

La institución del amparo y su accidentada trayectoria en la protección de los derechos fundamentales

Norbert Lösing*

1. Introducción

En la concepción occidental, el punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal son el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida terrenal. Promoverlos es precisamente el porqué del Estado, el fundamento que lo legitima. Los derechos fundamentales son la respuesta del derecho constitucional, y más recientemente también del derecho internacional público, a la necesidad de protección del individuo frente al poder del Estado, de la comunidad y de otros individuos. Como parte del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales limitan dichos poderes y generan también expectativas positivas (de prestación).

Ferrajoli propone la siguiente definición formal del concepto de derechos fundamentales:

Son derechos fundamentales todos aquellos *derechos subjetivos* que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *estatus* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma

*Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Socio del estudio de abogados Sieper & Lösing en Lüneburgo, Alemania.

¹ L. Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de A. Ibáñez y A. Greppy, Madrid, 1999, p. 37.

jurídica; y por *estatus* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹

A esta definición formal le añaden cuatro tesis, de las cuales para fines de este ensayo en especial la cuarta es la más importante y tiene que ver con la relación entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión. Ferrajoli llama a estas obligaciones y prohibiciones *garantías primarias*. Como *garantía secundaria* define la obligación de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos, es decir a las *garantías primarias*.² Independientemente de su tesis de la relación entre ambas garantías y el efecto de la existencia de las segundas sobre la calidad de derechos de las primeras, no hay lugar a dudas de que la vigencia real de las *garantías primarias* depende de la existencia de *garantías secundarias* adecuadas y efectivas. Un derecho reconocido formalmente pero no exigible en la práctica, es decir no justiciable, desde el punto de vista dogmático puede seguir siendo un *derecho*; desde el punto de vista de la persona afectada es simplemente una promesa incumplida o una ilusión de derecho. En efecto, los derechos fundamentales no pretenden abrirle camino a una ilusión o a un sueño, sino a un proyecto de vida real y concreto. No basta por ello la enumeración de los derechos fundamentales o de las garantías primarias en un texto legal, por ejemplo la Constitución, para que estos obtengan vigencia. La Constitución y los derechos fundamentales enumerados en ella no se agotan en una *declaración*. La Constitución es norma jurídica, es derecho, y, por ende, vincula a los poderes públicos y a los particulares, obliga, debe ser aplicada y es aplicable, tiene que funcionar, ha de encarnarse en la realidad sociológica de las conductas humanas.³

En línea con el punto de partida definido por Hans Kelsen,⁴ según el cual un derecho subjetivo es *un mero reflejo de una obligación jurídica*, Germán J. Bidart Campos indica en su enumeración de los muchos aspectos necesarios para hacer efectiva una Constitución (y con ello los derechos fundamentales enumerados en ella) como el más importante la necesidad de que hayan mecanismos aptos de defensa de la Constitución y controles suficientes para vigilar que se cumpla y no se viole.⁵ La institución del amparo es uno de estos mecanismos imprescindibles, uno de los puentes entre el texto constitucional y la realidad social.

No es de extrañar entonces que el derecho de amparo, en su concepción histórica contemporánea como garantía constitucional para la protección de los derechos fundamentales, que según Héctor Fix-Zamudio nació en México en el siglo XIX, haya

² L. Ferrajoli: *Derechos y garantías...*, o. cit., p. 42.

³ G. J. Bidart Campos: «La fuerza normativa de la Constitución», en: G. J. Bidart Campos y N. P. Sagüés (eds.): *El amparo constitucional, perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, 1999, p. 1.

⁴ H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, trad. de J. R. Vernengo, México, 1979, p. 141.

⁵ G. J. Bidart Campos: «La fuerza normativa de la Constitución», o. cit., p. 2.

tenido una expansión significativa durante el siglo xx.⁶ A nivel internacional encuentra fundamentos en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de manera genérica también en el artículo 2 fracción tercera del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (mención a un «recurso efectivo») y en el artículo 25 de Pacto de San José de Costa Rica. Adicionalmente ha sido acogido en numerosos ordenamientos en América Latina a nivel constitucional y legal.

En Alemania, el recurso constitucional de amparo ha tenido una singular historia de éxito a partir de la Ley Fundamental de 1949. Convierte al Estado constitucional de la Ley Fundamental en *Estado de derechos fundamentales*, de modo que frecuentemente se deciden cuestiones básicas por la vía del artículo 93, párrafo 1, núm. 4.⁹ de la Ley Fundamental en grandes sentencias y así el amparo constitucional queda profundamente anclado en la conciencia cívica.⁷ El dicho popular «y si es necesario, acudiré hasta Karlsruhe para que se cumplan mis derechos» (Karlsruhe es la sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán), refleja el papel que el amparo constitucional ha asumido en Alemania como instrumento efectivo y confiable de protección de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el relativo «éxito» de la institución del amparo, muchas veces celebrado en la doctrina constitucional y procesal constitucional, va acompañado de la necesidad de analizar el funcionamiento real de dicho instrumento. No podemos obviar que en el mismo México han surgido fuertes críticas al funcionamiento indicando que «el juicio de amparo mexicano se encuentra atrasado, rezagado y no responde a las necesidades del derecho moderno y de la sociedad contemporánea de nuestro país (México)».⁸

2. Orígenes, antecedentes y desarrollo de la institución del amparo. Los ejemplos de México, Brasil y Argentina

La institución del amparo, en sus diversas ramificaciones actuales, es el resultado de un largo proceso. En especial, el clásico *amparo libertad* puede ser calificado como una variante del hábeas corpus, denominación usada actualmente todavía en muchos ordenamientos latinoamericanos para definir el instrumento de protección de la libertad personal. Como antecedentes remotos del amparo se suelen mencionar el interdicto pretoriano de *homine libero exhibendo* y el *intercessio tribunicia* del derecho romano.⁹ En la Edad Media resaltan los Fueros de Aragón y en especial el Privilegio General otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la

⁶ H. Fix-Zamudio: Nota preliminar en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (eds.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2006.

⁷ P. Häberle: «El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania»; traducción de J. Brage Camazano, en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor, o. cit., p. 727.

⁸ A. Zaldívar Lelo de Larrea: «Hacia una nueva ley de amparo», en: Ferrer-Mac-Gregor, E. (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 282.

⁹ E. Ferrer Mac-Gregor: *La acción constitucional de amparo en México y España*, 2.^a edición, México, 2000, pp. 4 ss., con numerosas citas.

condición de fuero, por Pedro IV, en 1348.¹⁰ Este Privilegio General contemplaba derechos fundamentales y libertades públicas del gobernado, especialmente en relación con la libertad personal. Se incorporaron nuevas leyes de carácter general y se establecieron diferentes medios de índole procesal para frenar abusos, excesos y arbitrariedades del rey; es decir, se establecieron mecanismos para salvaguardar los derechos fundamentales y libertades señalados en el propio Fuero. La acción se interponía ante la máxima autoridad judicial, el así denominado Justicia Mayor. Con ello, el Justicia Mayor del Reino de Aragón se convirtió en un auténtico «juez de constitucionalidad». Otro antecedente¹¹ famoso es el Habeas Corpus Act de 1679 en Inglaterra, que por su contenido regulativo ha sido denominado un proceso constitucional.¹² Finalmente, nuevas investigaciones realizadas en América Latina permiten nombrar como antecedente del reconocido amparo mexicano al amparo colonial que se utilizó en la Nueva España desde el siglo XVI.¹³

2.1. México

En México, la institución del amparo ha tenido un singular desarrollo desde el famoso artículo 53 de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, elaborado por Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. Dicho artículo rezaba:

Corresponde a este tribunal [la Corte Suprema de Justicia] reunido: 1.º Amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte que procediere.

Posteriormente, el amparo se redactó con la colaboración de Mariano Otero en el congreso constituyente, sobre el artículo 25 del Acta de Reformas 1847, con lo que se estableció el juicio de amparo en México a nivel federal, para después plasmarse en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857 y sesenta años más tarde en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualmente vigente en dicho país.

En México, el amparo se ha convertido en una suerte de *recurso general* y, a pesar de sus bondades, en una fuente de conflictos y de sobrecarga del Poder Judicial. Una de las transformaciones más importantes que sufrió el amparo en ese país fue la introducción del juicio de amparo contra sentencias judiciales por la incorrec-

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ Algunos autores le han otorgado el calificativo de origen del amparo, así por ejemplo, I. Vallarta, citado por D. García Belaunde: «El amparo colonial peruano», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 966.

¹² N. P. Sagüés: «Los desafíos del derecho procesal constitucional», en: V. Bazán (ed.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, p. 22.

¹³ D. García Belaunde: «El amparo colonial peruano», o. cit., p. 966.

ta aplicación de la ley secundaria,¹⁴ cerrando el paso a otros instrumentos legales (como la casación) dentro de los ordenamientos procesales ordinarios. De esta forma, el juicio de amparo mexicano ha modificado su propósito original de tutelar exclusivamente los derechos fundamentales de carácter constitucional contra leyes o actos de cualquier autoridad, en un conjunto complejo de procesos, que tutela todo el orden jurídico nacional, por lo que comprende dos sectores importantes, uno de carácter estrictamente constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte, y otro que implica el control de la legalidad, que se atribuye actualmente a los tribunales colegiados de circuito. El amparo, con decisiones cuya validez se limitan al caso concreto, lo cual, por ejemplo en materia tributaria conlleva a una repetición masiva de procedimientos de contenido similar, parece asfixiar al sistema judicial mexicano, sin que las recientes propuestas de reforma hayan realmente contribuido a solucionar los conflictos existentes.

2.2. Brasil

En otros países durante el siglo XIX y principios del siglo XX el mecanismo aplicado para la protección de los derechos fundamentales fue el hábeas corpus. En América Latina, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron ampliando el ámbito de protección del hábeas corpus. Así, por ejemplo, en Brasil, el artículo 72 inciso 22 de la Constitución de 1891 que contenía el hábeas corpus fue interpretado de forma extensiva, ampliando la tutela a otros derechos siempre y cuando se vincularan a la libertad individual. En la reforma constitucional del año 1926, el constituyente redujo el hábeas corpus nuevamente a un instrumento de protección de la libertad de movimiento, privando así a los otros derechos fundamentales de un instrumento de protección efectivo. Con anterioridad se intentó mediante ley ordinaria, la ley 221 del 20.11.1894, establecer una institución que tuviese la finalidad de proteger los otros derechos individuales (excluyendo el de la libertad de circulación, protegido por el hábeas corpus). En dicha ley se reguló el artículo 13, por el que se instituyó una *acción anulatoria de actos de la Administración* destinada a impugnar actos ilegales o abusivos de la autoridad mediante un procedimiento sumario que proporcionaba, a requerimiento del actor, la suspensión del acto impugnado.¹⁵ Pero este instrumento no produjo resultados satisfactorios, por lo que los abogados, ante la necesidad de defender los derechos de sus clientes, vulnerados por la Administración, intentaron otros procedimientos, como la posesión de los derechos personales, interdictos posesorios y, nuevamente, el mismo hábeas corpus. Fue la doctrina y la jurisprudencia la que allanó el camino hacia la creación de un recurso específico para la protección de los derechos fundamentales, ampliando en un primer paso

¹⁴ H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor: «El derecho de amparo en México», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (eds.), o. cit., p. 468.

¹⁵ J. A. Da Silva: *El mandamiento de seguridad en Brasil*, trad. de A. L. Santana y A. Anaya Huertas, en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac Gregor (ed.), o. cit., p. 125.

el ámbito de aplicación del hábeas corpus¹⁶ y creando un instrumento denominado *mandado de proteçao*, y posteriormente, a partir de la Constitución de 1934, *mandado de segurança* ('mandamiento de seguridad'). Este instrumento, al cual han sido añadidos otros como el hábeas data o el recurso extraordinario, ha tenido un desarrollo en las sucesivas Constituciones brasileñas y actualmente el mandamiento de seguridad individual está regulado en el artículo 5, LXIX de la Constitución de 1988. El texto reza de la siguiente forma:

Se concederá el mandamiento de seguridad para proteger el derecho determinado y cierto, no amparado por hábeas corpus o hábeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuera autoridad pública o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público.

De esta forma, los derechos tutelados por el mandamiento de seguridad son *los derechos determinados y ciertos*; entran en esa categoría todos los derechos fundamentales, pero no está limitado a estos.

2.3. Argentina

En Argentina, a nivel federal, el recurso de amparo no se acogió al texto constitucional hasta el año 1994. Sin embargo, en opinión de la jurisprudencia y la doctrina dominante, este se derivaba del artículo 33 de la Constitución de 1853, en el que se establecía la validez de los derechos fundamentales normados y no normados. De acuerdo con la Corte Suprema de Argentina, esa regla contenía de manera implícita una garantía de protección de los derechos fundamentales y por tanto la posibilidad de su reconocimiento judicial. Las numerosas Constituciones provinciales de la Argentina a principios del siglo xx previeron y prevén expresamente el recurso de amparo.¹⁷ Al igual que en el Brasil, durante largo tiempo se discutió en el ámbito nacional si el reconocido recurso de hábeas corpus también era apropiado para la protección de otros derechos fundamentales (además de la libertad física). En 1957, en el conocido caso *Siri, Angel S.*, la Corte Suprema, ante la clausura de un periódico durante un régimen militar, constató la lesión al derecho constitucional de libertad de imprenta y de trabajo; aclaró que la acción intentada no era la de hábeas corpus, y sentó la tesis trascendente de que:

[...] basta esta comprobación inmediata (la de la violación de los derechos fundamentales invocados) para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en con-

¹⁶ Son famosos en este contexto los *writs* interpuestos por Rui Barbosa (HAC 4781, de 5.4.1919 y HC 3536) contra actos del jefe de Policía del Distrito Federal, que prohibió la publicación del discurso del senador Rui Barbosa en protesta al acto gubernamental que prorrogaba el estado de sitio. El propio Rui Barbosa pidió el *writ* alegando haberse violado el derecho constitucional de publicarse sus discursos por la prensa donde y cuando fuera conveniente. Por sentencia de 5.6.1914, el Supremo Tribunal Federal del Brasil concedió la orden. Véase: J. A. Da Silva: *El mandamiento...*, o. cit., p. 126.

¹⁷ En Argentina existen veinticinco órdenes jurídicos diferentes en materia de amparo: el nacional, los correspondientes a cada una de las veintitrés provincias y el relativo a la Ciudad de Buenos Aires.

trario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.¹⁸

En 1958, en otra histórica decisión en el caso *Kot SRL*, la Corte Suprema admitió el recurso de amparo, bajo el cumplimiento de determinados presupuestos, no solo en casos de la violación de derechos fundamentales por el poder público, sino también por particulares. En esta sentencia, la Corte Suprema declaró lo siguiente:

[...] Siempre que exista de manera ostensible y evidente una restricción ilegal de cualquier derecho fundamental y que con la remisión a otro proceso judicial o a un proceso administrativo se pueda causar un daño irreparable, es función del juez por la vía del amparo, restablecer o proteger el derecho lesionado [...]. Ni el tenor ni el espíritu de la Constitución permiten suponer que los derechos humanos —pues estos son los derechos fundamentales de las personas— sean protegidos solo cuando exista una violación por parte del poder público. [...] La protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución no se garantizaría en suficiente medida si se desconociera la realidad actual en la que existen consorcios, sindicatos, asociaciones de profesionales y grandes firmas. Que no solo están en capacidad de hacerle frente al poder estatal, sino también de amenazar o violar los derechos fundamentales de los individuos. [...] Para garantizar la protección constitucional no es decisivo el hecho de si la violación de los derechos fundamentales se llevó a cabo por el poder público o por particulares. Tampoco es decisiva la fuente de la violación ilegítima del derecho fundamental, sino el derecho fundamental mismo, que es el que debe ser protegido.¹⁹

Con esta decisión la Corte Suprema argentina fue el primer tribunal en Latinoamérica en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, y ello en forma de una eficacia directa. Lo que por regla general ha sido celebrado en la doctrina como un hito en la evolución de la institución del amparo,²⁰ por el otro lado puede haber sido la semilla de aquella «enfermedad» que los críticos han denominado «amparitis» o «tutelitis». En efecto, ya dos de los cinco magistrados de la Corte Suprema argentina, que intervinieron en la sentencia, habían votado en contra de la opinión acogida por sus tres colegas. Sin poner en duda la existencia y necesidad de la institución del amparo, ellos querían reducir su ámbito de aplicación a la protección de los derechos fundamentales frente a intervenciones del poder público. En cambio, a partir de entonces, el recurso de amparo contra particulares fue declarado procedente en casos de una evidente y ostensible violación de los derechos fundamentales, cuando la realización de otro proceso ante los tribunales ordinarios por falta de recursos efectivos condujese a un daño irreparable.

¹⁸ CSJN, *Fallos* 239/459.

¹⁹ CSJN, *Fallos* 241/291.

²⁰ N. P. Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, tomo 3. «Acción de amparo», Buenos Aires, 1995, p. 13.

A pesar de que los magistrados de la Corte Suprema argentina habían exhortado en su sentencia de manera expresa a una aplicación reservada del recurso de amparo, su decisión condujo a una profusión de dicho recurso. Esto ya lo habían anunciado los críticos de la sentencia, que temían una constitucionalización de los conflictos de derecho privado.²¹ Mientras sin duda los derechos fundamentales deben tener validez efectiva, es cuestionable si dicha efectividad necesariamente se debe garantizar en todos los casos y en cualquier momento por vía de un instrumento directo de control de constitucionalidad de un acto. Especialmente en las relaciones entre particulares, la filigrana de regulación desarrollada en las distintas áreas del derecho material a veces se ve reducida a una ponderación básica y simple de intereses, reflejados de forma más o menos clara en algún derecho fundamental. No en vano la Corte Suprema exigió un daño irreparable y la falta de otros instrumentos. La actual ley 16986 en su artículo 2 aclara que el amparo en Argentina no es admisible *cuando existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional* de que se trate. Si esta exigencia se interpreta de forma literal, el amparo no tendría cabida en el ordenamiento argentino, si las leyes cumplieran con las exigencias constitucionales y los ordenamientos procesales ordinarios o administrativos conocieran instrumentos efectivos. Visto así, el amparo sería el *parche* de las deficiencias de los ordenamientos procesales.

A través de la sentencia *Kot SRL*, en Argentina se confirmó la existencia del recurso de amparo, que no se encontraba previsto expresamente en la Constitución. Posteriormente, el amparo fue reglamentado en el artículo 43 de la Constitución, que reza de la siguiente forma:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

La exigencia de la «falta de otro medio judicial más idóneo» abre nuevamente espacio a discusiones sobre la efectividad e idoneidad de los instrumentos previstos en los ordenamientos procesales ordinarios. Si estos fueran idóneos, no se preciaría del amparo. La exigencia tampoco es comparable con la necesidad de agotar la vía judicial antes de poder acudir al amparo, como sucede, por ejemplo, en Alemania. El amparo argentino (igual que en otros ordenamientos latinoamericanos) por ello no solo es un instrumento de protección de los derechos fundamentales, sino que puede ser también una «llave inglesa» del derecho procesal, sustituyendo o desplazando los instrumentos específicos que están o deberían estar previstos en las leyes procesales ordinarias.

²¹ R. Bielsa: «Los recursos judiciales y los actos de autoridad. Garantías constitucionales y su protección (sobre el recurso de amparo)», en: *La Ley*, 94-836.

3. Desarrollos alternativos del instrumento de amparo constitucional. Los casos de Colombia, Guatemala y Costa Rica

América Latina ofrece un panorama muy variado de sistemas de control de constitucionalidad y con ello tanto desarrollos comunes como individuales de los distintos instrumentos de control. Igualmente se detectan tanto sistemas difusos como sistemas concentrados de control de constitucionalidad, con un número de sistemas intermedios que se alimentan de ambas fuentes. En dichos sistemas intermedios se observa una cierta especialización de la jurisdicción constitucional al haberse creado salas y tribunales constitucionales con competencias que cubren también y con variada intensidad aspectos del instrumento del amparo constitucional. Finalmente también existen sistemas que han sido denominados «sistemas concentrados en grado máximo».

3.1. Colombia

En Colombia, el instrumento judicial que corresponde directamente a las instituciones del derecho de amparo es el de la denominada *acción de tutela regulada* en los términos del artículo 86 de la Constitución de 1991 y desarrollada por el decreto 2591 de 1991. La inclusión de la acción de tutela se fundamentó inicialmente, en el marco de un amplio y pacífico consenso, en la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales con instrumentos procesales específicos y directos diferentes de los que pertenecían a la tradición jurídica nacional.²² Esta conocía procedimientos como, por ejemplo, el hábeas corpus, la suspensión provisional de los actos administrativos por razones constitucionales o legales en caso de evidente y clara violación al ordenamiento superior, la acción de nulidad de actos administrativos ilegales o inconstitucionales, y los amparos policivos de la posesión de bienes inmuebles, todos ellos instrumentos que hasta cierto punto se aproximan a las instituciones del derecho de amparo. Al contrario de los otros países latinoamericanos, en Colombia no se hizo eco la idea de un instrumento procesal autónomo y directo de protección específica de los derechos constitucionales hasta que surgió la acción de tutela en 1991.

El artículo 86 de la Carta Política de 1991 dispone que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

²² J. C. Ortiz Gutiérrez: «La acción de tutela en la Carta Política de 1991», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac Gregor (eds.), o. cit., pp. 213 ss.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Este «novedoso» instrumento resultó ser el «arma más afilada del arsenal del derecho constitucional colombiano».²³ Solo en los primeros doce años de existencia de la acción de tutela, se han tramitado más de un millón doscientas mil demandas y procesos. El proceso es sencillo y puede ser iniciado prácticamente ante cualquier juez que se encuentre subordinado a una instancia superior (con excepción de los jueces militares),²⁴ aunque habrá que tener en cuenta las nuevas reglas para el reparto de las causas y los expedientes previstas en el decreto 1382, del año 2000. Cabe resaltar que en Colombia la acción de tutela no procede contra actos generales y menos contra las leyes o actos administrativos de carácter general. El decreto 2591 de 1992 advierte que la acción de tutela procede contra actos de carácter particular, personal y concreto de las autoridades públicas y no contra disposiciones de orden general, impersonal y abstracto como las leyes, ni contra los reglamentos administrativos de carácter general, pues contra ellos proceden las acciones de inconstitucionalidad y de nulidad.²⁵ En su sentencia C-543/92, la Corte Constitucional cerró en principio la posibilidad de una tutela en contra de sentencias judiciales y se apoyó para tal efecto ante todo en los argumentos del constituyente, el principio *non bis in idem* y el principio de la seguridad jurídica, que se resquebrajarían si las sentencias pudieran ser revocadas a través de un proceso de tutela.²⁶ Sin embargo, ya en esa sentencia la Corte Constitucional estableció excepciones en las cuales la tutela sería procedente contra decisiones judiciales, desarrollando la doctrina de las «vías de hecho». De acuerdo con esta doctrina, aquellas decisiones son revisables por vía de la tutela, que han sido expedidas por tribunales o jueces que carecían de competencia para ello o que son abiertamente inconstitucionales y arbitrarias.²⁷ Concretando el contenido de la doctrina, la Corte Constitucional ha argumentado que la tutela en contra de sentencias procede cuando por este medio deba ser atacada la apre-

²³ M. Herdegen: «La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, p. 183.

²⁴ C. Betancur Jaramillo: «La tutela», en: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 169.

²⁵ J. C. Ortiz Gutiérrez: «La acción de tutela en la Carta Política de 1991», o. cit., p. 239.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional C-543/92.

²⁷ Véase, por ejemplo: Decisión de la Corte Constitucional Colombiana T-175/1994.

ciación arbitraria de las pruebas,²⁸ cuando esta se aparta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin una motivación suficiente,²⁹ y cuando la motivación de la sentencia contraviene los principios de la lógica (siempre y cuando esto afecte un derecho fundamental).³⁰

Esta posibilidad de «revisar» sentencias por vía de la tutela puede por un lado generar conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y, por otro lado, tener efectos nocivos para la seguridad jurídica y el principio de la cosa juzgada. Los problemas se agudizan en aquellos ordenamientos en los cuales una sentencia de una instancia superior puede ser atacada por vía del amparo o sus instrumentos homólogos ante una instancia inferior. Esto, además de poner a la inversa el sistema de instancias, significa la reapertura de un procedimiento y su sometimiento bajo parámetros de control más reducidos y más limitados en el tiempo que los de la justicia ordinaria. Por ello, la regulación y definición cautelosa de cuáles son los jueces o tribunales competentes para decidir sobre un amparo judicial tiene una importante influencia sobre el funcionamiento del sistema judicial en su plenitud. En Alemania, el amparo constitucional es entendido no como un recurso, sino como un instrumento extraordinario y subsidiario que no ofrece la posibilidad de una «revisión» exhaustiva de una sentencia, sino solamente un control bajo el parámetro reducido de la posible violación de derechos fundamentales.³¹ Adicionalmente, el único tribunal competente para decidir un amparo constitucional es el Tribunal Constitucional Federal (a nivel de los distintos estados federados el amparo es procedente ante los respectivos tribunales constitucionales de los estados).

Adicionalmente al sistema colombiano mencionado explícitamente, también otros ordenamientos conocen el amparo contra sentencias o el así llamado amparo judicial.

3.2. Guatemala

Guatemala se encuentra entre los países pioneros en la instalación de un Tribunal Constitucional especializado. El amparo es uno de los instrumentos clásicos de la protección de los derechos fundamentales en dicho país. El artículo 265 de la Constitución vigente de Guatemala y el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEC) por ejemplo, establecen que:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas y violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiese ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-442/1994.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-037/1996.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-073/1997.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional Federal Alemana, BVerfGE 49, pp. 252 ss. (258).2009, p. 565.

El amparo en Guatemala se concibe en una forma muy amplia y refiere no solo a infracciones de normas constitucionales, sino de leyes que garantizan los derechos. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el amparo es mencionado como un medio extraordinario y subsidiario. Esto significa que únicamente se podrá acudir al amparo cuando se hayan agotado todas las alternativas contempladas en el plano de la jurisdicción ordinaria.³² En Guatemala, el amparo constituye una de las figuras más emblemáticas del derecho procesal constitucional. Después de una concepción originaria en la que la *inconstitucionalidad* era el estandarte por excelencia de la justicia constitucional, se ha situado como uno de los instrumentos de más difundida utilización en el entorno forense guatemalteco.³³ También aquí se conoce el amparo contra sentencias, lo cual parece una consecuencia lógica de la exigencia de agotar la vía judicial ordinaria antes de poder acudir al amparo. Así, el acto o la omisión atacada con el amparo se examina en la configuración que dicho acto u omisión ha recibido en la última sentencia de la justicia ordinaria. A pesar de ello, el amparo en Guatemala se divide en dos tipos básicos, el amparo uniinstancial y el amparo biinstancial. Cuál de ellos es procedente depende de la autoridad cuya actuación u omisión se reclama. El amparo uniinstancial es procedente cuando se trata del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República, ya que en esos supuestos la competencia corresponde con exclusividad y en única instancia a la Corte de Constitucionalidad. El amparo biinstancial es procedente cuando se trata de cualquier otro estamento del poder público o manifestación revestida de autoridad, pues en tal caso la competencia en primer grado corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, los que temporalmente asumen el papel de tribunales de amparo; mientras que el conocimiento en segundo grado corresponde a la Corte de Constitucionalidad.³⁴ Esta división ha sido desarrollada con más detalle por la Corte de Constitucionalidad, que tiene facultad para que, en situaciones no previstas, se apliquen disposiciones reglamentarias que la Corte promulgará y publicará en el Diario Oficial. Basada en esta facultad, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió el acuerdo n.º 4-89, de 10 de marzo de 1989, en el cual dispuso, en su artículo 2, que la competencia de la Corte de Constitucionalidad, a que se refiere el artículo 11 de la LAEC (y con ello la procedencia del amparo uniinstancial), comprende también los amparos que se interpongan contra la Junta Directiva del Congreso de la República, la Comisión Permanente y el presidente del Congreso de la República y contra el presidente del organismo judicial y magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, la Corte de Constitucionalidad emitió el auto acordado 2-95, que establece que la Corte Suprema de Justicia conocerá de los amparos contra el Tribunal Supremo Electoral, los ministros de Estado o viceministros cuando actúen como encargados del despacho, el procurador de los Derechos Humanos, el fiscal general

³² M. Aguirre Godoy: «Proceso constitucional de amparo en Guatemala», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, p. 876.

³³ Suprema Corte de Justicia de México (ed.): *Estructura y atribuciones de los Tribunales y Salas Constitucionales de Iberoamérica, VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Mérida, Yucatán, México, 2009, p. 565.

³⁴ *Ibidem*, p. 567.

de la República y los embajadores o jefes de misión diplomática guatemaltecos acreditados en el extranjero. En ese mismo auto acordado 2-95 asignó competencia a la Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia para conocer en los amparos que se interpongan contra las Salas de la Corte de Apelaciones, cortes marciales, tribunales de segunda instancia de Cuentas y de lo Contencioso Administrativo, la Junta Monetaria y el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural. Continuando con la distribución de las competencias en materia de amparo, la Corte Suprema de Justicia, como organismo judicial independiente, emitió el acuerdo n.º 9-95, de 10 de marzo de 1995, para emitir las normas relativas de organización y funcionamiento, en concordancia con lo dispuesto por la Corte de Constitucionalidad en materia de competencia. Así, las Salas de la Corte de Apelaciones del orden común conocerán en sus respectivas jurisdicciones de los amparos que se interpongan contra los viceministros de Estado (es decir, cuando no estén encargados del despacho) y los directores generales, los funcionarios judiciales de cualquier fuero o ramo que conozcan en primera instancia, los alcaldes y las corporaciones municipales de las cabeceras departamentales, el jefe de la Contraloría General de Cuentas, los gerentes, jefes o presidentes de las entidades descentralizadas o autónomas del Estado o sus cuerpos directivos, consejos o juntas rectoras de toda clase, el director general del Registro de Ciudadanos, las asambleas generales y juntas directivas de los colegios profesionales, las asambleas generales y órganos de dirección de los partidos políticos, los cónsules o encargados de consulados en el extranjero y los Consejos Regionales o Departamentales de Desarrollo Urbano y Rural y los gobernadores. Por su lado, los jueces de primera instancia del orden común conocerán en sus respectivas jurisdicciones de los amparos que se interpongan contra los administradores de rentas, los jueces menores, los jefes y demás empleados de policía, los alcaldes y corporaciones municipales y los demás funcionarios y empleados de cualquier fuero o ramo no sometidos a la competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones, y, finalmente, las entidades de derecho privado.³⁵

Con esta distribución de competencias, bastante casuística, se ha generado en Guatemala una jerarquía en relación al examen y decisión de los amparos, que entre otras cosas impide que un juez inferior pueda «revocar» una sentencia de un juez superior por vía del amparo.

3.3. Costa Rica

En Costa Rica se evolucionó desde un sistema difuso de control de constitucionalidad hasta un sistema concentrado en «grado máximo» desde la reforma de 1989.³⁶ Inicialmente, en relación con los recursos³⁷ de amparo previstos en la Ley de Amparo de 1950, dicha ley confirió, con algunas excepciones, la competencia para su resolución a los tribunales penales y a las antiguas Salas Penales su resolución en

³⁵ M. Aguirre Godoy: «Proceso constitucional de amparo en Guatemala», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, México, 2001, pp. 879 s.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de México (ed.): *Estructura y atribuciones de los Tribunales...*, o. cit., p. 381.

³⁷ En Costa Rica se habla del «recurso» de amparo, véase por ejemplo, LIC, artículo 2.a.

alzada. Después de la reforma constitucional de 1989, con la cual se creó la Sala Constitucional o popularmente denominada «Sala Cuarta»,³⁸ se dictó la ley 7135 de Jurisdicción Constitucional (LJC), que trajo varios cambios sustanciales con relación a la anterior Ley de Amparo.³⁹ Su artículo 2 inciso *a* establece que corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional tutelar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica. Con ello, este país fue pionero en la ampliación del parámetro de constitucionalidad al integrar en dicho parámetro los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica.⁴⁰ Novedoso es también el hecho de que el parámetro ampliado se menciona explícitamente en el artículo regulador del amparo. Por el otro lado, los actos susceptibles de impugnación por vía del amparo en Costa Rica han sido reducidos en comparación con los actos previstos en regulaciones en otros ordenamientos latinoamericanos. Así, en Costa Rica los actos recurribles por vía del proceso de amparo son los actos administrativos, las leyes denominadas autoaplicativas, los denominados actos de gobierno, los actos legislativos y los actos de las comisiones de investigación legislativa. En cambio, leyes y otras disposiciones normativas no pueden ser impugnadas por vía de amparo. Tampoco los actos jurisdiccionales del Poder Judicial. Esta restricción fue mantenida por la Sala Constitucional frente a un recurso de inconstitucionalidad que fue declarado sin lugar.⁴¹ Es interesante subrayar que según la sentencia de la Sala Constitucional cabe el hábeas corpus (amparo libertad) contra la actuación de las autoridades judiciales pero no el amparo. Estima la Sala Constitucional que la protección de los derechos fundamentales (con excepción de la libertad personal) no cabe contra los jueces, entre otras razones, «porque el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la Constitución».⁴² Este argumento es poco convincente ya que siguiendo su lógica tampoco se justificaría el recurso de hábeas corpus contra actuaciones de las autoridades judiciales. Rubén Hernández Valle por ello denomina dicha sentencia como «uno de los errores jurídicos más gruesos que ha cometido la Sala Constitucional».⁴³ Independientemente de ello, naturalmente es deseable un perfil de juez como el descrito por la Sala Constitucional.

El sistema costarricense también conoce el amparo contra privados. El artículo 57 de la LJC dispone que:

El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o

³⁸ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 258.

³⁹ Se elimina, por ejemplo, la exigencia del agotamiento de la vía jurídica antes de poder acudir al amparo. Véase N. Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002, p. 99.

⁴⁰ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», o. cit., pp. 258 ss.

⁴¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴² *Ibidem*, pp. 268 s.

de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta Ley.

El efecto directo frente a terceros privados de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica se origina así en los artículos 57 y siguientes de la LJC.⁴⁴ La interposición del recurso de amparo contra particulares en Costa Rica requiere el cumplimiento de tres presupuestos procesales, que deben cumplirse de manera concomitante: 1) El sujeto pasivo debe actuar en el ejercicio de funciones o potestades públicas o encontrarse, de derecho o de hecho, en una situación de poder respecto del amparado; 2) Los remedios ordinarios deben ser claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales; 3) El particular recurrido no debe actuar en el ejercicio de conductas legítimas.

Estos tres presupuestos enunciados por Rubén Hernández Valle⁴⁵ reflejan una similitud con las situaciones y exigencias en otros ordenamientos latinoamericanos que reconocen una eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales. En especial el segundo presupuesto puede entenderse como un llamamiento al legislador de crear remedios ordinarios eficaces y cerrar las lagunas procesales que hacen necesario recurrir al amparo. Estrictamente hablando, cada amparo entre particulares concedido por un tribunal, en el caso concreto de Costa Rica por la Sala Constitucional, correspondería a un déficit en el ordenamiento legal (procesal) ordinario.

4. La evolución del amparo dentro del desarrollo del derecho procesal constitucional. El caso del Perú

En los últimos años, en América Latina se ha ido generando una conciencia sobre el derecho procesal constitucional como una nueva rama jurídica y como disciplina de investigación y enseñanza autónoma.⁴⁶ Dentro de este movimiento se ubica el estudio intensivo y crítico del instrumento del amparo, lo cual fomenta propuestas de mejora y reforma. Perú es el primer país en Latinoamérica que legisló un Código Procesal Constitucional (CPC) que en efecto lleva ese nombre.⁴⁷ Este Código entró

⁴⁴ N. Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002, p. 104.

⁴⁵ R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», o. cit., p. 278.

⁴⁶ Véanse, entre otros: D. García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001; H. Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, 2002; E. Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional, su origen científico (1928-1956)*, Madrid, 2008. Ilustrativo también es el hecho de que el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* editado por la Fundación Konrad Adenauer contiene desde el año 2002 regularmente un capítulo dedicado al derecho procesal constitucional.

⁴⁷ C. Landa: «El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI, tomo I, p. 361. Landa hace la salvedad de los Códigos procesales constitucionales preexistentes en dos provincias argentinas, Entre Ríos y Tucumán.

en vigencia el 1 de diciembre de 2004 con la declarada intención de sistematizar y codificar las normas que regulaban en forma dispersa los procesos constitucionales en el Perú, con ello también la así denominada acción de amparo, ahora proceso de amparo.

La Constitución Política de 1993 señala en el inciso 2 del artículo 200 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. No procede el amparo contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas en un procedimiento regular». En primer lugar, la norma constitucional dispone vías distintas para la protección de determinados derechos fundamentales, siguiendo la usanza en otros ordenamientos latinoamericanos. El instrumento del amparo excluye de su protección el derecho de la libertad personal y los derechos conexos a ella, así como el derecho a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa. En segundo lugar, pretende reducir el ámbito de aplicación del amparo al excluir las normas legales y las resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular como objetos de control. Finalmente abre las puertas al amparo contra privados y con ello a la eficacia directa de los derechos fundamentales entre privados.

Es de especial interés analizar el cumplimiento de los requisitos constitucionales relacionados a los derechos protegidos, los objetos de control y en especial la procedencia del amparo contra normas legales y contra resoluciones judiciales en el novedoso Código Procesal Constitucional, ya que estos requisitos son fuentes de fuertes controversias en prácticamente todos los ordenamientos latinoamericanos.

4.1. Derechos protegidos

El legislador peruano ha elegido la vía de la casuística, conjuntamente con una cláusula de apertura, para definir los derechos protegidos por el proceso de amparo. De esta forma, la regulación contenida en el título III (Proceso de amparo), capítulo I (Derechos protegidos), artículo 37 (Derechos protegidos) del CPC enumera 24 derechos específicos y en su numeral 25 agrega: «los demás [derechos] que la Constitución reconoce».⁴⁸ Adicionalmente, el artículo 38 CPC aclara: «No procede el amparo

⁴⁸ Artículo 37 CPC. Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole; 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa; 3) De información, opinión y expresión; 4) A la libre contratación; 5) A la creación artística, intelectual y científica; 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones; 7) De reunión; 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; 9) De asociación; 10) Al trabajo; 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga; 12) De propiedad y herencia; 13) De petición ante la autoridad competente; 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país; 15) A la nacionalidad; 16) De tutela procesal efectiva; 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos; 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales; 19) A la seguridad social; 20) De la remuneración y pensión; 21) De la libertad de cátedra; 22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución; 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; 24) A la salud; y 25) Los demás que la Constitución reconoce.

en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo». La técnica legislativa descubre que en el pasado debe haber habido muchos conflictos en relación con los derechos susceptibles de ser protegidos por el proceso de amparo. De otra forma no se explica la enumeración tan casuística y detallada. Hubiera bastado la simple referencia a los derechos fundamentales enumerados en la Constitución Política con excepción de aquellos derechos protegidos por vía del hábeas corpus o hábeas data. Adicionalmente tampoco parece que el legislador confió en su propia enumeración al añadir finalmente el numeral 25 en el artículo 37 CPC. Conjuntamente con el artículo 3 de la Constitución Política se abre de esta forma la protección también para derechos no previstos directamente en la Constitución, pero que por analogía o por estar fundados en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, tienen carácter de derechos fundamentales. Finalmente, el artículo V del título preliminar del CPC⁴⁹ dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales deberán interpretarse de conformidad con lo estipulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, y por las sentencias de los órganos de la jurisdicción internacional en las mismas materias. Aunque esta norma no hace más que recoger lo estipulado en la cuarta de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución de 1993, agrega la referencia a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y corrige la supresión de la referencia que hacía la Constitución de 1979 al rango constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales. De allí que la existencia de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta de 1993 ahora también recogida y desarrollada en el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, permite afirmar, conforme lo ha asumido el Tribunal Constitucional peruano en diversas sentencias, que al interpretarse los derechos constitucionales debe hacerse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos.⁵⁰

Una vez más y a pesar de la enumeración contenida en el artículo 37 CPC, la definición del ámbito de protección del proceso de amparo reposa en el juez constitucional que se deberá guiar por los lineamientos constitucionales y procesales existentes en la materia pero sin estar atado a una enumeración concluyente y cerrada.

⁴⁹ Artículo V. Interpretación de los derechos constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁵⁰ D. García Belaunde: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, 2.ª edición, Lima, 2009, p. 241.

4.2. Procedencia contra normas legales

Anteriormente a la Constitución de 1993, el artículo 3 de la ley n.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo había señalado que:

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 tal supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

La normativa constitucional actual en cambio dispone que el amparo «no procede contra normas legales». A pesar de ello, la jurisprudencia siempre aceptó amparos contra normas legales si estas tenían efectos directos y concretos sobre los derechos fundamentales de un individuo.⁵¹ Si bien no cabe postular un procedimiento de amparo directamente contra una norma legal, en cambio sí cabe iniciarlo contra los actos violatorios de los derechos fundamentales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dicha norma. En casos de normas autoaplicables, esto está dispuesto explícitamente en el reformado artículo 3 del CPC.⁵² De modo que el impedimento constitucional se refiere a iniciar un procedimiento de amparo contra una norma legal en abstracto y no a interponerla contra los efectos particulares de una norma o cuestionarla en vía incidental en un proceso judicial ordinario.⁵³ En un sistema mixto de control de constitucionalidad con competencias distribuidas entre la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional, no parece inconveniente reservar el control abstracto de normas con resoluciones que tengan efectos generales a un procedimiento especial reservado al Tribunal Constitucional. En el caso peruano, es el artículo 202 párrafo 1 de la Constitución de 1993, que reserva la decisión sobre acciones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

La solución encontrada por la legislación constitucional y procesal constitucional, interpretada por el Tribunal Constitucional, se presenta como adecuada.

⁵¹ J. Samtleben: «Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Peru nach Fujimori», en: *VRÜ*, 40, cuarto trimestre 2007, p. 440.

⁵² Artículo modificado por la ley n.º 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 3. Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.»

⁵³ C. Landa: «El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano», o. cit., p. 361.

4.3. Procedencia contra resoluciones judiciales

La procedencia del amparo contra resoluciones judiciales desde siempre ha sido fuente de fuertes controversias. En el caso mexicano, por ejemplo, el amparo judicial, a partir de 1917, subsistió bajo la consideración de inmadurez política de los estados, inmadurez que, entre otras cosas, se caracterizaba por la falta de independencia de los jueces estatales frente a los gobernadores. El amparo judicial sometió a la justicia estadual al control de los jueces federales y generó, o al menos contribuyó a generar, una convicción en México de que si en un procedimiento, cualquiera que sea, se establecen diversos recursos ordinarios con los que sea posible revocar o modificar las resoluciones que se considere causan agravio, pero no existe por lo menos un recurso federal que se denomine *amparo*, la mayoría de la población, incluso los especialistas en derecho, sentirá que no se le han otorgado las suficientes garantías o medios de defensa, y queda la impresión de que se sentirán desprotegidos, es decir, *desamparados*.⁵⁴ También en el colombiano la tutela contra providencias judiciales ha generado inseguridad jurídica, afectado el valioso principio de cosa juzgada, generado el caos entre jurisdicciones y especialidades, originado el desconocimiento de jerarquías judiciales y propiciado un conflicto permanente en la cúpula de la organización judicial.⁵⁵ Comentarios similares se pueden encontrar para casi todos los ordenamientos en América Latina.

En el caso peruano, el legislador ha intentado salvar el problema al restringir el amparo judicial, tanto a nivel constitucional como en el nuevo CPC, e incluir definiciones en este último. Este dispone:

Artículo 4. CPC. Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó sentir la resolución que dice afectarlo. [...]

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

⁵⁴ J. de J. Gudiño Pelayo: «La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, tomo I, México, 2002, p. 397.

⁵⁵ M. Iguarán: «Comentarios sobre investigaciones hechas por GIZ», en: *Acción de tutela. Una reforma necesaria*, Bogotá, 2003, p. 38.

Asimismo, el artículo 5 inciso 6 CPC dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando «se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia».

Esta estricta definición legal pareciera dejar poco espacio para interpretaciones y excluir al menos el sumamente controvertido amparo contra amparo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cambio ha declarado la procedencia del amparo no solo contra resoluciones judiciales a favor del derecho a la tutela procesal efectiva. Ya en su sentencia STC num. 3179-2004-AA/TC. FJ 5-7 el Tribunal Constitucional dispuso:

[...] 5. En concreto, la respuesta (doctrinal) y jurisprudencial que se ha dado al tema en cuestión normalmente se ha intentado a partir de una interpretación de la limitación contenida en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución, cuyo texto reproduce con algunas variantes lo que en su momento preveía el inciso 3) del artículo 6 de la ley num. 23506, ahora derogado, según el cual el amparo

[...] no procede contra [...] resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Descartada una lectura de dicho precepto constitucional en el sentido de que no cabía la interposición de un amparo contra resoluciones judiciales, existe consenso en admitirse que, más que una prohibición, en realidad, dicho precepto contiene una limitación, cuyo ámbito de actuación opera en aquellos casos en los que la resolución judicial emana de un proceso «regular», pero no en aquellos otros donde esta se expide en el seno de un proceso «irregular».

Así fijado el sentido de este precepto constitucional, tras una interpretación literal, el paso siguiente fue dar respuesta a la interrogante: ¿cuando un proceso judicial puede considerarse «regular»? o, dicho en términos negativos, ¿cuando una resolución judicial emana de un proceso «irregular»?

La absolución de tal interrogante, a su vez, fue: Una resolución judicial emana de un proceso regular si esta se expide con respeto de los derechos que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ambos reconocidos en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Lo que venía a significar que mediante el amparo solo se podía cuestionar resoluciones judiciales si es que en el momento de expedirse, la irregularidad se materializaba en la afectación de derechos que forman parte de aquel.

6. Con ello, por un lado, se ratificaba la tesis de que el amparo contra resoluciones judiciales no podía constituir un instrumento procesal que se superpusiera a los medios impugnatorios existentes en la legislación procesal y, tampoco, en la habilitación de una vía en la que se pudiera reproducir una controversia formulada ante las instancias de la jurisdicción ordinaria.

Pero al mismo tiempo, se venía a institucionalizar una doctrina jurisprudencial, según la cual los jueces ordinarios, en el ejercicio de sus funciones, solo se encontraban vinculados a un número determinado de derechos fundamentales. En concreto, solo en relación con aquellos de naturaleza procesal (tutela procesal y todos los derechos que lo integran).

En cierta forma, tal tendencia se ha concretado en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 4 establece:

«El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]».

En definitiva, ya sea por vía jurisprudencial o por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales se ha circunscrito solo a la protección de los derechos fundamentales de orden procesal, quedando fuera de su ámbito todos los otros derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

7. ¿Hay razones jurídico-constitucionales para que el ámbito de derechos protegidos mediante esta variante del amparo tenga que ser replanteado? El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es afirmativa, desde un doble punto de vista. Por un lado, a partir del diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso; y, por otro, a partir de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.

[...]

20. En definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que estas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales [...].⁵⁶

El Tribunal Constitucional con esta sentencia ha abierto el examen de resoluciones judiciales al parámetro completo de los derechos fundamentales sin la limitante «de orden procesal». Se trata de una jurisprudencia totalmente opuesta a la de la Sala Constitucional de Costa Rica en la misma materia.⁵⁷ Podría denominarse una jurisprudencia valiente y en consistencia con la exigencia del agotamiento de la vía previa prevista en el artículo 5, inciso 4, y el artículo 45 del CPC (al menos en caso de una interpretación amplia de la vía previa entendiendo esta no solo como la vía administrativa, sino también judicial, y restrictiva de las excepciones mencionadas en

⁵⁶ Extractos de la jurisprudencia publicados en: C. Landa Arroyo: *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, 2010, pp. 346 ss.

⁵⁷R. Hernández Valle: «El recurso de amparo en Costa Rica», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 268.

el artículo 46 CPC). «Podría», porque el mismo Tribunal Constitucional inicialmente siguió lineamientos distintos al considerar la procedencia del amparo contra amparo. Así, en su sentencia STC num. 4853-2004-PA/TC. FJ 5, el Tribunal Constitucional argumentó en relación al fundamento constitucional del amparo contra amparo de la siguiente forma:

[...] 5. En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar [...] una resolución firme recaída en otro proceso constitucional [...].

No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que [...] la posibilidad del «amparo contra amparo» tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el amparo [...] no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que [...] cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional [...].

Esta jurisprudencia fue confirmada posteriormente en la sentencia STC num. 4609-2005-PA/TC. FJ2, en la cual el Tribunal repite:

[...] 2. En el presente caso nos encontramos ante el supuesto de lo que comúnmente se denomina «amparo contra amparo». [...]

[...] de modo que [...] la disposición [artículo 5 inciso 6)] debe entenderse como que efectivamente no procede el amparo contra amparo si es que en el proceso se han respetado de modo escrupuloso los derechos fundamentales de orden procesal a los que se refiere el artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional.

No es hasta la sentencia STC num. 4853-2004-PA/TC. FJ 8-21 que el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a su sentencia STC num. 3179-2004-AA/TC, compatibiliza su argumentación en relación con los parámetros de control aplicables al examen de resoluciones judiciales. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional aclara:

[...] 13. En este punto conviene precisar que conforme tiene establecido este Tribunal (exp. n.º 3179-2004-AA/TC), la protección de los derechos fundamentales vía un nuevo proceso de amparo no se agota en los aspectos formales, toda vez que el «amparo contra amparo» comparte el mismo potencial reparador cuando se trata de la afectación de cualquier derecho fundamental; [...]

14. Solo así los derechos fundamentales alcanzan verdadera eficacia normativa vertical, vinculando a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos del Poder Judicial. Esto además en el entendido de que el ámbito de protección del proceso constitucional de amparo no se limita solamente a la

tutela del derecho al debido proceso, sino que se extiende de conformidad con el artículo 200.2 de la Constitución a todos aquellos derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proceso constitucional de hábeas corpus y hábeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el «amparo contra amparo» se reduzca solo a los aspectos formales del debido proceso. [...]

Esta jurisprudencia refleja los problemas que pueden surgir en sistemas mixtos de control de constitucionalidad por la multiplicidad de jueces e instancias involucradas y la consecuente falta de unificación jurisprudencial en materia constitucional. Problemas que surgen por falta de confianza en los tribunales ordinarios al aplicar directamente los derechos y conceptos constitucionales y, posiblemente, también por falta de suficiente especialización del juez ordinario en materia constitucional. Ya de por sí la construcción de un «amparo contra amparo» es señal de una estructuración jerárquica insuficiente dentro del Poder Judicial. En una jerarquía de instancias bien estructuradas, no puede existir un amparo contra amparo, sino como máximo un recurso común (en el sentido de una queja, apelación o casación) ante un tribunal superior. Adicionalmente, el hecho de permitir amparos sucesivos genera una inseguridad jurídica y contraviene el principio constitucional de una justicia pronta y eficaz. Finalmente, la autoridad de la cosa juzgada, que Domingo García Belaunde pretende salvar con el argumento de que la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal),⁵⁸ se pierde en el mismo momento en que por razones de derecho constitucional material pueda ser procedente un «amparo contra amparo».

La solución más obvia está en una exigencia estricta del agotamiento de la vía judicial (y no solo de la vía previa administrativa), lo cual naturalmente exige un diseño procesal adecuado en las otras materias del derecho para ofrecer instrumentos procesales efectivos que generen la protección necesaria dentro de la justicia ordinaria, acompañado, en casos excepcionales, de un proceso de amparo contra la resolución judicial de la última instancia ordinaria ante el Tribunal Constitucional. Naturalmente, el parámetro de control aplicable en el proceso de amparo deberá consistir exclusivamente en los derechos fundamentales y los derechos humanos en los tratados internacionales vigentes en el país.

Vemos que el Código Procesal Constitucional peruano y la jurisprudencia constitucional basada en este, a pesar de los importantes avances que conlleva, no ha logrado solucionar todavía los clásicos aspectos conflictivos que surgen alrededor del amparo.

5. Retos pendientes

El amparo constitucional ha resultado ser un instrumento indispensable en la lucha por la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales. Según la opinión mayoritaria al menos en Latinoamérica, en sus orígenes

⁵⁸ D. García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, pp. 168 ss.

mexicano, el amparo ha iniciado una expansión impresionante hacia otros países latinoamericanos y también, mezclado con influencias de otros sistemas jurídicos, a otras regiones del mundo. Fueron sentencias dictadas con base en amparos constitucionales, las que también en América Latina marcaron hitos históricos en la difícil lucha por la realización del Estado de derecho. Ha sido tanta la aceptación del amparo como instrumento de protección rápido y eficaz, que el instrumento terminó sobreexigido. Para el caso peruano, Domingo García Belaunde escribe:

Lo que pasó fue algo que resultó ser funesto: como la ley otorgaba un trámite sumario al amparo más que a cualquier otra figura procesal, y como a su vez su tramitación era más rápida y se podía esperar una mejor acogida al llegar al más alto nivel (Tribuna de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional), se empezó a usar el amparo en forma desmedida y abusiva. Esto produjo una sobrecarga procesal innecesaria, que a la larga creó una instancia adicional más y nuevas dilaciones. Y en cuanto al amparo mismo, pensado para durar pocos meses, empezó a dilatarse durante años. Y esto fue agravándose con el tiempo.⁵⁹

En México, la existencia del *amparo* es condición sine qua non de un sistema judicial justo y suficientemente garantista. Por ello, el amparo en México ha tenido un desarrollo bastante peculiar y, a diferencia de los demás países latinoamericanos que regulan la institución, el juicio de amparo mexicano comprende en realidad cinco sectores claramente diferenciados: el amparo libertad; el amparo contra resoluciones jurisdiccionales, que allí equivale al recurso de casación; el amparo contra leyes; el amparo como un proceso contencioso administrativo; y el amparo social.⁶⁰ La *fe* en el amparo, en opinión de José de Jesús Gudiño Pelayo, permite explicar,

aunque de modo provisional y solo como hipótesis, que en el sistema jurídico mexicano no haya sido posible desarrollar instituciones como el *reclamo*, el *habeas corpus* o la *casación*, para citar solo unos ejemplos. Estas instancias ya fueron, literalmente, no es metáfora, devoradas por el amparo.⁶¹

En efecto, el amparo corre el riesgo de convertirse en la «llave inglesa» de los sistemas judiciales latinoamericanos, desplazando otros instrumentos que podrían ser más ajustados y adecuados a la materia dentro de los ordenamientos procesales ordinarios. Este desplazamiento se debe al asfixiante formalismo de muchos ordenamientos procesales y a la sencillez y rapidez de un procedimiento de amparo.

El abuso del amparo puede convertirlo en un instrumento de inestabilidad al dilatar la solución de conflictos, romper el principio de la cosa juzgada y contravenir el principio de jerarquía institucional dentro del Poder Judicial.

⁵⁹ D. García Belaunde: *El Derecho procesal constitucional en perspectiva*, 2.^a edición, Lima, 2009, p. 246.

⁶⁰ E. Ferrer Mac-Gregor: «El amparo iberoamericano», en: H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), o. cit., p. 15.

⁶¹ J. de J. Gudiño Pelayo: «La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local», en: E. Ferrer Mac-Gregor (ed.): *Derecho procesal constitucional*, tomo I, México, 2002, p. 397.

El amparo, por las razones arriba mencionadas, permanentemente se encuentra en el análisis crítico de la doctrina y es objeto de reformas y contrarreformas. Recientemente su clara ubicación dentro del derecho procesal constitucional, el lugar que le pertenece por excelencia, deja vislumbrar que el amparo latinoamericano va por buen camino. Conjuntamente con la especialización y concentración de la jurisdicción constitucional podrá (re)conquistar el lugar dentro de los instrumentos y las garantías constitucionales que le corresponde.

La consecuencia de los déficits actuales no debe ser la eliminación del amparo, sino su especialización a la protección de los derechos fundamentales y la rehabilitación de los ordenamientos procesales ordinarios, previendo dentro de estos instrumentos de similar o aun mayor eficacia en la protección de los derechos de los ciudadanos. La procedencia del amparo contra privados no puede ni debe sustituir un ordenamiento legislativo secundario (derecho privado) en materias tan importantes como, por ejemplo, el derecho laboral y el derecho civil en general. Tampoco debe convertirse en el *recurso regular* en materias del derecho tributario-fiscal o del derecho social.

Las nuevas corrientes legislativas y doctrinales en América Latina han reconocido esta necesidad y los esfuerzos por fortalecer el derecho procesal constitucional señalan en la dirección correcta. Naturalmente, y como tristemente se puede observar en algunos países latinoamericanos, el instrumento del amparo pierde su valor en el momento en el cual el Poder Judicial carece de la necesaria independencia. Formar jueces que sepan mantener su independencia también en situaciones adversas y que tengan los conocimientos suficientes para aplicar de forma adecuada las leyes y los valores constitucionales son la *conditio sine qua non* para que el instrumento del amparo pueda cumplir con su intención de traspasar las promesas constitucionales a la realidad social.