

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL AMPARO CONTRA LEYES A PROPÓSITO DE SU TRATAMIENTO EN LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL HOY EN TRÁMITE

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS UNIVERSIDADES  
PONTIFICIA CATÓLICA DEL PERÚ, NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
E INCA GARCILASO DE LA VEGA. PROFESOR PRINCIPAL  
DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

**Sumario:** I.- Algunas consideraciones a modo de introducción II.- La posibilidad de interponer Amparos contra leyes como uno de los escenarios más importantes del redimensionamiento de este proceso constitucional. Las posturas actualmente existentes al respecto: A) Las posturas denegatorias o de rechazo al Amparo contra leyes B) Las tesis admisorias radicales C) Las posiciones admisorias moderadas D) La objetivación del Amparo como elemento a evaluar en el tratamiento de este tema III.- El Amparo contra leyes en el Perú: entre la incertidumbre y las inconvenientes restricciones introducidas a nivel normativo.

## I. Algunas consideraciones a modo de introducción

Si el fin último del constitucionalismo contemporáneo es el de asegurar las condiciones que sean necesarias para permitir la plena vigencia de los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos, un elemento central dentro de todo debate constitucional debiera ser el destinado a consagrar un marco suficientemente garantista para la debida protección de dichos derechos.

Por ello, el tratamiento proporcionado al proceso de Amparo en el último texto de la propuesta de reforma constitucional, documento puesto en conocimiento de la opinión pública el once de julio de este año, resulta para nosotros un tema central a analizar, máxime si en la propuesta a la cual hemos mencionado no se consigna lo que en nuestra opinión es uno de los aportes más significativos que se le ha incorporado al Amparo dentro del redimensionamiento al cual ha sido sometido en estos últimos años en el Derecho Comparado. Pasemos entonces a desarrollar nuestro punto de vista sobre el particular.

## II. La posibilidad de interponer Amparos contra leyes como uno de los escenarios más importantes del re-

## dimensionamiento de este proceso constitucional. Las posturas actualmente existentes al respecto

Sin entrar aquí a discutir la naturaleza jurídica dada al Amparo en los diferentes ordenamientos jurídicos en los cuales se reconoce su existencia<sup>1</sup>, hemos de resaltar como hoy en día el Amparo tiende a convertirse en el medio procesal específico<sup>2</sup> más frecuentemente utilizado para la defensa de los Derechos Fundamentales reconocidos por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Ello en la mayoría de los casos ha ido de la mano de un progresivo redimensionamiento de algunos de los alcances dentro de los cuales habitualmente había sido comprendida esta institución procesal, reformulación en la cual han tenido y tienen significativa relevancia los cambios de perspectiva actualmente vigentes en el ámbito de la legitimación procesal (activa o pasiva) considerada válida para su ejercicio<sup>3</sup>, así como la discusión existente sobre la pertinencia de cuestionar a través del Amparo las omisiones de las diferentes Administraciones, e incluso, aquellas en las cuales hayan incurrido los diversos Parlamentos<sup>4</sup>.

Sin embargo, existe también otro aspecto en el cual el redimensionamiento de los alcances habitualmente reconoci-

dos al Amparo puede acarrear insospechadas consecuencias en la futura comprensión y utilización de esta importante institución de Derecho Procesal Constitucional. Este aspecto es sin duda el de la inclusión o no inclusión de las leyes dentro de los supuestos que pueden justificar la interposición de un Amparo.

Generalmente se había venido concibiendo al Amparo como un mecanismo destinado específicamente a la protección de los diferentes Derechos Fundamentales frente a actos efectuados en principio por los poderes públicos, y eventualmente por los particulares, reservándose la evaluación de la constitucionalidad de una ley (o de los perjuicios que dicha ley produciría al pleno ejercicio de cualquiera de nuestros diversos Derechos Fundamentales) a alguna de las múltiples instituciones procesales previstas para ejercer un control directo y con efectos erga omnes de la constitucionalidad de las leyes y otras normas con similar rango dentro del ordenamiento jurídico de cada país<sup>5</sup>. Actualmente en cambio, son muchos los que, sin entrar a discutir si es el Amparo el espacio más idóneo para declarar la inconstitucionalidad de una ley<sup>6</sup>, opinan que cabe la posibilidad de plantear uno de estos procesos directamente contra una ley reputada lesiva a la plena vigencia de los Derechos Fundamentales de algunos ciudadanos.

Ahora bien, justo es señalar que aquí no nos encontramos antes una materia cuyo tratamiento sea pacífico en el Derecho Comparado.

Un breve repaso de las posturas asumidas a nivel mundial sobre el particular nos permiten entonces apreciar hasta tres grandes líneas de pensamiento al respecto, a las cuales tentativamente podemos calificar como posiciones de rechazo o denegatorias, posturas admisorias radicales y posturas admisorias moderadas<sup>7</sup>. Procederemos pues a explicar con cierto detalle los alcances de estas posturas, para luego pasar a anotar cual es nuestra posición en este tema, y sobre la base de ello, evaluar muy críticamente lo que se está planteando en la propuesta de Reforma Constitucional del once de julio en lo referente a eventuales Amparos contra leyes.

#### A. Las posturas denegatorias o de rechazo al Amparo contra leyes

Iniciando entonces la relación aquí enunciada, en primer lugar nos encontramos con aquellos casos en los cuales el mismo ordenamiento jurídico de un país descarta la posibilidad de admitir el uso del Amparo contra leyes, rechazo que en algunos casos está explícitamente planteado en el texto constitucional<sup>8</sup>, pero que en la mayoría de supuestos es consecuencia de lo prescrito por alguna ley o lo deducido como una postura constante de la jurisprudencia y/o de la doctrina especializada en estas materias<sup>9</sup>.

Los argumentos en los cuales se sustentan estas posiciones denegatorias son bastante conocidos, aunque ello no obsta para anotar aquí aquellos que se nos presentan como los más relevantes al respecto, lo cual posteriormente nos permitirá efectuar un comentario sobre la pertinencia de los mismos. Así pues, se alega que el buscar la declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante un Amparo no solamente implicaría el habilitar el desborde de competencias judiciales en perjuicio de las atribuciones propias del Congreso, sino que también -y esto es tal vez lo más relevante- originaría una distorsión en el sentido del Amparo, medio procesal por el cual únicamente se impugnaría al hecho, acto u omisión que lesiona un derecho constitucional.

Queda claro pues que para los defensores de esta postura la sola existencia de un texto legal no serviría para acreditar la existencia de un acto lesivo, sino, en el mejor de los casos, cabría señalar la

aparición de un riesgo futuro e incierto (y por ende, de efectividad discutible) de vulneración de un derecho fundamental<sup>10</sup>, lo cual, como veremos posteriormente, ni siquiera encaja dentro de los supuestos de amenaza susceptibles de ser impugnados y revertidos mediante Amparo<sup>11</sup>. La posibilidad de cuestionar lo que todavía es en abstracto un peligro para la vigencia de algún o algunos Derechos Fundamentales debería entonces más bien canalizarse a través de otras vías procesales.

Descritas las líneas generales de los postulados de esta posición, y sin negar la indudable relevancia de las opiniones que acabamos de describir, creemos que aquí se hace necesario efectuar una serie de precisiones, las cuales nos llevan finalmente a relativizar la validez de las posturas de carácter denegatorio. Y es que, en primer lugar, los términos de la relación entre los jueces y la Constitución son actualmente bastante diferentes de aquellos a través de los cuales parecerían éstas esbozarse desde las propuestas de algunos defensores de las tesis denegatorias: y es que hoy en día son pocos los que discuten que, incluso en los países con sistemas de control de constitucionalidad de tipo concentrado, el juez siempre efectúa una interpretación y aplicación directa del texto constitucional, sin que con ello invada competencias otrora asignadas exclusivamente a otros «poderes» del Estado<sup>12</sup>.

La única diferencia aquí existente es que mientras en los países con control concentrado no es el juez quien procederá a la inaplicación de la ley que reputa como inconstitucional (al juzgador le corresponderá más bien dejar esta decisión en manos del Tribunal Constitucional, quien actuará a través de las denominadas cuestiones de inconstitucionalidad), en los países con un modelo de control difuso o en algunos de tipo mixto<sup>13</sup> ese mismo juez será quien inaplique la norma reputada inconstitucional al caso que viene siendo de su conocimiento. En uno u otro caso, aunque no sin pocos cuestionamientos doctrinarios, progresivamente va consolidándose la postura de que esta actuación de los juzgadores bajo ningún concepto constituye una intromisión abusiva de éstos en las labores propias de la función parlamentaria. Alegar entonces en este contexto que el juez invade competencias parlamentarias al evaluar la constitucionalidad de una ley resulta entonces poco sostenible, salvo mejor parecer.

Por otro lado, quienes plantean que la aceptación del uso del Amparo con-

tra leyes implica una supuesta distorsión del sentido de este mecanismo procesal parecen ignorar que, como en el caso latinoamericano bien anota Germán Bidart Campos<sup>14</sup>, hay leyes que con su sola promulgación adquieren operatividad inmediata, y por ende, causan una lesión en el ejercicio de algún o algunos derechos fundamentales. No estamos aquí frente a un acontecimiento remoto, y por ello, de eficacia discutible, sino frente a un hecho cierto y con repercusiones inmediatas, lo cual a todas luces encaja por lo menos dentro de los supuestos de amenaza a un derecho fundamental, supuestos también susceptibles de impugnación mediante Amparo. En estos casos, los de las leyes de carácter autoaplicativo, la pertinencia del uso del Amparo se nos presenta entonces como algo incuestionable.

#### B. Las tesis admisorias radicales

Es pues en mérito a éstas como a otras consideraciones que algún otro sector doctrinario aboga por el reconocimiento de la posibilidad de discutir en el Amparo la constitucionalidad de todas las leyes. Así por ejemplo, en el caso latinoamericano, son dignas de resaltar opiniones como las del mejicano Emilio Rabasa<sup>15</sup>, para quien la ley puede ser equiparada al acto lesivo que motivará la posterior interposición de un Amparo.

Rabasa añade además que si la judicatura ordinaria (o el Tribunal Constitucional en su caso, completaríamos nosotros) inaplica una ley mediante Amparo, no la está derogando ni invadiendo competencias de otras instancias estatales, sino simplemente se encuentra haciendo prevalecer a la Constitución frente a una ley inconstitucional. Alega por último en apoyo de su postura la existencia de razones de economía procesal, pues considera más simple, expeditivo y tuitivo de los derechos fundamentales el impugnar directamente una ley que se reputa lesiva de uno de estos derechos sin esperar a la existencia de perjuicios concretos ocasionados por actos de ejecución de la ley en cuestión.

Ahora bien, no solamente es Rabasa quien sustenta esta postura. Y es que, como consecuencia de la aplicación del principio de supremacía constitucional, llegan a conclusiones similares a las que acabamos de exponer juristas tan destacados como los argentinos Sánchez Viámonte<sup>16</sup> o Bielsa<sup>17</sup>. Es más, lo expuesto por algún autor español, aun cuando sobre la base de otro tipo de argumentaciones frente a las leyes y demás normas, también parece abogar por un irres-

tricto uso del Amparo ante esta clase de normas<sup>18</sup>.

El planteamiento aquí esbozado es sugerente, y sin duda resulta de gran utilidad en aquellos países en los cuales el Amparo incluye (o por lo menos, incluía) dentro de sus ámbitos de acción la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes<sup>19</sup>. Asimismo, es innegable que esta argumentación puede resultar muy funcional para aquellos estados cuyo ordenamiento jurídico carezca de un proceso constitucional similar al que en España se ha preferido denominar recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, consideramos necesario anotar como a nuestro modesto parecer la misma generaría peligrosas y no deseadas distorsiones, las cuales pueden incluso poner en riesgo la seguridad jurídica de cualquier país.

Explicitemos entonces las consideraciones que nos llevan a efectuar una aseveración tan radical como la que acabamos de realizar. Y es que, en primer lugar, no toda ley aprobada y promulgada siguiendo los cánones normativamente previstos es susceptible de afectar directa o inminentemente la vigencia de un derecho fundamental: son muchas las leyes de tipo no autoaplicativo y sobre todo, aquellas cuyo cumplimiento solamente es discrecional para el órgano al cual se le ha encomendado su reglamentación o ejecución<sup>20</sup>- que en el mejor de los casos únicamente perfilarían actos con una posibilidad de riesgo más bien remota, y por ende, no idóneos para viabilizar la posterior interposición de un Amparo, interposición para la cual se exige más bien la existencia de un peligro inminente o próximo<sup>21</sup>. El canal procesal pertinente para enfrentar estos casos es pues, sin lugar a duda, el del proceso constitucional que algunos denominan Recurso de Inconstitucionalidad<sup>22</sup> y otros Acción de Inconstitucionalidad<sup>23</sup>.

Por otro lado, la relativa facilidad existente para obtener la legitimación procesal activa considerada necesaria en un Amparo, unida a la mayor disposición de la judicatura (ordinaria o especializada) para conceder medidas cautelares (y sobre todo, medidas cautelares de no innovar) en este tipo de procesos, podrían ocasionar que, puestas en mano de un juez excesivamente concesivo, prácticamente todas las leyes que componen el ordenamiento jurídico de un país puedan correr el riesgo de encontrar suspendidos sus efectos en casos específicos (aquellos en donde se ha planteado un Amparo y se ha concedido una

medida cautelar) más no en otros, lo cual podría llevar a una situación de total inseguridad jurídica que probablemente a nada bueno conduciría<sup>24</sup>. Por ello, actualmente el grueso de la más calificada doctrina sobre esta materia también marca distancias frente a las tesis admisorias de corte radical, y se adscribe a posturas admisorias más moderadas, posturas cuyos alcances de inmediato pasaremos a explicar.

### C. Las posiciones admisorias moderadas

Las posturas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales a las cuales empezaremos a hacer referencia tienen como elemento común el admitir la interposición del Amparo contra leyes solamente en algunos supuestos. En líneas generales, ello implica reservar el uso del Amparo únicamente contra las leyes de carácter autoaplicativo (aquellas que como bien sabemos no requieren de disposiciones reglamentarias ni actos de ejecución alguno para empezar a surtir efectos jurídicos concretos y afectar a situaciones jurídicas ya existentes), aunque es justo reconocer la existencia de algunos autores que admitirían la interposición de Amparo incluso frente a determinados casos de leyes que poco o nada tienen de autoaplicativo<sup>25</sup>.

La pertinencia de admitir la posibilidad de interponer Amparos directamente contra aquellas leyes de carácter autoaplicativo se sustenta entonces en razones que en principio parecen bastante atendibles. Y es que si reconocemos que con la sola existencia de una de estas leyes ya puede verse comprometido el pleno ejercicio de alguno o algunos de nuestros Derechos Fundamentales, se nos presenta como poco respetuoso del carácter tuitivo del Amparo el tener que esperar a la realización concreta de actos de ejecución de una ley cuya inconstitucionalidad se encontraría ya fuera de toda discusión.

Nadie puede negar además que la existencia de una ley debidamente aprobada y promulgada es ya un hecho cierto; y si a ello le añadimos que alguna de esas leyes puede surtir efectos desde el mismo momento en que entra en vigor, hemos de reconocer que estamos también frente a un hecho con efectos inminentes y no remotos. Se cumplen así los dos requisitos (certeza e inminencia) pacíficamente aceptados por la doctrina como configuradores de una amenaza a la vigencia de un derecho fundamental susceptible de ser despejada a través de la interposición del pro-

ceso constitucional de Amparo.

Es en mérito a consideraciones como las aquí expuestas que ésta es actualmente la postura que va imponiéndose a nivel doctrinario y jurisprudencial en esta materia. Sin embargo, a todas estas consideraciones convendría añadirle una más, vinculada al reconocimiento de una doble dimensión (objetiva y subjetiva) no solamente de los derechos fundamentales, sino de la misma institución procesal del Amparo.

Y es que en la opinión de muchos destacados especialistas, la admisión de Amparos contra leyes deviene en un elemento clave para una mayor objetivación de esta institución procesal, alternativa que algunos recusan abiertamente y otros buscan promover. Estamos entonces frente a un tema que, además de estar muy relacionado con la materia que hemos venido analizando, tiene una significativa relevancia en la determinación de cuál será el rol que le corresponda al Amparo dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos en los cuales éste es acogido, y por ello, vamos siquiera a dedicarle un apartado dentro del presente trabajo.

### D. La objetivación del Amparo como elemento a evaluar en el tratamiento de este tema

Como bien sabemos, una de las discusiones con mayor relevancia en los últimos años con respecto al Amparo es la de cuál es rol y los alcances que debe reconocérsele a esta institución procesal. Esta discusión adquiere especial relevancia en los países como el Perú, donde coexisten labores tuitivas a cargo de la judicatura ordinaria con otros quehaceres protectores confiados más bien a nuestro Tribunal Constitucional.

Es en este contexto en el que se han configurado dos posiciones o tendencias sobre las cuales se considera deberían canalizarse los futuros derroteros del Amparo. Una de estas posturas tiende a la objetivación de este proceso constitucional, pues, tal como señala uno de sus principales promotores en España «[...] En la medida en que el sistema constitucional se afianza y la defensa de los Derechos Fundamentales atribuida a los jueces y tribunales se consolida, debe prevalecer la dimensión objetiva del Amparo (la garantía objetiva de los Derechos Fundamentales, y con ellos, de la Constitución en su conjunto) frente a la subjetiva (los intereses concretos subjetivos de los justiciables)”<sup>26</sup>.

Lo expuesto se traduciría entonces en la necesidad de privilegiar la tutela objetiva de derechos mediante la delimitación de contenidos y fijación de líneas jurisprudenciales<sup>27</sup>, así como a través del reforzamiento de las condiciones y requisitos exigidos para que un Amparo pueda ser conocido por un Tribunal Constitucional. Se le permite así a dicho Tribunal un mayor margen de apreciación, el cual le permite no sólo descartar pretensiones manifiestamente carentes de contenido constitucional, sino que incluso -lo cual pudiera resultar harto discutible- le da la posibilidad de dejar de pronunciarse en aquellos casos en los que a pesar de producirse una lesión a un derecho fundamental, dicha lesión tiene una poca o prácticamente nula relevancia material<sup>28</sup>.

Según los defensores de esta propuesta, la cual nos llevaría a un escenario muy similar al que se ha apuntado en el caso alemán luego de la reforma efectuada en agosto de 1993 a la ley que regula las actividades de su Tribunal Constitucional Federal<sup>29</sup>, una posible no admisión a trámite de una demanda de Amparo ante el Tribunal Constitucional no configuraría una situación de denegación de tutela judicial, salvo en los supuestos (realmente excepcionales) en los cuales dicho Tribunal se pronuncia sin necesidad de que exista una resolución judicial previa<sup>30</sup>. La asunción de esta postura tendría además como ventaja adicional el obligar a un necesario redimensionamiento de la labor (y de los mecanismos previstos para poder ejercer dicha labor) tuitiva de los Derechos Fundamentales a cargo de la judicatura ordinaria, teóricamente la llamada a asumir el quehacer más cotidiano y frecuente en el desarrollo de esta tarea<sup>31</sup>.

Siendo este el objetivo a apuntalar dentro del Amparo para los defensores de la postura que acabamos de reseñar, no cabe duda como en este contexto la admisión de algunos supuestos de Amparo directo contra leyes sería un elemento llamado a colaborar significativamente en el fortalecimiento de este tipo de perspectivas, ante las ventajas que pueden proporcionar pronunciamientos en procesos de Amparo contra alguna ley en la mejor delimitación de contenidos y fijación de líneas jurisprudenciales a seguirse posteriormente<sup>32</sup>.

Ahora bien, es justo señalar cómo esta posible reconducción del Amparo (la cual progresivamente ha venido difundiéndose en muchos países que reconocen la existencia de este mecanismo procesal en un escenario dentro del

cual la judicatura ordinaria y un Tribunal Constitucional comparten la responsabilidad de desempeñar labores tuitivas de los derechos fundamentales) es fuertemente cuestionada por otro importante sector doctrinario, para el cual el Amparo más bien debe ser el cauce a través del que un Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación y clave de fiscalización si se produce una interpretación conforme a la Constitución de todo el conjunto del proceso de creación-aplicación del Derecho<sup>33</sup>.

Sobre el particular, y siendo muy respetuoso de las interesantes argumentaciones que sostienen una postura contraria a la de un apuntalamiento de la dimensión objetiva del Amparo, consideramos que es justo reconocer que la llamada «objetivación» del Amparo constitucional o ante el Tribunal Constitucional (razonamiento que en los países en donde no exista un Tribunal de estas condiciones sería aplicable a aquellos Amparos que pudieran ser conocidos por los Tribunales Supremos de dichos estados luego de existir un pronunciamiento de otras instancias de la judicatura ordinaria al respecto) parece convertirse en una alternativa sustentada en sólidas consideraciones de carácter teórico y práctico, razones vinculadas a una necesaria unificación de la jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales en función a grandes líneas y criterios claramente establecidos, sin que el conseguir dicho objetivo acarree los inconvenientes funcionales propios de convertir a un Tribunal Supremo o a un Tribunal Constitucional en una última instancia para todos los casos referidos a la tutela de los Derechos Fundamentales<sup>34</sup>.

Existen pues una serie de interesantes y atendibles razones que permiten sustentar el conceder una prudente cobertura al Amparo directo contra leyes. Ello, lejos de constituir una posibilidad poco funcional al modelo de control de constitucionalidad recogido por un determinado ordenamiento jurídico, puede más bien resultar de suma utilidad para consolidar una situación más tuitiva de los diferentes Derechos Fundamentales.

Sin embargo, el tratamiento dado al presente tema en el caso peruano no ha respondido precisamente a estos parámetros, poniéndonos en una situación que, por decir lo menos, aparece como poco favorable para aquello que, como ya aquí mismo hemos reseñado, es el fin último de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Pasemos enton-

ces a comentar lo sucedido en el Perú sobre el particular para luego esbozar nuestra perspectiva al respecto.

### III. El Amparo contra leyes en el Perú: entre la incertidumbre y las inconvenientes restricciones introducidas a nivel normativo

Es de conocimiento general que, aun cuando podemos encontrar algunos antecedentes en anterior normativa, el proceso de Amparo se incorpora en rigor al ordenamiento jurídico peruano con la Constitución de 1979, teniendo incluso que esperarse hasta la dación de la ley 23506 para empezar a apreciar con mayor detalle sus alcances.

Una rápida revisión de la ley 23506, así como de su norma complementaria, la ley 25398, y de las demás disposiciones dictadas en aquella época sobre el particular, no incluye anotación alguna acerca de la procedencia del Amparo contra leyes. Sin embargo, pronto se dieron dos perspectivas radicalmente opuestas al respecto: la de la doctrina nacional más calificada, proclive a admitir el Amparo contra leyes de tipo autoaplicativo; y la de la judicatura ordinaria peruana, en líneas generales opuesta a cualquier posibilidad de conceder Amparo en situaciones como las aquí descritas<sup>35</sup>.

Curiosamente cuando el discurso doctrinario favorable a recoger este tipo de pretensiones comenzaba a imponerse, el texto de 1993, en el segundo inciso de su artículo 200, prohíbe expresamente la procedencia del Amparo contra normas legales, denominación de por sí poco clara, por decir lo menos. La intención que escondía este precepto era para algunos la de dificultar el cuestionamiento a leyes inconstitucionales, problema agravado con la indebida e injustificada destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional y la consiguiente desactivación de toda posibilidad de interponer procesos de inconstitucionalidad desde 1997.

Ahora bien, justo es reconocer como, a pesar de no tener las mejores condiciones para su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Peruano emitió una serie de fallos en los cuales, muy a despecho de la literalidad del texto de 1993, acertó en nuestra opinión al admitir la eventual procedencia de Amparos contra normas que reputa como autoaplicativas. En este sentido va, por ejemplo, lo señalado en la sentencia (STC) emitida frente al expediente 11-52-97-AA/TC, por solamente citar uno de los casos

más notorios. En esa interesante resolución se llega a decir que “[...] de tratarse de normas jurídicas autoaplicativas, esto es, normas cuya eficacia no se encuentra condicionada a la realización de algún tipo de actos, el Amparo Constitucional, de ser el caso, puede prosperar válidamente, desde que de optarse por una interpretación rígida del referido precepto contenido en el inciso dos del artículo 200 de la Constitución, ello supondría que la violación de un derecho constitucional por normas de esta naturaleza, quedara en total indefensión, encontrándose ello en absoluta contradicción con la filosofía persona-

lista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad” (fundamento 2 b) del presente fallo)<sup>36</sup>.

Es por ello un tema que nos causa enorme preocupación el que la propuesta de reforma constitucional del once de julio insiste en mantener una expresa improcedencia del Amparo contra normas legales. En un contexto social y político como el actual, el cual busca afianzarse como algo distinto de la autocracia fujimorista, la opción asu-

mida en la propuesta que aquí venimos analizando no parece contar con un sustento razonable y aparentemente no nos proporcionaría mayores aportes a la consolidación de un clima de plena vigencia y tutela de los derechos fundamentales. Ojalá entonces el debate constitucional aun en desarrollo permita la rectificación de este evidente y peligroso error, potenciando más bien la continuidad de una línea de pensamiento apuntalada por una alentadora jurisprudencia. Este es pues en nuestra modesta opinión el camino que debería seguirse en esta importante y delicada materia, salvo mejor parecer.

## Notas

<sup>1</sup> Solamente para citar un ejemplo al respecto, anotaremos cómo en el tradicionalmente denominado «juicio de Amparo» mexicano (el cual, como bien indica la más moderna doctrina de dicho país, en rigor es más bien un proceso) podemos descubrir, siguiendo a Héctor Fix Zamudio, hasta cinco grandes funciones diferentes entre sí, las cuales son a saber:

- El Amparo-Hábeas Corpus, para la protección de los derechos a la vida y la libertad personal;
- El Amparo-Casación, o Amparo contra resoluciones judiciales, el cual a su vez admite cuatro facetas o subdivisiones en función a si la materia en él abordada es de carácter penal, civil-mercantil, administrativo o laboral;
- El Amparo social-agrario, a través del cual se busca dar una protección especial a los campesinos sujetos a la reforma agraria;
- El Amparo contencioso-administrativo (o como contencioso-administrativo), Amparo cuyo ámbito de acción es hoy bastante restringido ante la creación de tribunales de lo Contencioso-Administrativo en varios estados mejicanos;
- El Amparo contra leyes, Amparo previsto para la impugnación de leyes inconstitucionales.

Este último Amparo, el denominado “Amparo contra leyes”, tendría hoy una doble configuración, pues podría ser entendido como “acción de inconstitucionalidad” o cuestionamiento directo no solamente a las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias y tratados internacionales aprobados por el Senado federal; pero también podría asumirse como “recurso de inconstitucionalidad”, en los casos en los cuales lo que se combate directamente es la legalidad de una resolución ordinaria, para a través de ello apreciar en primer lugar si las leyes aplicadas por el Tribunal que emitió esa resolución son o no constitucionales.

Una completa explicación sobre esta caracterización del Amparo mexicano la encontramos en diversas obras del ya antes mencionado Héctor Fix Zamudio, siendo tal vez el texto que mejor sintetiza su actual postura al respecto el de su trabajo «La Justicia Constitucional», texto incluido en AAVV. Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su 75° Aniversario. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992, pp. 107 y ss. (especialmente entre las páginas 140 y 151).

Por otro lado, una siquiera rápida mirada de lo previsto en el Derecho Comparado sobre el particular nos permite apreciar como en muchos países el Amparo es considerado como un recurso y en otros se le denomina acción, cuando en rigor es un proceso con alguna pretensión particular, un proceso constitucional.

España es uno de los lugares en donde se tiende a considerar al Amparo como un recurso. Ello en nuestra modesta opinión tiene, cuando abordamos el tema del Amparo en España, sin duda uno de los temas que más controversia genera es el de la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución, controversia que en nuestra modesta opinión tiene mucho de su sustento en la ausencia de un necesario deslinde (o en la insuficiencia del deslinde hasta ahora efectuado) entre las competencias propias del Tribunal Constitucional (en donde existe) y la judicatura ordinaria (aun cuando la necesidad de deslinde podría también darse entre el Tribunal Constitucional y la institución parlamentaria, a tenor de lo ocurrido en España en casos que motivaron la dación de la STC 206/92 y del ATC 42/1997).

Por ello, frente a la disyuntiva existente en España de comprender al Amparo como un proceso autónomo o como un tipo especial de recurso de casación, puede entenderse la existencia incluso de posturas híbridas o mixtas sobre cuál es la naturaleza jurídica del Amparo constitucional recogido en el artículo 53.2 CE (el cual, según los defensores de esta tesis intermedia, sería en algunos supuestos un proceso autónomo, y en otros, una casación especial para derechos fundamentales). Sin embargo, a nuestro modesto parecer existen muchos más elementos que incluso en casos como el español nos llevan a pensar que antes de estar frente a un recurso nos encontramos frente a un verdadero proceso constitucional.

Explicitemos entonces nuestro razonamiento al respecto. Y es que si bien la tradición histórica española, aunada a otros factores como el del carácter de último remedio del Amparo constitucional proporcionaría elementos que ayudarían a concebir al Amparo constitucional de ese país como un recurso, existen al respecto otros aspectos a tomar en cuenta, los cuales, siguiendo lo expuesto por Joan Oliver (ver al respecto Oliver Araujo, Joan. El recurso de Amparo. Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1986, p. 43), son los siguientes:

- En primer lugar, un recurso implica un replanteamiento de la cuestión litigiosa ante un órgano judicial superior del mismo orden que aquel que pronunció la resolución recurrida, o incluso ante el mismo órgano que dictó dicha resolución. Ninguno de estos dos supuestos es aplicable a lo que ocurre con el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional.

- En segundo término, por lo menos uno de los cuatro tipos de Amparo previstos en España tiene carácter directo, y por ende, no requiere del agotamiento de vía previa alguna. Mal se puede hablar en este caso de la existencia de un recurso, salvo mejor parecer.

- Finalmente, se reclama no perder de vista que el TCE es un órgano fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria y único en su orden.

La consideración del Amparo como una acción, denominación utilizada en nuestro país al abordar esta materia, tiene un sustento procesal también bastante discutible, pues, como todos sabemos, el derecho de acción no recoge todas las actuaciones y posibilidades de acción que nos da cualquier Amparo.

Es en mérito a razones como éstas que consideramos que estamos frente a un proceso y no ante un recurso, o a una acción conclusión a la cual parecen llegar, aun cuando no necesariamente por similares premisas, autores como Gerpe, Manuel. "El recurso de Amparo constitucional". En: Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Año LXXXI N° 2, abril-junio 1982, pp. 207 y ss. (y muy especialmente p. 212); González Pérez, Jesús. «Derecho Procesal Constitucional». Op. cit., p. 278; o Almagro Nosete - Justicia Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Madrid, 1980, p. 191-192. En esta misma dirección apuntaba el ATC de la Sala Primera del 26 de noviembre de 1980, y parece ser una constante en la mayor parte de las nuevas publicaciones sobre estos temas, en las cuales se incluye al recurso de Amparo dentro del rubro «Procesos Constitucionales». A modo de ejemplo en el cual podemos sustentar esta última aseveración, podemos citar libros como AAVV. Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla 27/28 de setiembre de 1991). Madrid, CEE, 1992; o el colectivo de Caamaño, Francisco; Gómez Montoro, Angel; Medina, Manuel y Requero, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Madrid, McGraw Hill, 1997.

<sup>2</sup> Si bien ya habíamos adelantado alguna referencia a este tema en la nota tres del presente trabajo, señalaremos aquí como Fix Zamudio distingue hasta tres diferentes planos en lo vinculado con la tutela de los Derechos Fundamentales. Según dicho autor, en cualquier proceso común y corriente puede darse la protección de algún derecho fundamental, a pesar de que el mecanismo procesal utilizado (o incluso, la protección central del proceso iniciado) no sea la de preservar la plena vigencia de uno de esos derechos. A esta situación es la que Fix denomina de tutela de un derecho fundamental mediante un medio procesal ordinario.

Posteriormente el autor cuya propuesta aquí estamos desarrollando anotará también cómo existen casos en los cuales se toman decisiones que si bien en principio poco o nada parecerían estar vinculadas a las labores tuitivas a las cuales venimos haciendo referencia, tienen en el fondo una motivación directamente relacionada con ese tipo de tareas. Este es el caso por ejemplo de una moción de censura a algún ministro, si es que con dicha censura se busca sancionar una actitud o comportamiento ministerial violatorio de algún derecho fundamental. Si bien el objetivo de la censura es el de separar de su cargo a un ministro al cual se considera ineficiente para desempeñar tales responsabilidades, esta censura devendría en un medio indirecto de protección de los derechos fundamentales en la medida que el respeto a la plena vigencia de esos derechos será de ahora en adelante una pauta a seguir para todo aquel ministro que no quiera correr el riesgo de ser separado de su cargo por el Congreso.

Finalmente, Fix Zamudio reconoce la existencia de medios procesales específicos (o procesos constitucionales), instrumentos procesales cuyo objetivo es el intentar tutelar con la mayor rapidez y eficacia posible la plena vigencia de los derechos fundamentales. En esta lógica, instituciones como el Amparo son, sin lugar a dudas, medios procesales específicos. Una detallada exposición del razonamiento de Fix Zamudio al respecto lo encontraremos en su La protección procesal de los Derechos Humanos antes las Jurisdicciones Nacionales. Madrid, Civitas, UNAM, 1982, p. 57.

<sup>3</sup> Nos referimos aquí al tema del Amparo frente a actos de particulares, en el cual son muchos los países en los cuales se ha optado por acoger la teoría alemana sobre la *Drittwirkung* o eficacia del Amparo en este tipo de supuestos. Textos de indispensable consulta frente a las ventajas y dificultades existentes al respecto son, entre otros, el de García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio -Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. Madrid, Cuadernos Civitas, 1986; así como el de Bilbao Ubillos, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid, CEC-BOE, 1997. También tiene interesantes referencias al respecto el texto de Herrero Tejedor, Fernando. Honor, Intimidación y propia imagen. Madrid, Colex, 1990 (existe una edición de 1994).

La lógica norteamericana seguida en el tratamiento de estos temas reposa más bien en la Teoría de la *State Actio*. Una clara explicación sobre los alcances de la *State Action* la encontramos en Bilbao Ubillos, Juan María. Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. Madrid, Mac Graw Hill, 1998.

<sup>4</sup> La posibilidad de atacar las omisiones de la Administración ha merecido incluso la institución en algunos ordenamientos jurídicos de un medio procesal específico al cual se ha denominado Acción de Cumplimiento, medio procesal hoy existente en Colombia y el Perú, aún cuando con importantes matices entre ambas experiencias. Por otro lado, tema de mayor complejidad es el de poder cuestionar flagrantes casos de omisión legislativa. Sin embargo, las iniciativas manejadas al respecto generalmente se encuentran más bien vinculadas a la llamada «inconstitucionalidad por omisión», materia que excede ampliamente los alcances del presente trabajo.

<sup>5</sup> Aquí resulta conveniente aclarar la diferente situación a la cual puede llevar el modelo de justicia o jurisdicción constitucional asumido en cada país. Y es que mientras en aquellos países con un sistema concentrado de control no corresponde al juez ordinario sino al Tribunal Constitucional el declarar la inconstitucionalidad de una ley, en un país con un modelo difuso o mixto en principio cualquier juez que detecte la inconstitucionalidad de una ley puede inaplicarla únicamente para el caso concreto que viene resolviendo. Ello sin perjuicio del precedente que dicho fallo pueda generar, o de la eventual existencia en aquellos países de mecanismos procesales similares a los que en España y otros países europeos son denominados se denominan recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>6</sup> Es que aquí no se discute si es el Amparo el escenario ideal para discutir a cabalidad si estamos o no frente a una ley inconstitucional (en principio los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes parecerían presentarse como más idóneos para cumplir con dichas tareas), sino si es posible considerar que la sola existencia de una ley constituye lo que podríamos denominar un acto lesivo susceptible de ser impugnado mediante Amparo, y por ende, elemento habilitante para el planteamiento de pretensiones de inconstitucionalidad en uno de estos procesos. Adelantando parte de nuestro punto de vista sobre el particular diremos entonces que nosotros consideramos que ello es posible en algunos casos, esencialmente vinculados a aquellas leyes con un carácter autoaplicativo.

<sup>7</sup> Denominaciones similares a las nuestras, aunque con contenidos y alcances no exactamente iguales a los que aquí planteamos, han sido empleadas por Sagüés, Néstor Pedro. "El Amparo contra leyes". En: *Derecho y Sociedad* N° 3. Lima, 1990, pp. 6 y ss.

<sup>8</sup> Este es el caso del texto constitucional peruano de 1993, el cual en el segundo apartado de su artículo 200 expresamente señala que no procede la interposición del Amparo contra leyes alternativa cuya justificación (formal y real) luego analizaremos con mayor detalle.

<sup>9</sup> Lo ocurrido en España sería un buen ejemplo al respecto, pues allí las posturas denegatorias encuentran más bien su sustento en lo expuesto por un importante sector de la doctrina y lo mayormente resuelto por su Tribunal Constitucional sobre el particular. En este sentido se encuentran pronunciamientos como la STC118/88, del 20 de junio; y los AATC 103/84, del 21 de marzo; 296/85 del 8 de mayo; 244/86, del 12 de marzo; y muy especialmente el AATC 385/89, por solamente citar los precedentes más antiguos de una ya reiterada línea jurisprudencial.

<sup>10</sup> Esta es la postura defendida por ejemplo por Lazzarini, José Luis. "El juicio de Amparo". Buenos Aires, La Ley, 1988, pp. 214-215; así como por Ortecho, Víctor Julio. *Derechos y Garantías Constitucionales*. Trujillo, Marsol Perú Editores, 1985, p. 375.

<sup>11</sup> En este aspecto resulta importante resaltar lo planteado en el artículo 4 de la Ley 25398, ley complementaria de la regulación del Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú, norma en la cual (recogiendo así las posturas doctrinarias más avanzadas hoy existentes en el Derecho Comparado sobre el particular) se establecen como amenazas de violación susceptibles de ser atacadas o impugnadas mediante Amparo a aquellas que se caractericen por ser ciertas y de inminente realización. La amenaza a tomarse en cuenta en estos casos debe entonces ser real y posible de cumplirse dentro de un lapso de tiempo más bien próximo. Al respecto es conveniente revisar los interesantes comentarios recogidos sobre el particular en Borea, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Lima, Grijley, 1996, pp. 46-50 (existe también una edición del año 2000).

<sup>12</sup> Así por ejemplo, Eduardo García de Enterría, en su ya clásico trabajo "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", no solamente señala que el juez español estaba sometido a la Constitución, sino que debía aplicarla directamente en los siguientes supuestos:

1. Enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes, ya sea efectuando una evaluación de la norma que debe aplicar en un caso concreto (evaluación que en su momento podría llevarle a plantear una cuestión de inconstitucionalidad) o realizando un juicio positivo de la constitucionalidad de una ley al aplicarla para solucionar un caso concreto;
2. Juicio sobre la constitucionalidad de los reglamentos, los cuales puede inaplicar si los considera inconstitucionales además de ilegales;
3. Juicio sobre la inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (sean estos administrativos o judiciales) o privados, negando la validez de los mismos si concluye que son inconstitucionales;
4. Casos de interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, tanto en el caso de leyes como en el de reglamentos.

Recomendamos entonces ver, García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Cívitas, 1981, p. 67. En esta misma línea de pensamiento, autores como Luis Díez Picazo rescatan la posibilidad de una aplicación directa de la Constitución por los jueces ordinarios en aquellos asuntos vinculados a derechos fundamentales con un especial ámbito de protección, postura recogida en Díez Picazo, Luis. "Constitución, Ley, Juez". En: *REDC* N° 15, p. 19.

A pesar de lo ya expuesto, es justo también reconocer como en el mismo caso español todavía, aunque doctrinariamente minoritarias, existen posturas reacias a aceptar una aplicación directa de la Constitución por el Juez ordinario (es de este criterio, por ejemplo, Pérez Royo, Javier. "Por qué no". Artículo publicado en el diario "El País" del 18 de abril de 1997, pp. 13-14). Por otro lado, resulta oportuno resaltar como hay quienes, sin negar la eficacia normativa de la Constitución, entienden que los jueces ordinarios no efectúan una aplicación del texto constitucional en sentido estricto, sino solamente en forma mediada, como norma que únicamente le proporciona las pautas y parámetros (pautas y parámetros cuyo desarrollo será abordado dentro del ordenamiento infraconstitucional) considerados válidos para la solución de un determinado conflicto. Esta es la posición defendida por Aparicio Pérez, Miguel Ángel en "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del Amparo constitucional". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 3, Madrid, CEC, mayo-agosto 1989, p. 47.

<sup>13</sup> Es que cuando se habla de modelos mixtos no siempre nos estamos refiriendo a lo mismo, pues los aspectos en los cuales se entremezclan elementos de sistemas difusos y concentrados muchas veces no coinciden entre sí. Ello explica cómo en el caso español que mientras para Vicente Gimeno Sendra el carácter mixto del modelo de ese país estaría dado por la subsidiariedad de la actuación del Tribunal Constitucional frente al quehacer de la judicatura ordinaria en defensa de los derechos fundamentales (ver al respecto Cascajo Castro, José Luis, y Gimeno Sendra, Vicente. *El Recurso de Amparo*. Madrid, Tecnos, 2ª ed. 1984, p. 158); para Miguel Ángel Aparicio Pérez (ver su Introducción al Sistema Político y Constitucional Español. Barcelona, Ariel, p. 149) el carácter «mixto continental contemporáneo» del modelo español estaría dado por

el hecho de que es a un órgano de carácter esencialmente jurisdiccional (y no a un legislador negativo como en la propuesta original de Kelsen) al que se le asigna la responsabilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional en función a la Constitución.

Sin embargo, no es este tipo de modelos (vistos más bien por un buen sector de la doctrina como nuevas manifestaciones del modelo concentrado antes que como verdaderamente «mixtos») a los cuales aquí intentábamos hacer alusión, sino a aquellos en donde la mezcla de elementos propios de las formulaciones clásicas de los modelos concentrados y difusos se ha hecho todavía más patente. Es el caso, por solamente citar un ejemplo, de lo ocurrido en el modelo mixto o dual hasta hoy formalmente vigente en el Perú, en donde, independientemente de las múltiples posibilidades de actuación que se le reconoce al Tribunal Constitucional, cualquier juez ordinario puede inaplicar una norma que repunte inconstitucional.

<sup>14</sup> Ver al respecto, Bidart Campos, Germán - "Régimen legal y jurisprudencial del Amparo". Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 289 y ss.

<sup>15</sup> Rabasa, Emilio, citado por Burgoa, Ignacio. El juicio de Amparo. México, Porrúa, 19ª ed., 1983 (la última edición, la 33ª, es de 1997).

<sup>16</sup> Sánchez Viamonte, Carlos. Voz "Juicio de Amparo". En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Tomo XVII, p. 169.

<sup>17</sup> Bielsa, Rafael. Metodología Jurídica. Santa Fe, Castellví, 1961, p. 87.

<sup>18</sup> Borrajo Iniesta, Ignacio. "Amparo contra leyes". En: REDA N° 98. Madrid, CEC, mayo-agosto 1982, pp. 167 y ss.

<sup>19</sup> Ver al respecto lo señalado sobre el Amparo mexicano en la nota ocho del presente trabajo.

<sup>20</sup> Es de similar criterio, Sagüés, Néstor Pedro. "El Amparo contra leyes". Op. Cit., p. 8.

<sup>21</sup> Para analizar si estamos frente a hechos que pueden o no constituir una amenaza susceptible de buscar ser revertida mediante Amparo resulta harto conveniente acoger la distinción, planteada inicialmente por la doctrina mexicana, entre "actos futuros remotos" y "actos futuros próximos o inminentes". Los primeros serían aquellos hechos inciertos y eventuales cuya producción -si finalmente ocurre- cae íntegramente dentro del área del porvenir. Los segundos constituirían más bien aquellos hechos ciertos próximos a ejecutarse, y por ende, cuya comisión se verificaría en un futuro inmediato. Resulta claro entonces cómo en el supuesto de los llamados actos futuros remotos puede haber algún peligro a la vigencia de un derecho fundamental, pero ese riesgo de peligro es todavía tan hipotético que es imposible considerar que pueden configurar una verdadera amenaza al ejercicio de alguno de dichos derechos. Solamente en el caso de encontrarnos ante unos acontecimientos ciertos e inminentes estaríamos pues en condiciones de invocar razonablemente la existencia de una verdadera amenaza a la plena vigencia de un derecho fundamental. Un buen análisis de este tema lo encontramos en Lazzarini, José Luis. Op. cit., p. 209, así como en Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Tomo III: Acción de Amparo. Op. cit., p. 107.

<sup>22</sup> Nombre que se le da a este tipo de procesos en países como España. Ver al respecto las apreciaciones que efectuamos en la segunda parte de la nota veintisiete de este trabajo.

<sup>23</sup> Denominación que se le da a este tipo de procesos en diversos países (y entre ellos, en el Perú. Ver al respecto lo previsto en el cuarto inciso del artículo 200 de la Constitución Peruana de 1993). En un estricto sentido técnico-procesal, resulta también impropio denominar «Acción» a algo que a todas luces es un proceso constitucional autónomo.

<sup>24</sup> Abona en favor de esta nuestra afirmación lo ocurrido en el caso mexicano, en donde la aplicación de la llamada "fórmula Otero" (nombre con el cual habitualmente se conoce a lo previsto en los artículos 107, fracción II de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo de ese mismo país, disposiciones en las cuales se reduce el efecto de las sentencias de Amparo contra leyes únicamente a las partes que lo hubiesen interpuesto) ha creado una sensación de inseguridad jurídica que hoy resulta insostenible, siendo un consenso dentro de la más calificada doctrina mexicana el reconocerle un efecto erga omnes a las sentencias de Amparo emitidas en estos casos. Una detallada explicación a cerca de la controversia existente en México al respecto la encontramos en Fix Zamudio, Héctor. La Justicia Constitucional. Op. cit., especialmente en las pp. 142 y 145.

<sup>25</sup> En el ámbito latinoamericano cabe resaltar las atingencias planteadas al respecto por Adolfo A. Rivas y Néstor Pedro Sagüés. En el primero de los casos el procesalista argentino señalará que cualquier ley, sin importar si es autoaplicativa o no, si es lesiva de derechos constitucionales equivale al menos a una amenaza, y perfila por ello un peligro concreto y atendible a los fines del Amparo. Ver al respecto Rivas, Adolfo. El Amparo. Buenos Aires, La Rocca, 1987, pp. 128-129. Por otro lado, el ya varias veces citado jurista rosarino deja abierta la posibilidad de admitir Amparos contra leyes no autoaplicativas de cumplimiento obligado para el órgano encargado de la reglamentación o ejecución de dicha ley. Sagüés argumenta que el solo hecho de existir el deber de instrumentar o hacer operativos aquellos dispositivos legales podría ya reputarse como una amenaza para efectos del Amparo, pues importaría la adopción de una decisión concreta y específica del Estado a plasmarse en el plano del futuro próximo y no del futuro remoto (sobre la diferencia entre estos dos últimos conceptos recomendamos ver al respecto la nota 29 de ese mismo trabajo). Una buena síntesis de este sugerente planteamiento la podemos encontrar en Sagüés, Néstor Pedro. "El Amparo contra leyes". Op. cit., p. 8.



<sup>26</sup> Opina en este sentido Pérez Tremps, Pablo. "El recurso de Amparo constitucional: II. Aspectos procesales". En: AAVV. Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla 27/28 de Septiembre de 1991). Madrid, CEC, 1992, p. 124.

<sup>27</sup> Es de este criterio Revenga Sánchez, Miguel. "Las paradojas del recurso de Amparo tras la primera década de Jurisprudencia Constitucional (1981-1991)". En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994, pp. 25 y ss. (especialmente p. 31).

<sup>28</sup> A similar conclusión llega Cruz Villalón, Pedro. «Sobre el Amparo». En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994, pp. 9 y ss., sobre todo p. 19. En este mismo sentido va lo resuelto por el TCE en un polémico auto del 12 de septiembre de 1994, en el cual no se admite la demanda de Amparo registrada con el número 2403/1993.

Cabe aclarar que la propuesta aquí reseñada solamente parece ser posible en un contexto dentro del cual el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional viene siempre precedido (como es la mayor parte de los casos dentro del ordenamiento jurídico español) de un pronunciamiento judicial, correspondiéndole a la judicatura ordinaria la tutela cotidiana de los derechos fundamentales, tutela que en su caso (lo cual obviamente no incluye a todas las situaciones) puede ser (nuevamente) efectuada y hasta resuelta sobre la base de diferentes consideraciones por el Tribunal constitucional. Ahora bien, sería interesante preguntarse cuánto afectará a este razonamiento la asunción de fórmulas como la asumida por la Constitución Peruana de 1993, la cual atribuye como una de las competencias de su Tribunal Constitucional la de ser última instancia para la resolución de los Amparos (además de los Hábeas Corpus, Hábeas data y acciones de cumplimiento) en los cuales la pretensión del o de los demandantes hayan sido denegadas por la judicatura ordinaria (ver al respecto el inciso 2 del artículo 202 del texto constitucional antes mencionado).

<sup>29</sup> Ver al respecto las interesantes reflexiones que efectúan Rubio Llorente, Francisco. "El trámite de admisión del recurso de Amparo", trabajo incluido en su libro *La forma del Poder*. Madrid, CEC, 1993, pp. 537 y ss., (sobre todo pp. 546 a 554), y Rodríguez Álvarez, José Luis. "Seleccionar lo importante". En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994.

<sup>30</sup> En este sentido, Cruz Villalón, Pedro. "Sobre el Amparo". Op. cit., p. 19. Esta postura reiteramos es explicable y atendible dentro de un contexto como el español, en el cual el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional viene en la mayor parte de los casos precedido de un pronunciamiento judicial, y donde además, la actuación del Tribunal Constitucional es extraordinaria y hasta eventual frente al quehacer de quien tiene la responsabilidad de efectuar la tutela más bien cotidiana de los derechos fundamentales, la judicatura ordinaria.

<sup>31</sup> En este mismo sentido, Revenga, Miguel - Op. cit., p. 31.

<sup>32</sup> El importante papel que le toca cumplir al Amparo contra leyes dentro de una necesaria objetivación de esta institución procesal constitucional es incluso reconocida por quienes se muestran contrarios a dicha objetivación. Ello lo demuestra el especial tratamiento que le proporciona a este tema Díez Picazo, Luis María. "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo". En: REDC N° 40. Madrid, enero-abril 1994, pp. 9 y ss. (especialmente pp. 26-29), al incluir al Amparo contra leyes dentro de las medidas que considera destinadas a un reforzamiento en clave objetiva del "recurso de Amparo" recogido dentro del ordenamiento jurídico español.

<sup>33</sup> En este sentido opina Díez Picazo, Luis María. "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo". Op. cit.

<sup>34</sup> Sin embargo, es importante anotar como esa labor de objetivación del Amparo debe materializarse con mucho cuidado para así evitar una sensación de denegación de justicia, y como consecuencia de ello, la configuración de una vulneración del escenario garantista a nivel judicial asumido como válido por nuestra Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte. Recordemos si no que la misma actuación del Tribunal Constitucional Federal Alemán fue objetada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al alegarse que su comportamiento institucional constituía una violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>35</sup> Todo ello muy a despecho de las repercusiones que en su momento tuvo el uso del Amparo para a través de este proceso constitucional intentar revertir la decisión tomada por el entonces presidente de la República, Alan García Pérez, de estatizar todo el sistema bancario nacional. Ahora bien, justo es reconocer que en el debate de 1993 fueron, si cabe el término, "resucitadas" las preocupaciones que en su oportunidad generó la actuación judicial posterior a la dación de esta polémica medida.

<sup>36</sup> Esta misma línea de pensamiento la encontramos en sentencias como la emitida en el caso Aurelio Julio Pun Amat (Expediente No. 1100-2000-AA/TC), en el cual el Tribunal Constitucional Peruano señala lo siguiente:

"[...] Que, asimismo, el que con posterior a la presentación de la demanda, el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución de 1993 haya previsto que el Amparo no procede contra normas legales, de ello no se deriva, siempre y de manera inexorable, que en ningún supuesto o circunstancia pueda interponerse un Amparo cuando la lesión de un derecho constitucional se produzca como consecuencia de la vigencia de una norma, ya que:

La limitación establecida en el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución de 1993 pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales, se pueda impugnar en abstracto la validez constitucional de las leyes, cuando en el ordenamiento existen otros procesos, como la Acción de Inconstitucionalidad, cuyo objeto es precisamente preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.

Naturalmente, de ello no se deriva que siempre que se solicite la inaplicación de una ley o una norma con fuerza de ley en el Amparo, esta garantía constitucional no pueda servir para resolver la pretensión de fondo, pues en tales casos el juez

constitucional debe reparar acerca de la estructura constitutiva de la norma legal a la que se reputa agravio, de manera que si dicha norma tiene su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, el juzgador no podrá optar por la inaplicación de la norma inconstitucional entre tanto no se materialicen aquellos actos que permitan a la norma con rango de ley adquirir eficacia jurídica.

Distinta es la situación de las normas operativas, esto es, aquellas cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que la adquieren al tiempo de entrar en vigencia. En tales casos, y siempre que éstas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el Amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además, porque, tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión. [...]”.