

César Landa (Perú) *

El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano

1. Presentación

En los últimos tiempos asistimos a un debate, cada vez más importante, en torno a la sistematización y formulación del derecho procesal constitucional como una disciplina autónoma y dotada de principios propios. Esta situación se ha visto reflejada, principalmente, en los aportes que la doctrina viene realizando de forma creciente sobre él. Sin embargo, si bien en el plano de la doctrina los aportes para la formulación de una teoría general del derecho procesal constitucional muestran un importante avance, no podemos afirmar lo mismo del nivel legislativo, pues generalmente las normas relativas a los procesos constitucionales son normas específicas y, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, permanecen aún dispersas.

De esta manera, el ordenamiento jurídico peruano se ha convertido, a partir de la publicación del Código Procesal Constitucional (en adelante CPC),¹ en el primero de América Latina² en sistematizar y codificar las normas que regulaban en forma dispersa los procesos constitucionales. Sin embargo, a nuestro parecer, la trascendencia del nuevo Código peruano está en otro lugar, pues no sólo se debe a la legítima expectativa que ha venido a ocupar, sino también a que ha introducido innovaciones importantes en casi todas las instituciones que se perfilan como privativas del derecho procesal constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <mdc@puccp.edu.pe>

¹ El Código Procesal Constitucional fue publicado por ley n° 28.237, en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de mayo de 2004, y entrará en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2004.

² Sin embargo, debemos reconocer que dos provincias argentinas ya contaban con sus respectivos códigos procesales constitucionales, si bien con alcances territoriales limitados; tales son los casos de la ley 8.369 de la provincia de Entre Ríos —que, como refiere Sagüés, es un código— y el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (ley 6.944). Cfr. Néstor Pedro Sagüés: “La codificación del derecho procesal constitucional”, en *Themis. Revista de Derecho*, n° 43, Segunda Época, Lima, 2001, p. 8, nota a pie 3.

Las novedades introducidas por el Código Procesal Constitucional peruano pueden advertirse a lo largo de su articulado, algunas más trascendentes que otras. Estos cambios han alcanzado también a la institución del amparo, la cual ha sufrido, en la práctica diaria, serias distorsiones, por cierto ajenas a su naturaleza y finalidad. Precisamente, el proceso constitucional de amparo es la institución que nos corresponde estudiar en esta oportunidad, más que en sus aspectos procedimentales, en sus aspectos sustantivos, a la luz de la nueva regulación que el nuevo Código Procesal Constitucional ha venido a introducir.

2. El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional

2.1. La Constitución Política de 1993 y el proceso de amparo

La Constitución Política de 1993 ha mantenido el proceso constitucional de amparo, reconocido, por vez primera en el ordenamiento peruano, en la Constitución de 1979.³ En efecto, señala el inciso 2 del artículo 200° de la Constitución que procede la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos de los que protegen el *hábeas corpus* y el *hábeas data*. Agrega que el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.⁴

2.2. El Código Procesal Constitucional y el proceso de amparo

Dentro de este marco, el Código Procesal ha venido a regular el proceso constitucional de amparo, por un lado, a través de disposiciones generales aplicables también a los procesos de *hábeas corpus*, *hábeas data* y de cumplimiento (título I, CPC), y, por otro, en disposiciones que regulan en estricto, y de forma exclusiva, el proceso constitucional de amparo (título III, CPC), cuya finalidad, según ha establecido el nuevo Código (artículo 1°, CPC), como no puede ser de otra manera, es la protección y tutela de los derechos fundamentales. Para ello, dichos procesos buscarán reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

³ Enrique y Francisco Chirinos Soto: *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Nerman, 1994, pp. 435-438.

⁴ César Landa: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2ª ed., 2003, pp. 201.

2.2.1. *Concepto y naturaleza del proceso de amparo*

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

Si bien la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, es del caso resaltar que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos; por el contrario, es un instrumento extraordinario o excepcional de protección. Es por ello que se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia, es decir, “que sólo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión”.⁵ Esta posición respecto de la naturaleza del amparo ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional (artículo 5°-2), que establece, *a contrario sensu*, que el amparo sólo será procedente cuando no existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

2.2.2. *Presupuestos sustantivos del proceso constitucional de amparo*

Los procesos constitucionales, en general, son susceptibles de ser conocidos tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional (artículo IV, CPC). En tal sentido, la justicia ordinaria es competente para conocer en primer y segundo grado los procesos de amparo y el Tribunal Constitucional para, en última y definitiva instancia, vía un recurso de agravio constitucional, revisar estas decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales que la Constitución tutela. Éste sólo es factible de interponerse cuando concurren determinados presupuestos sustantivos:

- a) Se afecta o amenaza de manera inminente un derecho fundamental (en principio lo serán aquellos derechos previstos en el artículo 37° del CPC, pero también los no previstos en la Constitución, según se colige de su artículo 3° y del artículo 37°.25 del CPC) que tiene un sustento constitucional directo, o cuando se afectan los aspectos constitucionalmente protegidos de éste (artículo 38°, CPC) pero distintos de la libertad individual y derechos fundamentales conexos a ella, así como del derecho de acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa.

⁵ Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional 3. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1988, p. 262

- b) El hecho lesivo se produce en función de un acto comisivo u omisivo de cualquier autoridad, funcionario o persona —natural o jurídica— (artículo 2º, CPC), como podría ser la expedición de una ley, de una resolución judicial, de un acto administrativo de autoridad o funcionario, o de una orden, acto o disposición de un particular.⁶
- c) No existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias en el ordenamiento constitucional (artículo 5º.2, CPC) para la protección del derecho fundamental afectado. Por ello, en principio, el amparo debe ser un proceso subsidiario que no reemplace a otros medios ordinarios de defensa judicial.⁷

2.2.3. Características del proceso de amparo

El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que se caracteriza por que:⁸

- a) El juez constitucional tiene una función tutelar de los derechos fundamentales en función de aplicación de determinados principios procesales como el principio de dirección judicial del proceso, de economía procesal, de concentración, de socialización, de impulso de oficio, de elasticidad y el principio *pro actione* o *favor processum* (artículo III, CPC). Así, una vez iniciado el proceso se expresa en lo sumario de él la suplencia procesal a favor del reclamante, el impulso judicial de oficio o la actuación de diligencias a pedido del juez, la cosa juzgada favorable a la víctima y el control difuso de la Constitución, básicamente.
- b) Se realiza según el canon del principio sustantivo —*in dubio pro homine*— y adjetivo —*favor processum*—, según los cuales los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se interpretan extensivamente y las limitaciones a éstos se interpretan restrictivamente. Por ello, el juez podría fallar *ultra petita* (otorgando más allá de lo demandado) o *extra petita* (concediendo algo no demandado). Además, la interpretación de los derechos funda-

⁶ Faustino Cordón Moreno: *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 1987, pp. 14-21.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. nº 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003, en el recurso extraordinario interpuesto por don Eusebio Llanos Huayco contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Huánuco; oportunidad en la cual el TC estableció que “en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, alternativo, es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución [...]”.

⁸ Miguel Sánchez Morón: *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 21-38; José Cascajo Castro y Vicente Gimeno Sendra: *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 81 y ss.

mentales protegidos por el proceso de amparo debe hacerse en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo IV, CPC).

- c) Se incoa cuando la violación de los derechos fundamentales se produce por actos derivados de la aplicación de una norma (artículo 3º, CPC) o cuando el agravio se produce directamente, tanto por una *ley autoaplicativa* que no requiere de ningún acto o decisión para su ejecución, como por una *ley-medida* que afecta de manera particular a una persona, sin respetar el carácter general y abstracto de las normas legales.
- d) Se interpone también contra una autoridad jurisdiccional cuando, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho fundamental, según se desprende de los artículos 4º y 37º.16 del CPC; o, dentro de un proceso judicial irregular, se producen vicios formales —*in procedendo*—, es decir, errores adjetivos en el proceso, o vicios sustantivos —*in indicando*—, es decir, por la aplicación de leyes incompatibles con la Constitución.⁹
- e) También lo puede postular un particular contra actos o hechos de otro particular (artículo 2º, CPC), siempre que se hayan vulnerado directamente derechos fundamentales subjetivos. Ello en la medida en que el proceso de amparo tiene eficacia horizontal de un particular frente a otro particular —*Drittwirkung der Grundrechte*— de manera directa a partir de la violación del propio texto constitucional e indirecta a través de la aplicación de leyes y reglamentos que la desarrollan inconstitucionalmente.¹⁰
- f) No cabe interponerlo contra resoluciones judiciales que hayan sido expedidas respetando el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, es decir, sin afectar el acceso a la justicia y el debido proceso (artículo 4º, CPC). Pero tampoco en procesos regulares y basados en normas legítimas; no obstante, esta valoración de lo que es o no es irregular o ilegítimo queda reservada a favor de los jueces constitucionales en tanto intérpretes supremos de la Constitución.¹¹

⁹ José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 1992, pp. 93-110, 135-154 y 182-206.

¹⁰ Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 11-46.

¹¹ Luis María Díez-Picazo: “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, en *REDC*, n° 40, CEC, Madrid, 1994, pp. 15-18; asimismo, la contestación de Pedro Cruz Villalón: “Sobre el amparo”, en *REDC* n° 41, CEC, Madrid, 1994, pp. 11-12 y 14-15.

- g) No existe una etapa probatoria formal (artículo 9°, CPC), pero son procedentes aquellos medios probatorios que no requieren actuación, lo cual no obsta para que el juez constitucional pueda y deba valorar la carga de la prueba aportada por el demandante, así como solicitar la que considere necesaria para resolver el caso —claro está, sin que se afecte la duración del proceso—. Ello es así en busca de la verdad constitucional, dado que el amparo es un proceso sumario y extraordinario.
- h) El amparo no reemplaza a los medios de defensa judicial ordinarios, en la medida en que el juez ordinario es competente para inaplicar una norma legal si la interpreta como contraria a la Constitución (de conformidad con el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución). El carácter excepcional del proceso de amparo lo impide (artículo 5°.2, CPC). Por ello, el juez constitucional debe valorar que el amparo no sea un recurso directo contra resoluciones expedidas en otro proceso, ni se utilice luego de haber prescrito la acción judicial, ni sea un recurso adicional que cree una cuarta instancia, ni sirva contra providencias cautelares de otros procesos.¹²
- i) Procede cuando se hayan agotado las vías previas y no existan otros medios idóneos de defensa judicial que protejan los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto dichos jueces y tribunales ordinarios y/o administrativos están también obligados a cumplir la Constitución. Por ello, procede el amparo sólo cuando esos otros procesos o procedimientos no sean eficaces para tutelar los derechos afectados inconstitucionalmente, incluso dentro de un debido proceso formal.
- j) Existen determinadas excepciones al agotamiento de la vía previa, tales como: 1) si una resolución administrativa, que no sea la última en esta vía, es ejecutada antes de vencerse el plazo para quede consentida; 2) si el agotamiento de la vía previa conlleva a que la afectación del derecho fundamental a tutelar pudiera convertirse en irreparable; 3) si la vía previa no se encuentra regulada o el demandante recurrió a ella sin que sea necesaria; y 4) si no se resuelve la vía previa dentro de los plazos preestablecidos para su resolución (artículo 45° y 46°, CPC). En tal sentido, el agotamiento de la vía previa queda relegado a una condición de innecesario, siempre condicionado a que se trate de evitar un daño irremediable, que se caracterice por ser inminente, urgente, grave e impostergable.¹³ Finalmente, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, el juez debe preferir dar trámite a la demanda de amparo (art. III y 45°, CPC).

¹² Joan Oliver Araujo: *El recurso de amparo*. Palma: Facultad de Palma de Mallorca, 1986, pp. 237-240.

¹³ Cerdón Moreno: o. cit., pp. 64-78.

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

Las características del proceso de amparo ponen de manifiesto la posición tutelar de los derechos fundamentales, al consagrar este proceso como una emanación de la tutela de la dignidad de la persona humana. Ello es así en la medida en que ésta constituye un principio constitucional y un derecho fundamental que se traduce en que “la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, según se ha consagrado en el artículo 1° de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional es la máxima instancia judicial para conocer y resolver las resoluciones denegatorias del proceso de amparo, y a través de este proceso puede declarar la inaplicación de una norma legal o la nulidad de un proceso judicial siempre que se hayan violado derechos fundamentales que protege, en particular, el derecho a la tutela procesal y al debido proceso, de conformidad con los artículos 139°-3 y 200°-2 de la Constitución.

2.2.4. *Proceso de amparo contra normas*

La relativa novedad que trajo la Constitución de 1993 es que la acción de amparo no procede contra las normas legales, disposición que ya se encontraba recogida, *a contrario sensu*, en el artículo 3° de la ley n° 23.506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la cual señalaba: “Las acciones de garantías proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento”. Así también lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso de la Telefónica.¹⁴

Sobre ese supuesto, si bien no cabe postular una acción de amparo directamente contra una norma legal, en cambio sí cabe accionarla contra los actos violatorios de los derechos fundamentales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dicha norma. De modo que el impedimento constitucional se refiere a interponer una ac-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 1124-2001-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima.

ción de amparo contra una norma legal en abstracto —*abstrake Normenkontrolle*— y no a interponerla contra los efectos particulares de una norma —*Verfassungsbeschwerde*— o cuestionarla en vía incidental en un proceso judicial ordinario —*konkrete Normenkontrolle*.¹⁵

Sin embargo, la práctica legislativa ha dado lugar a la dación de leyes que no siempre emanan de un procedimiento regular, ni responden al principio de la generalidad, abstracción, impersonalidad y atemporalidad propio de una norma legal, muchas veces debido a las exigencias propias del Estado social contemporáneo o de la mala praxis legislativa de legislar situaciones o a personas particulares —directa o indirectamente—.¹⁶ Por el contrario, en las últimas décadas los gobiernos han entendido que necesitaban de leyes-medida o concretas, con destinatarios particulares y de aplicación inmediata.¹⁷ Este hecho ha afectado derechos fundamentales, incluso sin necesidad de que medien actos materiales de ejecución de las normas legales.

Así, pese a que estas leyes-medida pueden afectar derechos fundamentales de una persona, ésta no puede interponer una acción de inconstitucionalidad, ya que no tiene legitimidad procesal activa para demandar, directamente, la inconstitucionalidad de dicha ley, salvo que reúna cinco mil firmas, de conformidad con el artículo 203° 5 de la Constitución. Esto plantea la cuestión de la procedencia o no de la interposición de una acción de amparo contra una ley de contenido particular, admitida en el derecho constitucional comparado.¹⁸

Al respecto, cabe recordar el uso y abuso gubernamental en la afectación del derecho fundamental a la propiedad, a través de leyes, como lo fueron los casos de las leyes de expropiación en favor del Club Yurimaguas o la expropiación de un predio en Chanchamayo, normas que fueron incoadas por inconstitucionales por el fisco de la Nación y resueltas por el ex Tribunal de Garantías Constitucionales. También, tenemos los casos de los decretos-leyes dictados durante el gobierno de facto en 1992, mediante los cuales se destituyó a magistrados judiciales y demás funcionarios; en esa misma situación se encuentran los decretos-leyes que resolvieron, legis-

¹⁵ Francisco Fernández Segado: “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado: *La Constitución peruana de 1993*, Lima: Grijley, 1994, pp. 102-103.

¹⁶ Pedro Cruz Villalón: “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 120-122.

¹⁷ Carlos De Cabo Martín: *Contra el consenso, estudio sobre el estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social*, México D.F.: UNAM, 1997, pp. 312 y ss.

¹⁸ Peter Häberle: “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JöR*, 45, 1997, p. 109. Existe traducción al castellano de C. Ruiz Miguel: Peter Häberle: “El recurso de amparo en el sistema germano-federal”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 252.

lativamente, contratos del Estado con particulares prohibiéndoles a los afectados la interposición de acciones de amparo.

No obstante, también existen ejemplos de leyes ordinarias dictadas por el Congreso que han afectado, legislativamente, a personas o entidades determinadas. Tal como sucedió con la intervención gubernamental de la Universidad Particular San Martín de Porres, el receso de la Universidad Privada Los Ángeles o la modificación de los contratos de estabilidad tributaria celebrados por empresas particulares con el Estado.¹⁹

No cabe duda de que la Constitución de 1993 impide, expresamente, la procedencia del amparo contra normas legales, pero dados estos ejemplos y otros casos, esta disposición debería ser interpretada restrictivamente, en tanto la ley tiene un valor democrático y constitucional que no puede ser vulnerado, por vías paralelas, mediante leyes-medida que vulneren derechos fundamentales de determinados ciudadanos o garantías institucionales de entidades protegidas por la Constitución.

Si bien la Constitución peruana ha tomado partido por una concepción formal de la ley, que hace depender su validez del órgano competente y el cumplimiento de los procedimientos pertinentes,²⁰ ello no garantiza que las leyes vayan a ser generales, abstractas e intemporales. Por el contrario, pueden vulnerar, como lo han venido haciendo, cualquier derecho fundamental de las personas, sin posibilidad de que los afectados puedan accionar, directamente, en la vía judicial contra ellas, a pesar que dichas leyes tengan un carácter personal, concreto y temporal.

Es claro entonces que no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente, mediante la acción de amparo, las leyes generales violatorias de la Constitución. Ello, sin embargo, no es óbice para que se pueda postular un proceso de amparo contra una norma legal autoaplicativa, es decir, aquella norma legal de contenido particular que no requiere actos de mediación reglamentarios o de otro tipo para vulnerar directamente derechos fundamentales. En este mismo sentido, se ha llegado a sostener en la doctrina que, al no existir un remedio judicial frente a la violación de derechos fundamentales mediante leyes autoaplicativas, “el recurso de amparo frente a ellas podría tutelar esa vulneración”.²¹ Cabe pre-

¹⁹ César Landa: “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1995, pp. 86-89; asimismo, Samuel Abad: “El amparo contra leyes”, en *LAC*, n° 3, Lima, 1994. p. 14.

²⁰ Javier Pérez Royo: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 83-84.

²¹ Manuel Aragón Reyes: “Problemas del recurso de amparo”, ponencia presentada en el *Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo*, organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003. en <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm>>.

cisar que la legitimidad procesal activa del afectado para postular una demanda contra leyes particulares sí existe en otras experiencias comparadas, incluso contra normas legales generales, como el amparo mexicano contra leyes.²²

Entre tanto, existen dos opciones procesales para afrontar este vacío normativo.²³ En primer lugar, la persona afectada podría interponer una acción de amparo, como control concreto, para que se inapliquen los actos derivados de la ejecución de la norma legal autoaplicativa, por ser violatoria de la Constitución; supuesto en el cual coincidirían la ineficacia con la invalidez de la norma. Lo que podría sustentarse en el principio de la posición preferente —*preferred freedom*— de los derechos fundamentales de la libertad sobre las leyes de carácter patrimonial más aún autoaplicativas. En segundo lugar, el defensor del pueblo puede, como uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad y encargado de proteger los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, plantear acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, a fin de salvar la indefensión en la que se encontraría la persona afectada.

2.2.5. *Proceso de amparo contra resoluciones judiciales*

El proceso de amparo procede contra las resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, esto es, afectando el acceso a la justicia y el debido proceso, salvo cuando dicha resolución ha sido consentida por el agraviado (artículo 4º, CPC). Si bien, la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada a que el proceso haya sido regular, es decir, conforme con el debido proceso legal, se da la excepción de la procedencia de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales.

Esto pone en cuestión las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; de ahí que se haya llegado a afirmar que una de las funciones del Estado, la jurisdicción, es ejercida simultáneamente y dentro del mismo ordenamiento, por dos órganos distintos (el complejo orgánico del Poder Judicial y el órgano único que es el Tribunal Constitucional), uno de los cuales, que por eso es propiamente supremo, controla la actuación del otro, siquiera sea sólo desde el punto de vista de su adecuación a la Constitución.²⁴

²² Jorge Carpizo, José Cossío y Héctor Fix-Zamudio: “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit., pp. 762 y ss.

²³ Antonio Cano Mata: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pp. 230-233; Oliver Araujo: o. cit., pp. 276-283 y 297-303; asimismo, Cascajo Castro y Gimeno Sendra: o. cit., pp. 110-112.

²⁴ Francisco Rubio Llorente: “El recurso de amparo”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 55.

Esto es posible únicamente cuando el proceso judicial se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de la tutela judicial y el debido proceso, no sólo formal o adjetivo, sino también que no haya sido llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo —esto es, de conformidad con leyes que sean incompatibles con la Constitución, que es lo mismo que decir no conformes con la tutela de los derechos fundamentales.

No obstante, se ha llegado a afirmar que “el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo [*sic*] tiene tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal”.²⁵ Sin embargo, corresponde al Tribunal Constitucional, por vía del amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando éstos hayan violado derechos fundamentales y, en particular, el debido proceso y el acceso a la justicia.

Ahora bien, como la violación de los derechos fundamentales se produce a través de una resolución del Poder Judicial, es del caso analizar la relevancia del control constitucional del Tribunal sobre la actuación judicial ordinaria; sobre todo porque los jueces constitucionales no son jueces encargados de tutelar la legalidad, sino la constitucionalidad.²⁶ Sin embargo, esta tarea constitucional también le compete, excepcionalmente, al juez común, cuando usa el control difuso para examinar la compatibilidad de una regla legal con la constitucional, según prevé el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución.

Pero es al Tribunal Constitucional al que le corresponde de pleno derecho examinar la resolución judicial elevada en revisión y apreciar la norma legal aplicada por el juez, cuando de su constitucionalidad depende la decisión final sobre la demanda de amparo, por cuanto una errónea o falsa aplicación o interpretación de ésta en el curso del proceso judicial puede haber afectado el derecho fundamental demandado.

Así, en un proceso de amparo contra una resolución judicial que haya aplicado una norma legal cuestionada en su legitimidad constitucional, el Tribunal Constitucional puede abordar la litis desde una línea jurisprudencial estricta o flexible, dada la doble función constitucional del amparo, ya sea como función subjetiva u objetiva.²⁷

²⁵ Domingo García Belaunde: “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”, en *LTC*, n° 6, Lima, 1991. p. 66.

²⁶ Oliver Araujo: o. cit., pp. 215-218.

²⁷ Martin Düwel: *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*. Baden.Baden: Nomos, 2000, pp. 247-261; asimismo, Sabine Hain: *Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002, pp. 130-135; aquí se postula el espinoso tema del amparo como un proceso de tutela de los intereses individuales o de realización de los fines del Estado; el cual la autora resuelve integrando ambas funciones en el doble carácter del amparo. Ello es un efecto reflejo del doble carácter de los derechos fundamentales, para los que tiene sentido su existencia.

Se produce una *interpretación estricta* del amparo cuando los jueces constitucionales examinan el derecho fundamental demandado con base en el expediente judicial ordinario y otorgan mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. Por esta tesis de la automoderación —*self restraint*— el amparo cumple una dimensión subjetiva, mediante la cual se tutelan situaciones concretas en que se hallan los particulares,²⁸ en función de lo cual el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Con estos actuados indiscutibles se pasa luego a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucional del derecho fundamental demandado.

Se postula una *interpretación flexible* del amparo cuando los jueces constitucionales adquieren plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso, realizando un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente —*judicial activism*—. Con base en la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo, que va más allá de los intereses particulares en juego, los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas); es decir, revisando y reformando constitucionalmente la actuación judicial concreta que sea necesaria con la finalidad de asegurar el orden constitucional objetivo.²⁹

Sin embargo, no es de extrañar que esta conducta procesal propia del activismo judicial sea objeto de controversia; ello debido a que esta corriente jurisprudencial puede terminar suplantando la actuación procesal ordinaria por una actuación procesal constitucional sin límites o con límites discrecionales muy difusos. Pero la solución a los excesos no se resuelve asumiendo una conducta jurisprudencial de autolimitación, sino revisando la actuación procesal ordinaria, cuando sea oportuna y necesaria, incluso hasta sus últimas consecuencias, en aras de tutelar o no el derecho fundamental demandado en vía del amparo.

Por ello, en la histórica sentencia del caso *Lüth*, de 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional Federal Alemán estableció que el Tribunal Constitucional debe examinar si el tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado *efecto de*

²⁸ Díez-Picazo (o. cit., pp. 30-33) fustiga las tesis del ex magistrado del Tribunal Constitucional español, Pedro Cruz Villalón, por sostener una concepción objetivista del amparo, en “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, o. cit., pp. 118-119.

²⁹ Pablo Pérez Tremps: “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en Cruz Villalón, López Guerra, Jiménez Campo y Pérez Tremps: o. cit., p. 124.

irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional.³⁰

A fin de realizar esta ponderada actuación extraordinaria, el Tribunal Constitucional debe asegurar un canon interpretativo para el control de constitucionalidad, que parta de precisar el objeto y la medida de la revisión del fondo y la forma del fallo judicial ordinario. Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de razonabilidad y coherencia y la medida debe ser materia de un examen de suficiencia.³¹

Por el *control de la razonabilidad* el Tribunal Constitucional asume competencia para revisar si objetivamente el proceso judicial es relevante para resolver el derecho constitucional subjetivo demandado de violación. Por el *control de coherencia o racionalidad* se debe examinar si el acto lesivo se vincula directamente con el proceso o decisión judicial impugnada. En el *examen de suficiencia*, en tanto, se analiza la intensidad o proporcionalidad que sea necesaria de revisión del proceso o una decisión judicial, a fin de cautelar el derecho fundamental.

Pero, el examen constitucional sobre el proceso judicial no sólo hace justificables los actos objeto de la controversia, sino también la aplicación de una norma legal, en tanto causa de la lesión judicial *in iudicando* o *in procedendo*. En el primer supuesto, para examinar si constitucionalmente existe una falsa o errónea aplicación o interpretación de la ley al caso concreto y, en el segundo supuesto, para verificar constitucionalmente si se han producido vicios adjetivos de procedimiento que afecten un derecho fundamental.

De ninguna manera es lo mismo examinar judicialmente los hechos lesivos que sostienen una demanda, que limitarse a enjuiciar si fue correcto o no el entendimiento de la ley por el juez. Si bien, en principio, las cuestiones de mera legalidad son materia de la jurisdicción ordinaria, mientras que las cuestiones constitucionales son materia de la jurisdicción constitucional, ello no debe llevar a olvidar que en la tutela de los derechos fundamentales se puede demandar tanto ante la justicia ordinaria como ante la justicia constitucional, subsidiariamente.

Así, pues, al Tribunal Constitucional no le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad, cuando no dependa de ellas, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado.³² Pero la jurisprudencia del propio

³⁰ BverfGG 7, 198.

³¹ Dados los problemas comunes del recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, véase Javier Jiménez Campo: "El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español", en Rubio Llorente y Jiménez Campo: o. cit., pp. 74-84.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 649-2002-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por Calcosza S.A. contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la acción de amparo. En este fallo, el Tribunal Constitucional recordó que "b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso, pues el acto concreto de aplicación se produjo con el cierre de partida, teniendo como fundamento el precitado artículo 171°. c) No es posi-

Tribunal Constitucional peruano ha sido constante en señalar que la verificación o no de las objeciones procesales y probatorias o el cumplimiento de los requisitos procesales no son materia que deba ser dilucidada en sede constitucional.³³

Entonces, si bien el proceso de amparo no habilita al Tribunal Constitucional a convertirse en una superinstancia judicial ordinaria, donde se revise el fondo y la forma de un proceso ordinario relativo a la tutela de derechos subjetivos de naturaleza legislativa, sí lo habilita, en cambio, para que, a través del proceso de amparo, adquiera plena jurisdicción, a fin de examinar en función de un canon de interpretación constitucional el fondo y la forma del asunto materia de la litis constitucional (artículo 41° y 42°, LOTC). Es decir, dada la denegatoria judicial del amparo, el Tribunal Constitucional adquiere competencia para revisar el proceso judicial ordinario, por vicios *in iudicando* o *in procedendo*, siempre que de ello dependa directamente la tutela del derecho fundamental demandado y a riesgo de convertirse en una instancia casatoria en esta materia.³⁴

Ello es así, por cuanto en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho constitucional alegado de los hechos que son materia de la controversia. Es decir que los magistrados constitucionales deben realizar un análisis constitucional tanto de la ley aplicable como de los actos procesales impugnados, más aún si la acción de amparo es el único medio idóneo de defensa de un derecho fundamental vulnerado por un proceso judicial que no haya sido eficaz para tutelarlos.

Por eso, dada la fuerza normativa de la Constitución, el supremo intérprete de la Constitución debe preferir las normas constitucionales sobre una disposición legal y/o una sentencia judicial, con lo cual cumple con su función de control de la Constitución (de conformidad con el artículo 201° de la Constitución) y el principio jurídico de la supremacía constitucional (de conformidad con los artículos 51° y 138°, segundo párrafo, de la Constitución), para lo cual, el Tribunal Constitucional debe demostrarlo a través de un *test* de la razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad esboza-

ble interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional y vulneratorio de los derechos de defensa y igualdad, conforme se ha sostenido en los fundamentos precedentes”.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n° 899-2000-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por don Manuel Espinoza García contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas cien, su fecha 31 de julio de 2000, que declaró improcedente la acción de amparo. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional declara que “se concluye que la presente acción de garantía no resulta idónea para los fines que se persigue de reajuste del monto de su deuda, por carecer de etapa probatoria necesaria para el esclarecimiento de dicha reclamación”.

³⁴ Dado el abuso del amparo, en España se ha llegado a debatir acerca de la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva del elenco de los derechos protegidos por el amparo constitucional. Véase al respecto Ángela Figueruelo: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, pp. 95-99; de otro lado, Rubio Llorente: o. cit., pp. 52-53.

do, en la medida que le permite, ponderadamente, valorar la validez de la sentencia judicial y/o la compatibilidad de la norma impugnada de inconstitucionalidad.

2.2.6. *Proceso de amparo y tutela procesal efectiva*

Resulta importante delinear los principios y derechos que tutelan un proceso judicial, toda vez que la mayoría de los procesos de amparo recaen contra resoluciones judiciales. En tal sentido, se puede señalar que en nuestro sistema constitucional se encuentran sentadas, enunciativamente, las garantías de un proceso litigioso, en función del cual toda persona tiene derecho a la tutela procesal efectiva, es decir, al debido proceso y al acceso a la justicia.³⁵

Si se parte de concebir que el Poder Judicial es, constitucionalmente, el organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, le corresponde entonces asegurar el derecho que reclamen los justiciables, para lo cual es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales básicos (artículo 4°, CPC). En virtud de ello, se pueden ejercer, enunciativamente, los siguientes principios y derechos implícitos o explícitos:³⁶

- a) *Derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional*. Es el derecho que permite acudir ante los jueces y tribunales para obtener de ellos una sentencia o mandato judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, el mismo que también es un deber porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, conforme lo establece el artículo 38° de la Constitución. En consecuencia, “si una ley incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] será una ley inconstitucional”.³⁷
- b) *Derecho a la libertad probatoria*. Se parte del supuesto de quien demanda debe probar, judicialmente su pretensión; así como el derecho a poder aportar, oportunamente, las pruebas que considere necesarias en un proceso.
- c) *Derecho de defensa*. Es el derecho de defenderse de la demanda, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho, a su vez, se descompone en el derecho a ser informado, inmediateamente y por escrito, de la demanda (artículo 139°.15 de la Constitución), a ser oído, a elegir al defensor, y en la obligatoriedad de contar con un defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el artículo 139°.4 de la Constitución.
- d) *Derecho a la igualdad sustancial en el proceso*. En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes: los

³⁵ Bandres Sánchez-Cruzats: o. cit., pp. 75-90.

³⁶ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de Derecho constitucional*, tomo 2, Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 340 y ss.

³⁷ Jesús González Pérez: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1984, p. 267.

abogados, el fiscal, el abogado de oficio. Ello, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2º-2 de la Constitución.

- e) *Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley.* Este derecho tiene que ver con que no se pueden crear tribunales ni juzgados de excepción ni parajudiciales. En esa medida, la creación previa de cualquier órgano jurisdiccional debe darse a partir de una ley del Congreso, la que debe establecer la competencia, jurisdicción e investidura —*tenure*— del juez o tribunal.³⁸ De ahí la necesidad de que, por un lado, no quepa su creación por un acto administrativo del Poder Ejecutivo, y, por otro, que la jurisdicción militar, comunal o arbitral deben estar sometidos, en última instancia, a la justicia ordinaria y constitucional. Es más, dada la especialidad de ellas, sus competencias y resoluciones deben interpretarse restrictivamente y en función de los derechos fundamentales.³⁹ En definitiva, el derecho al juez natural se expresa, no tanto en el juez competente o lugar, sino como aquel juez ordinario legalmente predeterminado por ley, ello en la medida en que, del juez natural, se infiere el derecho al juez imparcial.
- f) *Derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.* Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas; es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según lo dispone el artículo 139º.5 de la Constitución.
- g) *Derecho a acceder a medios impugnatorios regulados.* Aquí radica el derecho de recurrir razonablemente las resoluciones judiciales, mediante medios de impugnación suficientes y eficaces previstos en el ordenamiento, ante instancias superiores de revisión final. Para tal fin, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139º.6 de la Constitución. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las reso-

³⁸ Así, en sendas sentencias, en el caso *Calmell del Solar* (exp. n° 0290-2002-HC/TC) y *Bedoya de Vivanco* (exp. n° 1076-2003-HC/TC), el Tribunal Constitucional ha señalado, respecto del derecho al juez predeterminado por ley que, “por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139º, inciso 3, y 106º de la Constitución. “La predeterminación legal del juez significa, [...] que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, según las normas de competencia que se determine en la Ley”.

³⁹ Víctor García Toma: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998, pp. 543-461.

luciones denegatorias de los procesos de amparo, según el artículo 202°.2 de la misma Constitución.

- h) *Derecho a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos.* Este derecho está reconocido indirectamente en el artículo 139°.2 y 5 de la Constitución. Existe, en nuestro ordenamiento, doctrina, legislación y práctica judicial que entiende que la cosa juzgada, para que sea válida, tiene que haber sido arreglada y conforme al derecho.⁴⁰
- i) *Derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales.* Este derecho garantiza que, una vez que una resolución ha sido expedida, ésta debe ser ejecutada dentro de un plazo razonable. Cualquier dilación indebida que medie entre el momento de la expedición de la sentencia y su ejecución podría traer como consecuencia que la tutela que se pretende otorgar a un derecho carezca de objeto y oportunidad.
- j) *Derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.* El principio de legalidad procesal penal significa que, para que los tribunales puedan declarar la existencia de un delito e imponer una pena, deben ser realizados dentro del proceso penal previsto en las leyes,⁴¹ según dispone el artículo 2°.24.d de la Constitución.

2.2.7. *Proceso de amparo y medida cautelar*

Un tema que hacía, potencialmente, eficaz a la acción de amparo era la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordenara, judicialmente, la suspensión provisional del acto reclamado. Ello con el propósito de evitar que se consumara el daño, según disponía el artículo 31° de la ley n° 23.506.⁴² En efecto, la concesión de la medida cautelar con la demanda supuso que se adelantaba un juicio sobre la comprobación de un hecho que, si bien era discutido en el proceso del amparo, quedaba a resultas de una posterior y definitiva resolución. Ello siempre que, conforme al juicio interpretativo del magistrado, la demanda se hubiese interpuesto para evitar que se causara un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios a las personas y que dicha medida cautelar estuviese dirigida a impedir que el fallo definitivo terminara siendo inejecutable.⁴³

⁴⁰ Roger Zavaleta: “Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso”, ponencia al *I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. PUCP. Lima: Normas Legales, 1996, pp. 33-38.

⁴¹ AA.VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9ª ed., 2000, p. 14.

⁴² Al respecto revisar el modelo español asumido. Cf. Cano Mata, o. cit., pp. 357-363; asimismo, Juan Monroy Gálvez: “La medida cautelar en el proceso de amparo peruano”, en *LTC*, n° 3. CAJ, Lima, 1989. En la misma revista, véase, entre otros artículos sobre el tema, García Belaunde: “Las vueltas del amparo”, pp. 121-127.

⁴³ Monroy Gálvez: o. cit., pp. 109-112; Samuel Abad: “La medida cautelar en la acción de amparo”, en *Derecho*, n° 43-44, PUCP, Lima, 1991, pp. 409-414; asimismo, Víctor Julio Ortecho:

Sin embargo, en virtud del decreto-ley n° 25.433 se ha procedimentalizado la medida cautelar, disponiendo el traslado de la demanda cautelar a la otra parte, la intervención del fiscal, la apelación del auto concesorio en doble efecto y, finalmente, que la medida de suspensión ordenada no implique la ejecución de lo que es materia del fondo de la acción de amparo. Con esto, la eficacia e inmediatez del amparo quedaba cercenada desde entonces.

Esta anulación de la medida cautelar del amparo se debió al abuso judicial que se ha hecho de ella, pese a que esta medida no busca entorpecer la vigencia de las normas o la ejecución de las sentencias judiciales.⁴⁴ Aun cuando se haya hecho ese uso en materia de resoluciones judiciales y, de manera extraordinaria, para la inaplicación de leyes autoaplicativas e inclusive de proyectos de leyes, la medida cautelar pretende, únicamente, asegurar la protección antelada de un derecho fundamental.

Precisamente, esa pretensión ha llevado al legislador a regular, en el nuevo Código Procesal peruano (artículo 15°, CPC), la medida cautelar, si bien con algunas modificaciones más acordes con el carácter de tutela de urgencia propio de un proceso constitucional como el amparo. Es por ello que la expedición de la medida cautelar dentro del proceso de amparo se caracteriza por lo siguiente:

- a) Para su concesión se exige que concurren tres requisitos, a saber: 1) apariencia del derecho, 2) peligro en la demora, y 3) que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la tutela de la pretensión.
- b) Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo.
- c) Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.
- d) El juez, cuando conceda la medida cautelar, deberá considerar el límite de irreversibilidad; es decir, la medida cautelar nunca debe producir situaciones que luego no puedan ser dejadas sin efecto.⁴⁵
- e) La medida cautelar se extingue de pleno derecho siempre que la resolución que pone fin al proceso ha adquirido la calidad de cosa juzgada (artículo 16, CPC).

2.2.8. *Efectos de la sentencia*

En la medida en que el amparo otorga eficaz protección a los derechos fundamentales, cumple también un papel educativo para la sociedad, por cuanto los ciudadanos, al defender sus derechos, participan activamente en el fortalecimiento del

Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994, pp. 175 y ss.

⁴⁴ César Landa: *Teoría del derecho procesal constitucional.* Lima: Palestra, 2003, p. 133.

⁴⁵ AA. VV.: *Código procesal constitucional.* Lima: Palestra, 2004, p. 46.

Estado constitucional. Dicha responsabilidad recae tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, este último en tanto instancia final necesaria para realizar una protección objetiva de la Constitución en un proceso concreto.⁴⁶ De ahí que se haya previsto que las sentencias dictadas, dentro de un proceso constitucional como el amparo, por los jueces constitucionales tengan prevalencia sobre las de los otros órganos constitucionales (artículo 22°, CPC).

Sin embargo, la valoración objetiva del Tribunal Constitucional sobre la incompatibilidad de la norma legal con los derechos fundamentales demandados deriva en que los jueces ordinarios que resuelvan una causa similar deben interpretar de conformidad con esa decisión. Esto se debe a que “los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, según dispone la primera disposición general, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁴⁷

Es indudable que, en virtud de la reserva de ley, el legislador puede determinar en la norma legal el contenido de un derecho fundamental, pero, dado el carácter objetivo del amparo, los jueces pueden inaplicar dicha norma si consideran que en su cumplimiento se está violando el contenido esencial de un derecho fundamental directa o indirectamente protegido por el ordenamiento constitucional, de conformidad con el artículo 38 del CPC. Como la Constitución prevalece sobre la ley, los jueces del Tribunal Constitucional cautelan que las leyes y las sentencias de los jueces ordinarios sean válidamente constitucionales, es decir, que no deben vulnerar el principio jurídico de la supremacía constitucional.

Como la acción de amparo tiene por finalidad tutelar el derecho constitucional afectado, esto se logra a través de reponer las cosas al estado anterior de la violación constitucional (artículo 1°, CPC) o expidiendo residualmente una medida judicial innovadora en el caso que la reposición sea fácticamente imposible de obtener, que si bien no restituye el daño compense el derecho fundamental afectado.⁴⁸

Como las sentencias del Tribunal Constitucional tienen eficacia jurídica vinculante no sólo para el legislador, juez ordinario, funcionario, sino también entre los particulares —*Drittwirkung der Grundrechte*—, cualquier acto legislativo o decisión judicial no debe afectar ni rebajar lo resuelto por el supremo intérprete de la Consti-

⁴⁶ Cano Mata: o. cit., pp. 349 ss.

⁴⁷ Theodor Maunz, Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Gerhard Ulsamer et al.: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Múnich: C. H. Beck, 1995, pp. 10-21, donde se analiza el art. 31°.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el cual dispone que “las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, como a todos los Tribunales y autoridades administrativas”.

⁴⁸ Oliver Araujo: o. cit., pp. 344-358.

tución, sino asegurar que se respete dicho fallo, que es lo mismo que decir que se tutelen los derechos fundamentales; tarea propia de la jurisdicción constitucional que ubica a los magistrados entre el derecho y la política.⁴⁹

No obstante, la sentencia del amparo no instituye un nuevo régimen legal, por cuanto éste sólo puede ser modificado por una norma constitucional o legal del Congreso y el Tribunal Constitucional no es un órgano constituyente ni legislativo facultado para dictar normas constitucionales ni legales; sino que es un organismo judicial encargado de tutelar derechos fundamentales y, en consecuencia, de realizar el control constitucional de las normas legales. Lo cual, no obstante, no impide que el Tribunal Constitucional cuando resuelve una acción de amparo —o un hábeas corpus— pueda establecer positivamente una jurisprudencia vinculante (artículo VII, CPC), si de ella puede desprenderse principios de alcance general.⁵⁰

Finalmente, la estimación subjetiva del derecho demandado, si bien adquiere una estricta eficacia *inter partes*, de allí no se desprende un derecho subjetivo a demandar de terceros, sino que cada juez para resolver una nueva causa deberá valorar la identidad entre el acto lesivo, el derecho fundamental reclamado y las circunstancias de las partes. Tampoco correspondería interponer un contraamparo contra lo resuelto en amparo por un juez, debido a que, si bien el amparo tiene también una función objetiva, el proceso de amparo está concebido para tutelar derechos fundamentales concretos, no abstractos.⁵¹

3. A modo de conclusión

La dación del Código Procesal Constitucional constituye un aporte importante no sólo para el ordenamiento constitucional peruano, sino también para el fortalecimiento del Estado constitucional democrático y la afirmación del derecho procesal constitucional. Pero el aporte del Código también puede apreciarse en otro plano, lo cual quiere decir que el objetivo esencial del Código es contar con un conjunto normativo, sistemático y de regulación de los procesos constitucionales en orden a la efectiva protección de los derechos fundamentales.

En lo que concierne al proceso constitucional de amparo, cabe decir que el Código regula adecuadamente esta institución. Pero también debemos tener en cuen-

⁴⁹ Ernst Benda y Eckart Klein: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 1991, pp. 4-12; asimismo, Peter Häberle: "Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit", en Peter Häberle (comp.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 1-45, en especial pp. 14-15.

⁵⁰ Düwel: o. cit., pp. 45-46.

⁵¹ Francisco Caamaño: "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado 'contra-amparo'", en *REDC*, n° 47, CEC, Madrid, 1996, pp. 125-153, en particular 141-143; asimismo, Cruz Villalón: o. cit., pp. 14-15.

ta que las normas no crean realidades; por ello, la idoneidad de la actual regulación del proceso de amparo no sólo depende de las innovaciones introducidas, sino también, y creemos que en mayor medida, de la prudencia y sensatez tanto de los jueces como de los propios ciudadanos. De ahí que la primera responsabilidad recae en el juez de amparo, quien deberá evaluar la procedencia o improcedencia del amparo, en cada caso concreto, a partir de la consideración de que el amparo es un proceso residual o excepcional de protección de los derechos fundamentales y que la vía ordinaria o común de protección de tales derechos es la vía judicial.

De hecho, las bases están asentadas para su buen funcionamiento, pero sería muy aventurado decir que ello solucionará, de una vez por todas, las serias distorsiones en que el amparo está subsumido todavía.

Lima, setiembre de 2004.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel: “Problemas del recurso de amparo”. Ponencia presentada en el *Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo*, organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003. En <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm>>.
- AA. VV.: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9ª ed., 2000.
- AA. VV.: *Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra, 2004.
- ABAD, Samuel: “El amparo contra leyes”, en *LAC*, n° 3, Lima, 1994.
- “La medida cautelar en la acción de amparo”, en *Derecho*, n° 43-44, PUCP, Lima, 1991.
- BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 1992.
- BENDA, Ernst, y Eckart KLEIN: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- CAAMAÑO, Francisco. “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado ‘contra-amparo’”, en *REDC*, n° 47, CEC, Madrid, 1996.
- CANO MATA, Antonio: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.
- CARPISO, Jorge, José COSSÍO y Héctor FIX-ZAMUDIO: “La jurisdicción constitucional en México”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- CASCAJO CASTRO, José, y Vicente GIMENO SENDRA: *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1984.
- CHIRINOS SOTO, Enrique, y Francisco CHIRINOS SOTO: *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Nerman, 1994.
- CORDÓN MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- “Sobre el amparo”, en *REDC* N.º 41, CEC, Madrid, 1994.
- DE CABO MARTÍN, Carlos: *Contra el consenso. Estudio sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social*. México D. F.: UNAM, 1997.

- DIEZ-PICAZO, Luis María: “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, en *REDC*, n° 40, CEC, Madrid, 1994.
- DÜWEL, Martin: *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*. Baden Baden: Nomos, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado: *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Grijley, 1994.
- FIGUERUELO, Ángela: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”, en *LTC*, n° 6, Lima, 1991.
- “Las vueltas del amparo”, en *LTC*, n° 3. CAJ, Lima, 1989.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998.
- GARCÍA TORRES, Jesús, y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1984.
- HÄBERLE, Peter. “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JöR*, 45, 1997.
- “El recurso de amparo en el sistema germano-federal”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.
- “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Peter Häberle (comp.): *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- HAIN, Sabine: *Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht*. Baden Baden: Nomos, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier y Francisco RUBIO LLORENTE: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- LANDA, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2ª ed., 2003.
- *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra, 2003.
- “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1995.
- MAUNZ, Theodor, Bruno SCHMIDT-BLEIBTREU, Franz KLEIN, Gerhard ULSAMER et al.: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Múnich: C. H. Beck, 1995.

- MONROY GÁLVEZ, Juan: “La medida cautelar en el proceso de amparo peruano”, en *LTC*, n° 3, CAJ, Lima, 1989.
- OLIVER ARAUJO, Joan: *El recurso de amparo*. Palma: Facultad de Palma de Mallorca, 1986.
- ORTECHO, Víctor Julio: *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994.
- PÉREZ TREMPES, Pablo: “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en Pedro Cruz Villalón, Luis López Guerra, Javier Jiménez Campo y Pablo Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de setiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: “El recurso de amparo”, en Javier Jiménez Campo y Francisco Rubio Llorente: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- *Derecho procesal constitucional 3. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1988.
- “La codificación del derecho procesal constitucional”, en *Themis. Revista de Derecho*, n° 43, Segunda época, Lima, 2001.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- ZAVALETA, Roger: “Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso”, ponencia al *I Congreso Nacional de Derecho Procesal*. PUCP. Lima: Normas Legales, 1996.