal supuesto. En buena cuenta, el juez ¿puede o debe rechazarlas? ¿y por qué en un supuesto sí puede hacerlo y en otro no? Imaginemos que se interpone una demanda de amparo contra una resolución judicial expedida en otro proceso de amparo. En tal supuesto pese a que la demanda es improcedente el juez podrá o no desestimarla de plano. En cambio, si se presenta un amparo sin haber agotado la vía previa el juez “deberá” rechazarla. ¿Por qué tal distingo? ¿por qué en un caso se podría seguir tramitando la demanda si se sabe que es improcedente y en el otro no?

Realmente, nos parece contradictorio dar un tratamiento diferenciado —obligación y facultad— a dos supuestos que en esencia son idénticos, pues en ambos casos se trata de causales de improcedencia. En nuestra opinión, hubiera sido más coherente establecer una norma que contenga supuestos idénticos para ambos artículos. Más aún, creemos que el rechazo de plano de demandas notoriamente improcedentes constituye una obligación del juez, pues ¿para qué

⁸² Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 289.

seguir tramitando una causa si de ella fluye su manifiesta improcedencia? ¿por qué sobrecargar más a nuestros tribunales con procedimientos innecesarios? Pensamos, pues, que acá tampoco la norma brinda una solución plenamente satisfactoria.

5. *Medida cautelar*

El D.L. 25433 (publicado el 17 de abril) modificó el artículo 31 de la ley 23506, referente a la suspensión del acto reclamado o medida cautelar en el amparo. Como lo enseña el derecho procesal, se trata de una institución destinada a paralizar o detener los actos lesivos a derechos constitucionales, pues de esperar a que ello suceda con la sentencia, el agravio podría tornarse irreparable. Dada la tradicional lentitud de los procesos judiciales, incluido el de amparo, es evidente la importancia de una medida suspensiva urgente y rápida, que al emitirse antes de dictar sentencia, pueda evitar posibles daños irreparables a los derechos de las personas.⁸³

El indicado decreto restringió irrazonablemente la posibilidad de suspender rápidamente los actos lesivos a derechos fundamentales. Ha complicado de modo innecesario el trámite para su expedición, exigiendo previamente la audiencia al agresor, la intervención del Ministerio Público y, precisando que de ser otorgada, su ejecución sólo procederá luego de resuelta la respectiva apelación por la instancia superior. De esta manera, ante situaciones que requieren una solución urgente y rápida la medida cautelar, debido a un trámite intencionalmente engorroso, no otorga al afectado una solución eficaz, en otras palabras no garantiza una tutela judicial "efectiva".⁸⁴ En la actualidad, hasta la medida cautelar prevista por el Código Procesal Civil (artículos 608 y siguientes) cuenta con un trámite más ágil.⁸⁵

⁸³ Abad Yupanqui, Samuel, "La medida cautelar en la acción de amparo", *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica*, Lima, 1990, pp. 373 y ss.

⁸⁴ Esta situación, creemos, podría autorizar al juez que se percate de la ineficacia de la medida cautelar en un proceso de amparo a inaplicar dicho decreto y ordenar la inmediata ejecución de la medida que dicte, siempre que ello evite la consumación de un daño irreparable que impida en su momento el cumplimiento de la sentencia definitiva. Así, estaría garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva del agraviado. Este argumento fue expuesto por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 238/1992, de 17 de diciembre de 1992, cuando sostuvo (fundamento jurídico 3), reiterando lo expuesto en la sentencia 14/1992, que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".

⁸⁵ El artículo 637 del Código Procesal Civil dispone que la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, pudiendo excepcionalmente

Además, para impedir la creatividad y el razonamiento judicial que podría permitir dejar de lado dicha norma, el decreto dispuso la destitución inmediata de los jueces o fiscales que incumplan lo señalado en la norma.⁸⁶

6. *Contestación de la demanda*

La contestación, entendida como “la respuesta que el demandado da a la demanda del actor”,⁸⁷ debe efectuarse en el plazo de tres días. Así lo indica el artículo 30 de la ley 23506. Por su parte, el artículo 32 agrega que con contestación de la demanda o sin ella, se resolverá la causa dentro de los tres días de vencido el término respectivo. Estamos pues ante un proceso bilateral que respeta el principio del contradictorio.

Por lo demás, si se emplaza con la demanda al Estado o a un funcionario o autoridad pública, su defensa correrá a cargo del Procurador Público correspondiente (artículo 10, ley 23506). Sin embargo, ello no obsta para que la propia entidad estatal o funcionario demandado sea notificado e intervenga directamente en el proceso (artículo 12, ley 25398).

7. *Excepciones*

Uno de los cuestionamientos suscitados durante la vigencia de la ley original fue el relativo a la posibilidad del agresor de deducir excepciones aplicando supletoriamente las normas del Código Procesal Civil. A nuestro juicio, una pretensión de ese carácter no era viable por la naturaleza especial del amparo y por la sumariedad de los plazos para ser resuelto. En todo caso, de plantearse debería ser entendida como un argumento de defensa que el juez resolvería en la sentencia. Así lo entendió la jurisprudencia, en concreto la reso-

concederse un plazo no mayor de cinco días para que se acredite la verosimilitud del derecho que sustenta la pretensión principal. La apelación se concederá sin efecto suspensivo.

⁸⁶ Según el artículo 3 “Los jueces y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público quedan encargados del debido cumplimiento del presente Decreto Ley; caso contrario quedarán incurso en la comisión de falta grave que será sancionada con destitución inmediata; sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por la comisión del delito tipificado en el artículo 418 del Código Penal”.

⁸⁷ Cortés Domínguez, Valentín, *op. cit.*, p. 362.

lución de 10 de septiembre de 1984 de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, que en los seguidos por "Álvaro Collantes Tejada c/ el Rector y el Consejo Universitario de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa",⁸⁸ consideró:

el capítulo segundo del título tercero de la ley 23506 señala el procedimiento especial al que debe sujetarse la acción de amparo, en el que sólo cabe contestación de la demanda con arreglo al artículo 32 de ella, por lo que no procede la deducción de excepciones con base en los dispositivos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles en este tipo de acción que es especial y de trámite sumario, ni menos aún tramitarlas dilatando el breve procedimiento establecido en la citada ley;

Este criterio ha sido ratificado por el párrafo final del artículo 13 de la ley 25398 al indicar que "Las excepciones sólo podrán deducirse en la acción de amparo y como medio de defensa. De ellas no se correrá traslado y se resolverán en la resolución que ponga fin a la instancia".

De esta manera, se conjugan correctamente la necesaria celeridad del trámite del amparo con el indispensable ejercicio del derecho de defensa del emplazado manifestado en este caso a través de las excepciones.

8. *La prueba en el amparo*

La prueba consiste en "la actividad de las partes encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad".⁸⁹ En efecto, en la demanda de amparo se afirma que el actor ha sido lesionado, está siéndolo o se encuentra amenazado de ser lesionado en sus derechos constitucionales por determinados actos, omisiones o amenazas de una autoridad, funcionario o persona. Tal afirmación, ha de ser debidamente acreditada por el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, para que el juez pueda conceder la protección constitucional solicitada.

La función de la prueba, en general, trata de obtener la verdad de los hechos.⁹⁰ Tratándose del amparo la búsqueda de esta verdad se encuentra enmarcada dentro de los lineamientos de un pro-

⁸⁸ *El Peruano*, 17-10-84.

⁸⁹ Cortés Domínguez, Valentín, *op. cit.*, p. 373.

⁹⁰ Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, p. 425.

cedimiento que cuenta con plazos muy breves y perentorios. Recordemos que luego de interpuesta la demanda, el juez ha de correr traslado a la otra parte por el término de tres días, y cuenta con tres días adicionales para resolver la causa. Es decir, el breve trámite previsto para este proceso no contempla la existencia de una etapa procesal definida en la cual puedan ofrecerse y actuarse las pruebas correspondientes. Todo ello ha sido producto de la intención del legislador de regular un determinado procedimiento en el cual la pretensión para ser acogida favorablemente sea susceptible de acreditarse sin necesidad de un intenso debate probatorio. En otras palabras, si se requiere amplio material probatorio, el actor deberá acudir a un procedimiento diferente, obviando al amparo.

Tal actitud del legislador es consonante con lo dispuesto en la ley argentina (ley 16986), cuyo artículo 2 considera que el amparo no será admisible cuando "d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba [...]".

Por ello, el derecho argentino exige como requisito consustancial para la admisibilidad del amparo que la agresión sea "clara y manifiesta", es decir, ella ha de ser susceptible de acreditarse sin mayor debate probatorio. Con tal efecto, regula expresamente los medios probatorios que puedan aplicarse, como son los instrumentos, testimoniales que no pueden exceder de cinco por cada parte y rechaza la prueba de absolución de posiciones (artículo 7). Como lo indica Sagüés, la norma "erradica del instituto a los hechos complejos y de difícil acreditación, cuya dilucidación es propia de los juicios ordinarios, o más amplios que el amparo".⁹¹

Entre nosotros, la ley 23506 olvidó referirse al tema probatorio, lo que ha generada dudas y cuestionamientos en el terreno práctico. Por ello, se explica que el artículo 13 de la ley 25398, haya tratado de solucionar tal omisión al disponer en su primer párrafo que

En las acciones de garantía no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez considere necesario realizar sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias.

91 Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 232.

Sin duda, la norma en referencia cuenta con singular importancia, no tanto porque aclare que en el amparo no existe etapa probatoria, aspecto al cual se llegaba a partir de una interpretación sistemática de la ley reglamentaria, sino especialmente porque admite que el juez puede disponer la realización de las diligencias que aquél considere convenientes. Esto significa que la norma trata de acercarse al principio inquisitivo —que en materia constitucional cobra especial relevancia— al permitir que el juez pueda disponer la realización de las diligencias probatorias que reputa necesarias para llegar a la verdad de los hechos. Todo ello sin alterar la brevedad del proceso constitucional, pues de lo contrario habrá que acudir a los demás procedimientos establecidos.

Finalmente, esta falta de etapa probatoria, y la necesidad de acreditar determinados hechos, puede ser parcialmente suplida a través de diligencias preparatorias o preliminares iniciadas antes de interponer el amparo, lo cual por cierto no suspende el plazo de caducidad previsto legalmente.

VII. LA SENTENCIA DE AMPARO. RECURSOS Y EJECUCIÓN

1. Sentencia

La sentencia es una resolución judicial que pone fin al proceso, o a un estadio del mismo (instancia o casación).⁹² En tal sentido, es indiscutible que la resolución con la que culmina el amparo constituye una sentencia y no un auto, como algunos han señalado.⁹³

El juez al momento de dictarla debe efectuar un doble análisis de la pretensión. En primer lugar, ha de examinar si aquélla cumple con los requisitos de procedibilidad que le exige el ordenamiento procesal (juicio de procedibilidad); y, en segundo lugar, sólo si los supera, declarará que la pretensión es fundada o infundada (juicio de mérito).⁹⁴ De acuerdo con ello, la sentencia podrá reputar improcedente, infundada (sentencia desestimatoria) o fundada la demanda

⁹² Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.* p. 355.

⁹³ Uno de los proyectos iniciales presentados durante el proceso de elaboración del texto constitucional calificó al acto procesal con el que culmina el proceso de amparo como auto. Incluso, la exposición de motivos del anteproyecto de ley 23506 precisaba que aquél terminaba con un auto, y no a través de una sentencia.

⁹⁴ Peyrano, Jorge, "El juicio de procedibilidad", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario*, Universidad Católica Argentina, núm. 3, 1981, p. 301.

(sentencia estimatoria). En este último caso, es decir, si acoge la pretensión la decisión será una declarativa de condena.

La sentencia deberá expedirse dentro del plazo de tres días de vencido el término para la contestación. Además, con el fin de garantizar su publicidad y el adecuado conocimiento de la jurisprudencia, el artículo 42 de la ley 23506 señala que una vez consentida y ejecutoriada la sentencia será obligatoriamente publicada en el *Diario Oficial de la Federación*.

2. Recursos impugnativos

De acuerdo con la constitución, la ley 23506 y la cuarta disposición transitoria de la constitución, la demanda de amparo se presentará ante el juez civil (primera instancia), pudiendo acudirse en recurso de apelación (segunda instancia) a la Corte Superior (Sala Civil). Si la resolución es denegatoria procede interponer recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional que actuará como última instancia.

Sólo si se cuestionan resoluciones judiciales la demanda se presentará ante la Sala Civil y conocerá en apelación (segunda instancia) la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Contra ésta última decisión cabe acudir al Tribunal Constitucional.

De otro lado, un problema surgido durante el desarrollo jurisprudencial del amparo ha sido el relativo a la concesión de los recursos de oficio en aplicación de la Ley de Defensa Judicial del Estado (Decreto ley 17537). Al respecto, la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, en su resolución de 28 de diciembre de 1984, expedida en el amparo iniciado por "Julio Villafuerte Jurgens c/ Supremo Gobierno",⁹⁵ sostuvo acertadamente que:

contra dicha resolución no se interpuso el oportuno recurso de nulidad, a que se contrae el artículo 35 de la ley 23506 [...]; que la antes citada es una ley especial, cuyo objeto es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional [...]; que la ley 17537 es, en cambio, una ley general que se refiere a la defensa del Estado en juicio como sujeto de derechos y obligaciones, más no cuando resulte agresor por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales que asisten a personas individuales o jurídicas [...]; que la institución procesal del recurso de nulidad de oficio, a que se contrae el artículo 22 de la ley general 17537, no se compadece con

95 *El Peruano*, 22-02-85, p. 16.

las normas de procedimiento a que se sujeta la acción de amparo [...], por lo que no cabe oficiosamente en este tipo de acción la concesión de dicho recurso;

Este correcto criterio jurisprudencial ha sido recogido en el artículo 12 d) de la ley 25398 al disponer que "Cuando el demandado es el Estado, no proceden de oficio los recursos de apelación y nulidad".

3. Cosa juzgada

La ley 23506 al regular los efectos y alcances de la cosa juzgada, adoptó un sistema peculiar pues dispuso que ella estará presente sólo cuando sea favorable al afectado (artículo 8), en consecuencia, si la sentencia no acoge la pretensión no existirá cosa juzgada. Así lo entendió el TGC en el caso "Sindicato de Trabajadores Municipales del Distrito de Lince c/ Alcalde del Concejo Distrital de Lince y otros s/ acción de amparo", resuelto el 22 de junio de 1987,⁹⁶ al sostener que:

El artículo 8 de la ley 23506 es muy claro sobre cosa juzgada en casos de *habeas corpus* y amparo; estatuye que la resolución final, en este caso la sentencia no apelada del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, constituye cosa juzgada, únicamente si es favorable al recurrente; en este caso, la supradicha sentencia no es favorable al Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lince y en consecuencia, no constituye cosa juzgada para el Sindicato, el que ha tenido expedito su derecho para iniciar la demanda de autos contra el mismo Alcalde y por el cumplimiento de sus derechos emanados de las mismas actas de trato directo.

El tema de atribuirle carácter de cosa juzgada a la sentencia de amparo ha sido muy debatido en el derecho argentino.⁹⁷ Por un lado, algunos autores le reconocen efectos de cosa juzgada material mientras que otros consideran que constituye cosa juzgada formal. Tal discusión se ha basado por lo general en el hecho que se trata de un procedimiento sumario en el cual dado el breve debate probatorio el conocimiento de los hechos no es pleno. En efecto, Néstor Sagiés, por ejemplo, se inclina por la tesis de la cosa juzgada formal admitiendo que el conflicto puede replantearse en la vía ordinaria,

⁹⁶ *El Peruano*, 20-08-87, p. 13.

⁹⁷ Cfr. al respecto Bertolino, Pedro, *La cosa juzgada en el amparo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

aunque precisa que ello no obsta a que tienda a “derivar hacia la cosa juzgada material, si el agraviado por ella no acredita en el juicio ordinario posterior que el déficit cognoscitivo del amparo le causó perjuicio”.⁹⁸

Como ha sostenido Fairén Guillén, la cosa juzgada formal y material aunque distintas se encuentran muy vinculadas, “la cosa juzgada formal se refiere al interior del proceso (de un proceso determinado) y la cosa juzgada material se refiere a las relaciones de ese proceso ya resuelto; de vincular a otro proceso en curso; efecto exterior al primer proceso”.⁹⁹

De acuerdo con ello, debemos comenzar por tomar en consideración que el amparo es un proceso en el cual, dada su indispensable celeridad y urgencia en resguardar el derecho del afectado, la cognición y los medios de prueba se encuentran limitados. Asumiendo tal afirmación, podemos concluir que la sentencia que lo resuelve ha de tener efectos de cosa juzgada material “en el ámbito que en ellos fue tratado y sobre los medios de prueba admitidos y con la amplitud con que se admitieron”. Ello no impedirá que en un juicio ordinario posterior el examen del conflicto sea “total” con una mayor amplitud de pruebas que puedan dar lugar a una sentencia que “absorva” a la anterior e incluso la modifique.¹⁰⁰

Pensamos, entonces, que la sentencia de amparo que ingresa al fondo de la cuestión (fundada o infundada), debería producir efectos de cosa juzgada material, lo cual no impide el inicio de un proceso ordinario que —como indica Fairén— “absorba” al anterior. Por ello, no estamos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 23506 y tampoco con la sentencia del TGC antes citada pues en realidad desconoce el valor firme y definitivo de una sentencia de amparo, atentando contra el principio de seguridad jurídica.

4. Ejecución de sentencias, costas y sanción al agresor

La ley original no reguló un trámite determinado para la ejecución de sentencias que acogen la pretensión del demandante. Ello ha permitido que en varias ocasiones los fallos de los tribunales no sean

98 Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 450.

99 Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, pp. 515-516.

100 *Ibidem*, pp. 535-536. Si bien el profesor Fairén en la cita efectuada se refiere a los procesos sumarios en general, creemos que sus afirmaciones resultan aplicables al caso del amparo.

cumplidos, lo sean parcialmente o en todo caso luego de un largo periodo. Ante tal situación, la ley 25398 ha introducido algunas normas sobre el particular.

- Según el artículo 27, la sentencia consentida y ejecutoriada, será ejecutada por el órgano que conoció en Primera Instancia, en el modo y forma establecidos en los títulos XXVIII y XXX, Sección Segunda, del Código de Procedimientos Civiles —se refiere al Código anterior de 1911—, en cuanto sean compatibles con su naturaleza.
- De acuerdo con el artículo 28, en caso de omisiones se notificará al responsable de la agresión concediéndose para su cumplimiento el término de 10 días, siempre que aquél no perjudique los derechos del reclamante, bajo apercibimiento de ejercitarse el respectivo proceso penal. Además, será responsable de los daños y perjuicios que resulten de este incumplimiento.

En verdad, las normas previstas no resultan plenamente satisfactorias, no sólo por haber tratado de subsumirse en el procedimiento de ejecución de sentencias propio de un ordenamiento civil orientado a regular cuestiones patrimoniales, sin indicar de manera precisa cuáles de sus disposiciones eran aplicables, sino además porque ha olvidado tomar en cuenta otras figuras existentes en el derecho comparado, que pueden ser particularmente eficaces. En tal sentido, hubiera sido conveniente que el legislador adopte la institución angloamericana del desacato disciplinario *contempt of court* que ante el incumplimiento del emplazado permita al propio juez que dictó sentencia disponer su inmediata detención o arresto, o también la posibilidad de imponerle multas de aumento progresivo (astreintes),¹⁰¹ o alguna otra modalidad prevista por el amparo mexicano, cuya ley en sus artículos 104 al 113, regula lo referente al procedimiento de ejecución de sentencias (título primero, capítulo XII).

Tampoco parece adecuado el modo de regular el cumplimiento de sentencias en caso de omisiones, pues establecer un plazo de diez días como principio general puede resultar un plazo excesivo y exagerado. Creemos que la sentencia de amparo debe cumplirse de in-

¹⁰¹ En España, el artículo 95.4 de la LOTC permite la imposición de multas coercitivas a cualquier persona que incumpla los requerimientos del tribunal dentro de los plazos señalados, las cuales pueden ser reiteradas hasta su total cumplimiento por parte de los interesados.

mediato, lo cual exige una especial atención del juez para así determinarlo y permitir la tutela del derecho fundamental vulnerado.

En lo referente a la responsabilidad del agresor y a la concesión de costas, el primer párrafo del artículo 11 de la ley original dispone que si luego de concluir el proceso se ha identificado al responsable de la agresión, se ordenará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena respectiva, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Además, se impondrá al responsable el pago de las costas del juicio y una indemnización por el daño causado.

El proceso de amparo peruano no tiene por objeto determinar la responsabilidad del agresor, pues la pretensión constitucional se concentra en obtener la tutela del derecho vulnerado o amenazado y disponer la restitución de las cosas al estado anterior o evitar que la amenaza se concrete. Ello justifica pues que la sanción penal sea impuesta luego de un proceso posterior. Sin embargo, no vemos que exista impedimento alguno para no disponer la imposición de costas en favor del demandante. En tal sentido, parece conveniente la norma argentina (artículo 14) que así lo autoriza, salvo que antes del plazo fijado para la contestación del demandante cese la agresión que motivó el amparo, o la disposición española que permite al tribunal imponer costas a la parte que haya mantenido posiciones infundadas de existir temeridad o mala fe (LOTIC, artículo 95.2). Además, creemos que hubiera sido conveniente permitir que el juez cuando se percate de la interposición de un amparo con "temeridad o abuso de derecho" pueda imponer una sanción (multa) por su indebida interposición tal como sucede en la experiencia española (LOTIC, artículo 95.4).

VIII. REFLEXIONES FINALES

Al momento de diseñar el modo como deberá reformarse el amparo peruano, cuya vigencia en términos generales no ha sido plenamente satisfactoria, debe partirse de considerar que se trata de un verdadero proceso constitucional. En tal sentido, habrá que acudir a la disciplina procesal para acoger los instrumentos conceptuales que ella nos brinda en procura de contribuir a dotar de eficacia a este instrumento. Y es que para aproximarnos a determinar la naturaleza, concepto, alcances y características fundamentales del amparo es pre-

ciso acudir a una metodología que necesariamente lo vincule con la teoría general del proceso.

Resultan por ello cuestionables aquellas interpretaciones, vigentes en ciertos sectores, que se resisten o tratan de evitar esta influencia con base en argumentaciones basadas en el derecho sustantivo, motivadas a veces por un mal entendimiento de las raíces históricas del amparo, o por el hecho que se trata de una figura prevista por los textos constitucionales y no por un código procesal.

En la actualidad, ha de aceptarse que el amparo ha logrado su autonomía respecto al derecho sustantivo que protege. De ahí que muchas expresiones "clásicas" que aún se utilizan en la legislación vigente deban ser revisadas y acomodarse a esta concepción procesal del amparo.

Esto no significa desconocer la influencia del derecho constitucional, por ejemplo, para ir acomodando los principios procesales a la defensa de los derechos constitucionales de la persona, sino tan sólo destacar la autonomía del amparo, en tanto figura procesal, de la disciplina sustantiva o derecho constitucional. Sólo así podremos contar con una mejor perspectiva para su análisis.

En la mira de contribuir a la construcción de una disciplina, todavía reciente, como es el derecho procesal constitucional se torna imprescindible rescatar la naturaleza procesal de uno de sus principales objetos de análisis, el amparo. A partir de ello podrá ir fortaleciéndose los cimientos que permitan la construcción de un futuro Código Procesal Constitucional en el Perú.

Samuel B. ABAD YUPANQUI