

# “La Acción de Amparo contra sentencias: ¿Una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada?”

(Primera Parte)

**Samuel B. Abad Y.**

Alumno del Sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la P.U.C.

*“... las garantías individuales (derechos) existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...”*

*Caso: Angel Siri  
Buenos Aires, diciembre 27 de 1957.*

Ya Ingo Von Munch en 1979 en el marco de un sistema jurídico distinto al nuestro hablaba de la presencia de un fenómeno conocido en Alemania Federal como el boom del campo jurídico, se trataba del “boom de la acción de amparo”. Este fenómeno se presenta hoy en el Perú y es por eso que pretendemos analizar este tema a la luz de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia buscando aclarar conceptos que nos permitan tener una idea cabal de la materia.

## CAPITULO I: La Sentencia

### 1) Supremacía de la Constitución.

El encontrarse en un sistema jurídico en el que está vigente una Constitución marca el perfil del Estado como uno de Derecho, como un Estado Constitucional. Así Sánchez Viamonte señala que “el constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituídos que forman el gobierno ordinario” (Sánchez Viamonte: 1957: 16). Es este sistema de supremacía constitucional el que siendo importante no es fácil mantener, por lo que estamos de acuerdo con el citado tratadista argentino al sostener que el problema del Constitucionalismo es igualmente un problema de Defensa Constitucional.

Usualmente al tratar el tema de la supremacía constitucional se ha estudiado éste más exhaustivamente en relación a los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo, así Marcial Rubio y Dale Furnish analizan la estructura del ordenamiento legislativo peruano, ubicado en primer lugar a la Constitución, luego

a las leyes, a los decretos y demás resoluciones inferiores del Ejecutivo; más no se ha analizado tanto en relación a la subordinación de los actos emanados por el órgano jurisdiccional a la Ley Fundamental. Es esto lo que pretendemos hacer, en especial la subordinación de las sentencias a la Constitución y su defensa mediante el instituto del Amparo, pues “la inconstitucionalidad no es privativa de las leyes o de las normas jurídicas que vulneran la Constitución, sino de toda actividad que no se ajusta a ella” (Bidart: 209).

### 2) La Sentencia.— Concepto

Conocido es que el acto más importante en un proceso es la sentencia con la cual el órgano que ejerce la función jurisdiccional, resuelve o decide una litis mediante “la creación de una norma jurídica individual aplicable sólo al caso juzgado” (Chichizol; 1138), pero esta creación “no la realiza el juez libremente sino que debe hacerlo moviéndose dentro del marco normativo general establecido por el derecho positivo vigente” (Loc. cit.) dentro del que debería escoger las normas aplicables al caso que lo conduzcan a la decisión que contiene su fallo. Ya la sentencia dejó de entenderse exclusivamente como un silogismo, pues hoy es considerada como un acto de la voluntad, dado que contiene “la expresión de la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o de derecho objetivo” (Alvarado: 366), por eso en la actualidad el juez-boca-de-la-ley es una figura que debe pasar al olvido.

En este orden de ideas esta creación de una norma jurídica aplicable sólo al caso concreto viene a constituirse en una obligación del juez, cuyo objeto es alcanzar la verdad sustancial o material pero que por la realidad de los hechos se limita a ser formal, la que “... no es otra verdad; más bien menos verdad, un grado de verdad inferior a la verdad pura”. (Carnelutti: 305), pero que vale como si fuese esta última. Es por este motivo que Carnelutti sostiene que el cometido del juez es en último análisis acción, su función es resolver conflictos, y así “el problema se resuelve en una

paradoja: obrar, accionar, aún cuando no se pueda juzgar"... La ley, nada menos, termina por decir al juez: equívocate pero decide". (:299), aunque como el mismo autor señala no se debe dejar de reconocer el valor práctico de este instrumento imperfecto pero necesario para la convivencia.

Ante esta situación, un poco que va surgiendo la duda ¿debe siempre presumirse que una sentencia es constitucional pese a que con ella se estén violando derechos fundamentales? Bidart considera que esto no es así, pues opina que "... las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales pueden también verse afectadas de inconstitucionalidad" (:222).

Así podemos darnos cuenta que la sentencia "... está también incardinada en la jerarquía del mundo jurídico... está imbricada en los peldaños de la pirámide jurídica... es norma nueva pero también es producto aplicativo del ordenamiento superior y antecedente" (Vanossi: 1981: 1267). Entonces debemos saber cuando este acto jurídico puede ser constitucionalmente válido.

### 3) Requisitos para que una sentencia sea constitucionalmente válida.

Normalmente se ha considerado a estos requisitos como inmersos en los Códigos de Procedimientos y sólo garantizados por los recursos que ese cuerpo legal les concede. Quizás hasta se ha dejado de lado el análisis de la jerarquía de estas normas adjetivas al interior de la pirámide kelseniana, sólo se las ha calificado como de orden público y por tanto de estricto cumplimiento más no se ha urgado un poco su aspecto constitucional.

Todos sabemos que los derechos constitucionales referidos a la libertad, a la familia, al comercio, al trabajo, etc., gozan de un estatuto protector que no es otro que los códigos o las leyes especiales que los regulan. Más nuestros Códigos de Procedimientos ¿no tienen un sustento constitucional? ¿es que se limitan exclusivamente a regular el procedimiento para actuar normas sustantivas que sí gozan de una base de esa jerarquía?

El constitucionalismo moderno considera pilar fundamental del Estado de Derecho el llamado "principio de legalidad", de acuerdo al cual todo acto que limite la libertad jurídica del individuo debe fundarse en una ley; este principio se traduce normalmente en las Constituciones en un "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", así todas las actividades del Estado están sujetas a la ley lo que conlleva a "que los mandatos y las órdenes no sean producto de la voluntad arbitraria sino de la normatividad previamente formulada" (Bidart: 108).

Pero la mera legalidad no basta si el contenido de la ley resulta injusto, por que se llega a integrar este principio con el de "razonabilidad" que indica que existe un standard, un patrón jurídico, vinculado por Dana Montaña con la constitucionalidad de la norma, que obliga a dar a la ley un contenido razonable, justo, valioso (Bidart: 118). Esta regla de razonabilidad es la que se conoce como la "garantía del debido proceso", constitucionalizada en las enmiendas V y XIV de la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica como el "due process of law", siendo interpretado tanto en un sentido sustancial como en

uno procesal. En forma procesal, que es la que nos interesa, exige que nadie pueda ser privado judicial o administrativamente de su libertad (lato sensu) sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por ley que de al individuo la posibilidad de exponer las razones de su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada, se trata así de "... un procedimiento regular de acuerdo con reglas establecidas que no violen los derechos fundamentales" (Bidart: 499).

Este es ya un verdadero derecho, es el derecho al "debido proceso adjetivo" que, en nuestra opinión está consagrado en la Constitución en su art. 232 al señalar que "La potestad de administrar justicia... Se ejerce por los juzgados y tribunales... con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen", y en forma similar en el art. 2,20), 1 cuando dice "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos..."; normas concordantes con el art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica al señalar que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral... o de cualquier carácter". De lo cual se concluye que el fiel cumplimiento de esta "garantía de la administración de justicia" —verdadero derecho fundamental— es ya un primer requisito para que una sentencia sea constitucionalmente válida y que al decir de Fisner "... está necesariamente reglamentada en las normas de los códigos procesales" (:948).

Entendemos con Mario Chichizola que esta garantía contiene implícitamente requisitos de contenido y presupuestos procesales que son de obligatorio cumplimiento (:145), así: la sentencia debe dictarse por un juez o tribunal legítimamente constituido y competente; debe referirse exclusivamente a las partes que hayan intervenido en el proceso; debe ser debidamente fundada; tiene que resolver la totalidad de las cuestiones planteadas, pues de no hacerlo constituiría una verdadera denegación de justicia; además no puede pronunciarse sobre cuestiones no planteadas por las partes porque esto implicaría una evidente transgresión al principio de la defensa en juicio, etc. Nos damos cuenta que toda sentencia está condicionada por los presupuestos de la jerarquía normativa, por lo que cualquier infracción a ésta conllevaría a su calificación como inconstitucional, en la medida que "no escapa a las limitaciones que impone toda imbricación en una graduación de normas, por ser también norma" (Vanossi: 1981: 1268) Por eso somos de la opinión que "la doctrina publicista tan claramente admitida en los últimos años, puede extender su campo de aplicación a una teoría política del proceso civil". (Couture: 157).

### 4) La cosa juzgada

El fin perseguido por las partes es obtener una de-

claración del juez que decida definitivamente la cuestión litigiosa de tal forma que no pueda ser nuevamente discutida en el mismo proceso, ni en ningún otro futuro, y que en caso de contener una condena pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones. Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, se designa con el nombre de cosa juzgada. (Alsina: 122).

Para que ella exista es necesario que esté presente por lo menos el elemento de la "irrecurribilidad" al que muchas veces se aúna el de la "inmutabilidad" de la decisión; así, de acuerdo a su presencia distinguimos la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material (Ibid: 124). En este orden de ideas, ¿cuál es el fundamento de esta institución? Entendemos con Alsina que son dos: el valor seguridad jurídica que da estabilidad a las relaciones de derecho y la "extinción de la acción" con su ejercicio. Entonces, un poco que va surgiendo la duda ¿qué sucede en el caso de que una sentencia sea inconstitucional? ¿pasará en autoridad de cosa juzgada? ¿se permitirá que un juez cubra la violación por él efectuada bajo el manto de la autoridad de la cosa juzgada? ¿podrá exigirse el cumplimiento de una obligación no acreditada durante la secuela del procedimiento? Si sabemos que los derechos humanos sin las adecuadas garantías que los protejan no son más que meras declaraciones líricas ¿cabe alguna acción de garantía contra este tipo de sentencias? ¿no existe acaso en nuestro procedimiento penal un recurso de revisión que ya enerva la autoridad de la cosa juzgada?

## CAPITULO II: La acción de amparo

Originalmente surge el Habeas Corpus como garantía para la protección de los derechos fundamentales ya reconocidos por la autoridad estatal pero trasladados por ella porque esto no les acarrea ningún perjuicio.

"El deseo de proteger a todos los derechos constitucionales y no sólo a los referentes a la libertad individual, llevó a la institución del Amparo, que como tal aparece en México legislado especialmente en la Constitución de 1857" (Borea: 1977: 29).

En el Perú pese a que el D.L. 17083 fuera calificado por la doctrina extranjera como Ley de Amparo (Fix Zamudio: 1979 :229), consideramos que recién con la Constitución vigente se puede hablar propiamente de la presencia de esta acción en nuestro sistema, porque el citado D.L. sólo fue "un intento de separar los campos de acción, más conteniendo grandes lagunas que impiden señalarlo como un todo orgánico" (Borea: 1977 :29).

Así pues nuestra Constitución en su art. 295 recoge este instituto señalando que cautela los derechos reconocidos por ella no referidos a la libertad individual que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. En este orden de ideas pensamos con Lazzarini que son tres los "presupuestos mínimos del amparo" (:158):1) la acción debe suponer la existencia de un hecho, un acto, una omisión, o una amenaza que cause un agravio, pudiendo provenir éste del Estado o de los particulares, 2) que el mismo produzca un daño real y tangible, y 3) que el derecho violado sea uno de carácter constitucional.

Ante esta situación, y tomando en consideración

que el Juez e igualmente los integrantes de los tribunales colegiados son funcionarios, autoridades que muchas veces pueden causar agravios a los particulares que produzcan daños reales y tangibles violando derechos de carácter constitucional surge la interrogante sobre si procede ésta acción de garantía contra sentencias.

### 1) Posición de la doctrina

Mucho se duda y discute en doctrina sobre la procedencia o no del amparo contra sentencias e incluso las tesis que permiten su interposición se encuentran divididas en relación a los alcances que ésta debe tener; así Sagués considera que hay dos opiniones opuestas sobre el asunto (:la Tesis Negativa y la Tesis Positiva).

**1.1) Tesis Negativa.**— Toma como argumentos fundamentales para no permitir la procedencia de la acción los siguientes:

A)- que siendo la cosa juzgada el efecto principal de la sentencia que permite la resolución que ha adquirido este carácter obtenga valor definitivo e inmutable. "Es lo que Hans Kelsen denomina..., la habilitación, convalidación o confirmación de una norma singular, violatoria de una norma superior: la sentencia inconstitucional, pasa a ser confirmada por el mismo ordenamiento jurídico, si llega a tener vigor de cosa juzgada". (Sagués: 154).

"El argumento esencial es que la seguridad jurídica requiere mantener la presunción jure et de jure de verdad legal de las resoluciones judiciales jurídicamente inimpugnables porque de no ser así se eliminaría la cosa juzgada, de aceptada utilidad social y se arrastraría a la sociedad hacia el caos y la más terrible inseguridad jurídica. (Grau: 98).

Además "siempre ha de seguir alguien que falle en última instancia y cuya decisión no se encuentre sujeta a control. Si no fuera así, todos los procedimientos serían interminables y siempre existiría una instancia más con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica del país" (Borea: 1977:67). B)- por una acción sumarísima no se puede invalidar un procedimiento muchas veces más extenso, opinión sustentada en el criterio de que un proceso en el que las partes tuvieron mayor posibilidad de defenderse no puede ser invalidado por otro sumarísimo que no examina los hechos en forma tan exhaustiva como aquel.

C)- un magistrado jerárquicamente inferior no puede revisar y dejar sin efecto una sentencia de un superior, argumento basado en el sistema jerárquicamente organizado de la administración de justicia.

En cuanto a legislaciones se trata, la argentina ha adoptado esta tesis al señalar en el artículo 2, inc. b de la Ley 16,986 que "La acción de amparo no será admisible cuando: b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial", lo cual, no ha evitado que la doctrina de ese país siga dividida en este punto.

**1.2) Tesis Permisiva.**— Aunque "la mayor parte de la doctrina admite que la acción de amparo sea viable ante actos del Poder Judicial" (Lazzarini: 225), al

interior de esta tesis existen diversas variantes entre las que cabe destacar:

A) aquella sostenida por Genaro Carrió que consiente esta acción de garantía "si se hubiera violado alguno de los requisitos del debido proceso adjetivo" (en Sagués: 163).

B) "En cuanto al amparo contra decisiones judiciales, Bidart Campos distingue entre el intento de revisar por esa vía decisiones judiciales con calidad de cosa juzgada (que no procede) y que se considere viable el amparo contra actos que ya han sido objeto de un proceso judicial ordinario (que sí procedería...) "(en Vanossi: 1976:501).

C) Según lo explica Lazzarini el amparo sólo debe proceder contra actos arbitrarios e irreparables, ante el Tribunal Superior y cumpliéndose todas las condiciones que requiere la procedencia de la acción (:225).

D) Burgoa señala que el juicio de amparo procede contra las violaciones "in procedendo" y las violaciones "in judicando", es decir aquellas que se realizan durante la secuela procesal y las que se cometan en la sentencia misma. (:313).

F) Borea Odría considera que "la acción debe proceder contra una resolución de un miembro del Poder Judicial sólo cuando son evacuadas per se y sin la existencia de un proceso" (:68), en otras palabras "sólo cuando la transgresión ha sido hecha por el Juez sin la existencia de procedimiento" (:70).

El fundamento de esta tesis radica en que no interesa el órgano de donde provenga la vulneración, pues sólo basta el hecho, "la garantía es válida para proteger a los derechos constitucionales de cualquier agresión, independientemente de la persona o ente que la realice" (Ibid :65). Así, por sobre el valor seguridad jurídica se procura salvaguardar otro valor hacia el que también apunta el derecho: la justicia". ¿Pues por qué, si en juicio civil se imponen servicios personales obligatorios y sin la debida retribución, se da afecto retroactivo a alguna ley, se reduce a prisión a alguna persona por deudas de carácter civil... o se ataca, en fin cualquier otra garantía consignada en la Constitución, ... han de carecer los ofendidos del recurso que los protege...?" (Mejía: 265-266).

Entre las legislaciones que acogen esta tesis destaca por su amplitud el juicio de amparo mexicano recogido en las fracciones III, V y VI de la Constitución de 1917, según las reformas de 1967, que entraña a decir de Burgoa "un recurso extraordinario similar a la casación" (:202) y al que llama "amparo casacional". En Brasil el amparo contra sentencias se otorga excepcionalmente contra actos judiciales y sólo en ausencia total de recursos contra los mismos e imposibilidad de corrección" (Lazzarini: 228). En España la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo concede en su art. 44, 1, b) siempre que "la violación del derecho o libertad sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieran lugar al proceso acerca de los que, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal" (Gerpe: 464) y en Alemania Federal, al decir que Sainz Moreno, la "reclamación constitucional puede fundarse en

a) Una violación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, esto es, cometida en la tramitación del procedimiento. b) Una violación de los derechos fundamentales al haber aplicado la sentencia una ley que es inconstitucional, c) Una violación de los derechos fundamentales al haberse dictado la sentencia en base a una interpretación inconstitucional de una ley". (:619).

Nos damos cuenta que ambas tesis se fundamentan en valores distintos: la justicia y la seguridad jurídica, valores que frecuentemente se encuentran en conflicto y hacia los que apunta el Derecho. Es por eso que sostenemos que cualquier posición por la que se opte no será carente de razonabilidad ni fundamento pues cada uno posee validez suficiente. Por lo tanto la única capaz de decidir cuál tesis acoger debe ser la Constitución de un país o en todo caso las leyes si en éstas la Carta Fundamental deja recaer la facultad de señalar en qué casos y formas procede el amparo.

Nuestra opinión respecto a la procedencia o no del amparo contra sentencias se inclina a aceptar la tesis permisiva, pues pensamos que en una correcta interpretación de la Constitución no se puede permitir de antemano que ésta pueda ser violada sea por quien fuere, porque en definitiva o la Constitución se defiende de cualquier agresión o se deja vulnerar, o como señala Bidart "... la Constitución, ¿es suprema o no lo es?" (:523). Por lo expuesto creemos que el amparo debe proceder contra aquellas sentencias violatorias de derechos constitucionales —sustantivos o adjetivos— contra los que no quepa recurso procesal alguno y cuya modificación trascienda el resultado del fallo, vale decir no contra aquellas violaciones nimias. En nuestro sistema estos Derechos serían las llamadas "garantías de la administración de justicia".

## 2) El Amparo Peruano

### 2.1) La Constitución

La Constitución vigente haciendo eco de un cúmulo de aspiraciones por parte de los constitucionalistas más conspicuos de nuestro país introdujo en uno de sus títulos un medio de protección de los derechos humanos conocido en doctrina como la "acción de amparo": La incorporó señalando que la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaze todos los demás derechos reconocidos por la Constitución no referidos a la libertad individual da lugar a esta acción, plasmando así la importante diferencia existente entre derechos y garantías que nuestra anterior Ley Fundamental desconoció (1). Conviene por tanto precisar este artículo en sus aspectos esenciales.

a) ¿Quiénes pueden realizar el acto violatorio?

Nuestra Carta Magna considera que puede ser cometido tanto por funcionarios, autoridades o particulares. Los dos primeros son los que no interesan pues ¿no es acaso el juez un funcionario?, ¿no es igualmente una autoridad?

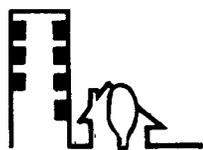
Sobre el punto de doctrina, fundamentalmente argentina y mexicana, hay total consenso en cuanto debe proceder el amparo contra violaciones cometidas por autoridades —no utilizan tanto el término "funcionario", prefieren la voz "autoridad" —qui-

**CONCORDIA ADUANERA S. A.**  
AGENTE AFIANZADO DE ADUANA

AVDA. REPUBLICA DE PANAMA 465 CALLAO  
TELEFONO 652421 - 290193

**Operaciones Oceanicas S.A.**

AV. ARGENTINA 368  
CALLAO  
TELF. 294010 - 294814  
TELEX 25465 PE - OPOCEAN



**inmobiliaria**  
**VELUSA**

COMPRA Y VENTA DE INMUEBLES - CONSTRUCCIONES - PROMOTORES DE URBANIZACIONES

LES SALUDA Y A LA VEZ LES OFRECE SUS SERVICIOS PROFESIONALES CON 10 AÑOS DE EXPERIENCIA, EFICIENCIA Y RAPIDEZ EN LA VENTA DE SUS BIENES INMUEBLES.

ADEMAS LES OFRECEMOS EN EL MOMENTO QUE UD. DESEE COMPRAR: DEPARTAMENTOS, CHALETS, RESIDENCIAS, TERRENOS RESIDENCIALES, COMERCIALES E INDUSTRIALES EN EXCELENTES ZONAS DE LIMA, CON SERVICIO DE MOVILIDAD SIN COMPROMISO ALGUNO. (ASOCIADO APCI).

AV. DEL PARQUE NORTE No. 605 URB. CORPAC - SAN ISIDRO TELFS.: 419503 - 407261 LIMA 27 - PERU

zás por ser más amplio— aunque como se ha visto discuten sobre si debe o no interponerse contra los actos judiciales. Pero ¿qué se debe entender por “autoridad”? ¿no es acaso una expresión muy genérica y multívoca?

Burgoa luego de desechar el término “autoridad” como equivalente a “poder, potestad o actividad” concluye que debe entenderse como tal a aquellos órganos estatales de facto o de jure, con facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendra la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares, de hecho o jurídicas, o bien producen una alteración o afectación en ellas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva” (Burgoa: 210): En este orden de ideas ¿no están acaso incluidos los actos inconstitucionales de los jueces? ¿cabe el amparo contra violaciones cometidas por un juez en ejercicio de sus funciones? ¿por qué debemos pensar que pese a que la Constitución señala que ante “cualquier autoridad” que vulnere un derecho por ella reconocido es pertinente la interposición de una acción de garantía, se está excluyendo a los jueces que violen este tipo de derechos si éstos también son autoridades? (2).

Resulta claro que el art. 295 no distingue entre autoridades judiciales, políticas o administrativas. A todos los comprende igualmente y unos y otros sin excepción deben quedar sujetos a su imperio, de otra manera estaríamos aceptando la posibilidad de que los tribunales violen impunemente derechos constitucionales. Más aún si como señala Linares Quintana “el amparo debe ser interpretado con amplitud, y sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del remedio, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la Constitución y las genuinas finalidades de las garantías constitucionales” (en Sánchez Viamonte: 1978:199); no cabe duda que la procedencia del amparo contra sentencias emana, nace de la Constitución: Tesis reforzada tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (3) como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (4) al permitir la interposición de un “recurso efectivo” —recurso considerado por la doctrina y en especial por Fix Zamudio como un principio de internacionalización del amparo en Latinoamérica (1968:)— contra las violaciones de los derechos fundamentales aún cuando éstas provengan de personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales, tratados que en sus respectivos artículos incluyen implícitamente a las autoridades judiciales (5). Además, volviendo al problema de las reglas de interpretación, en una Constitución en la que desde su preámbulo se busca la plena vigencia de los derechos humanos, en una Ley Fundamental en la que se pretende la primacía de la persona humana, en una Carta Magna en la que se afirma que el valor primario de la vida en comunidad es la justicia y en la que incluso se considera a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (6), ¿es posible permitir la violación de los derechos fundamentales por parte de una autoridad judicial?... Realmente pensamos que no, por lo tanto sostenemos que en la interpretación de la norma debe tenerse en cuenta el contenido teleológico de la Constitución (Bidart:

94) e inclinarnos en consecuencia por aceptar el amparo contra sentencias como medio de protección de derechos fundamentales, más aún si nuestra Ley Fundamental expresamente no lo prohíbe. (\*).

Conviene señalar que el argumento líneas arriba expuesto no constituye una posición aislada, pues ya Nicanor Silva Salgado y Manuel Aguirre Roca —magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales— lo sostienen aunque con distintos matices (7). Incluso Baca D’La Zota —presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao en 1983— acepta la tesis permisiva pues conviene en afirmar que cuando se habla de “autoridad” evidentemente “se comprende connotativamente al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo y al Poder Judicial. De tal manera que resumiendo podemos señalar que la Acción de Amparo puede hacerse valer contra los actos administrativos, los actos judiciales y también los legislativos o parlamentarios” (8).

b) Empero poco a poco nos vamos acercando a un gran escollo ¿qué pasa con la cosa juzgada?

Tanto los incisos 2 y 11 del art. 233 de la Constitución se refieren a este instituto y expresamente no contienen excepciones: Ante esta situación surge un aparente conflicto de normas de un mismo rango que debe ser superada con una interpretación constitucional adecuada. Pensamos que el amparo debe ser interpretado con amplitud —y en esto nos remitimos a lo ya dicho en líneas anteriores— y que por tanto la violación de un derecho fundamental no puede dejarse sin protección, emane de quien emane, porque lo importante no es de quien proviene la agresión sino el hecho mismo, e igualmente porque somos creyentes que entre el valor seguridad jurídica —fundamento de la cosa juzgada— y el valor justicia —inserto desde el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental— debe primar este último. Por lo tanto sostenemos que la acción de amparo contra sentencias inconstitucionales en las que estén presentes los requisitos de procedencia de la acción constituye en nuestro sistema “una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada” (Rubio: 1983 :423), “sin que ello comporte revivir un proceso, no sólo porque un proceso no puede quedar terminado si no es resuelto dentro del orden constitucional vigente —porque sólo dentro de esos moldes está el orden jurídico que los Poderes no pueden rebasar— sino, también, porque nuestra legislación —en prueba de esto— no da a todas las Ejecutorias el valor definitivo de la cosa juzgada” (Ugolotti :45), excepción que no es la única en nuestro ordenamiento jurídico pues ya los artículos 361 y ss. del Código de Procedimientos Penales permiten la interposición del llamado “Recurso de Revisión” contra sentencias que han pasado en autoridad de cosa Juzgada, lo que evidentemente relativiza y enerva el concepto de la “res iudicata”. Por eso opinamos con Ugolotti “que la Ejecutoria tiene el carácter de cosa juzgada en sus dos aspectos: particular y general, cuando la ley no dispone lo contrario o si no procediera la prevalencia de la norma constitucional, cuya superior jerarquía jurídica invalida cualquier dispositivo contrapuesto emanado de cualquiera de los Poderes del Estado” (:46).

Así nos damos cuenta que a la criticada falta de un pronunciamiento taxativo por parte de nuestra

Constitución en relación al tema que analizamos (Borea: 1981:21), se le opone la interpretación que nos conduce a la conclusión asumida.

c) ¿Cuál es el derecho amparado?

Nuestra Carta Magna adopta en su artículo 4 un sistema amplio e incluye como derechos fundamentales no sólo a los expresamente reconocidos por ella, ni siquiera únicamente a los inscritos en el Título primero, sino también incorpora a todos aquellos que están presentes en forma implícita "o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Por lo tanto una interpretación correcta de la Constitución no podrá dejar de lado estos derechos, ni mucho menos a los demás que se encuentran dispersos en la Ley Suprema, y claro está tampoco a los contenidos en Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos, pues de no ser así se estaría efectuando una interpretación restrictiva del artículo cuarto. (9).

Esta tampoco constituye una interpretación aislada pues incluso ya ha sido asumida por algunos magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales como los doctores Vargas Vargas —vicepresidente—, Silva Salgado y Aguirre Roca, éste último en uno de sus votos singulares sostuvo que "... el artículo cuarto de la Constitución introduce e instala, en la categoría de los denominados derechos fundamentales proclamados en el artículo dos de la misma, a todos los demás que la Constitución garantiza... y a otros de naturaleza análoga... Es claro, pues que todos los derechos que la Constitución garantiza... son fundamentales ("(10). Marcial Rubio es también de esta opinión, y por eso al tratar sobre las garantías de la administración de justicia considera a éstas como verdaderos derechos humanos. (Rubio: 1983: 423).

En este orden de ideas, Burgoa cuando analiza el tema referido a la extensión protectora del "juicio de amparo" concluye que dicho instrumento de garantía no sólo constituye un medio de control de la Constitución —entiéndase en nuestro sistema como vinculado a la protección de los derechos no estrictamente relacionados con la libertad individual— sino que es también un "medio extraordinario de control de la legalidad". A esta conclusión llega merced a un razonamiento que parte de dos normas consideradas en nuestra Ley Fundamental como "garantías de la administración de justicia": los incisos 6 y 8 del art. 233 (11); pues, si se viola el derecho a la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y no existe remedio ordinario para su protección ¿no será en este caso pertinente la interposición de una acción de garantía? (12), lo contrario creemos sería no respetar la norma constitucional, llegándose de esta forma a que la "... Corte vele por el cumplimiento de todos aquellos cuerpos legales que como el código penal y otras legislaciones de índole administrativa que crean delitos y consignan penas, deben aplicarse con exactitud por las autoridades judiciales" (Burgoa: 270). Similar problema se presenta con el inciso 6 del art. 233 pues la norma permite que a falta de ley aplicable al caso se pueda recurrir a los

principios generales del derecho, lo cual conduce a que "... cuando a juicio del agraviado la autoridad responsable no haya aplicado la ley en cuanto a su letra o interpretación jurídica en los asuntos precipitados, se puede intentar el juicio de amparo, constituyéndose entonces la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito en protectores del cumplimiento de las legislaciones secundarias, sustantivas o adjetivas..." (Ibid).

En conclusión, sostenemos que en la medida que sean vulnerados mediante una sentencia cualesquiera de los derechos reconocidos por nuestra Carta Fundamental —especialmente las garantías de la administración de justicia— cabe la posibilidad constitucional de interponer una acción de garantía, un amparo.

## 2.2) La Ley 23506.—

Nuestra Constitución no adoptó el sistema español, el que en su reciente Carta Magna —artículo 161.1.b)— remite a una legislación posterior la regulación de los casos y formas en que procede el amparo ante el Tribunal Constitucional.

Nuestra Constitución, hemos visto, señala que procede contra cualquier autoridad, y un juez es un funcionario, una autoridad, por que ella adopta la llamada "Tesis Permisiva".

¿Podría la Ley reglamentaria sostener algo distinto? ¿Cuáles serían sus alcances?

A) Partamos primero de una hipótesis, en el supuesto de que la ley reglamentaria fije expresamente que no cabe el amparo contra sentencias ¿ésta norma sería válida? Nos inclinamos a pensar en forma negativa pues como se ha visto, el amparo contra sentencias nace de la Constitución y por tanto cualquier norma inferior que la contradiga deviene en inválida e inconstitucional. Sobre esto existe un antecedente en la legislación extranjera, en México, a fines del siglo pasado. La Constitución mexicana de 1857 en su artículo 101 consignaba una norma similar a la nuestra al señalar que "es procedente el recurso de amparo por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales" (13), mientras que la Ley reglamentaria de 20 de Enero de 1869 sostenía que "no es admisible el amparo en negocios judiciales" (léase resoluciones judiciales), se presentaba así una evidente contradicción que tenía que ser salvada por la doctrina y fundamentalmente por el Poder Judicial. ¿Qué posición se adoptó? ¿Tuvo éxito esta disposición? "... Este artículo ocho tuvo un éxito desgraciado. En la Suprema Corte de Justicia que funcionó desde la fecha de esa ley hasta la promulgación de la de 14 de Diciembre de 1882, que la reformó, no tuvo eco ninguno, por haberse reconocido a primera vista su inconstitucionalidad" (Mejía: 261-262).

Por lo tanto, de existir una norma en la Ley reglamentaria de amparo que opte por la posición de la comentada ley mexicana, la calificaríamos como inconstitucional.

B) Ahora bien, pensemos en una segunda hipótesis ¿puede una ley reglamentaria permitir la procedencia sólo cuando existan vicios procesales y no cuando estén presentes vicios sustantivos? ¿no se estaría per-

mitiendo de esta manera que se violen en forma impune derechos fundamentales pues no se les concede garantía constitucional alguna que los proteja? ¿no se estaría haciendo una interpretación restrictiva de los derechos y garantías en oposición a la interpretación restrictiva de los derechos y garantías en oposición a la interpretación amplia aconsejada por la doctrina? ¿no estaría distinguiendo una norma inferior lo que la propia Constitución no ha distinguido? Entendemos con Mejía que cuando la Constitución no distingue, ninguna ley secundaria puede distinguir. Cuando la Constitución no limita ni restringe el ejercicio de un derecho que otorga, las leyes reglamentarias no pueden establecer restricciones ni limitaciones de ese derecho. Tales limitaciones constituyen una modificación, una reforma de la Constitución, y ésta no se altera de una plumada, por simples leyes secundarias, sino de la manera que ella misma establece. (:261).

C) Respecto a nuestra Ley podemos señalar como antecedentes que, con el fin de regular el ejercicio de las acciones de Amparo y Habeas Corpus se nombra mediante R.S. 059-81-JUS a una Comisión integrada por los Drs. Domingo García Belaúnde —como presidente—, Alberto Borea Odría, Pedro Arnillas G., José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde S.

Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley, la Comisión utilizó fuentes diversas revisando especialmente doctrina y legislación extranjera, fundamentalmente la mexicana y la argentina.

No siendo objeto del presente trabajo el examen total de la Ley nos limitaremos sólo a analizar los artículos que consideramos vinculados a nuestro tema: i) art. 5 "Las acciones de garantía también son pertinentes si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional".

Este dispositivo tiene como antecedente al Proyecto del Dr. Borea Odría presentado a la Comisión, que en su artículo 10 sólo permitía la procedencia de la acción cuando "una autoridad judicial, fuera de un procedimiento evacúa una orden que lesione el derecho constitucional" y por lo tanto no lo permite contra resoluciones judiciales dictadas dentro de un procedimiento. Esta norma guarda relación con la tesis por él sustentada y que como ya vimos se basa en que la acción es pertinente únicamente cuando no existe de por medio un proceso. La disposición del Proyecto Borea se mantiene en forma similar en el Anteproyecto elaborado por la Comisión, aunque, ubicada en el art. 5, cuya Exposición de Motivos afirma que "... el artículo cinco contempla en forma novedosa, la utilización de las acciones de garantía contra las autoridades judiciales, siempre y cuando se trate de actos judiciales fuera de procedimiento; si ello ocurre dentro de un procedimiento, se entiende que el afectado debe recurrir a las vías procesales existentes en los respectivos procedimientos".

El Proyecto de Ley aprobado por el Ejecutivo —que modificó algunos artículos del Anteproyecto—

mantiene igual tónica, señalando en su artículo 5 que:

Art. 5.— Las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento, emite una orden que lesiona un derecho constitucional.

Ahora bien, si comparamos la versión del Anteproyecto con la norma aprobada por el Senado vemos que se introducen modificaciones que en nuestra opinión alteran el sentido primigenio del artículo pues ahora se habla de que la acción es pertinente si una autoridad judicial "fuera de un procedimiento que es de su competencia, y ya no sólo de una autoridad "fuera de procedimiento", con lo que se está agregando la noción de competencia que como se ha visto no fue producto de la intención de los integrantes de la Comisión.

La norma aprobada por el Senado fue aceptada por la Cámara de Diputados y es hoy el artículo 5 de nuestra Ley.

¿Pero qué significa esto de "fuera de un procedimiento que es de competencia de la autoridad judicial"? Para explicarlo es necesario acudir al significado primigenio del dispositivo (14), así llegamos a que el "fuera de un procedimiento" del Anteproyecto significaba para la Comisión la inexistencia de un proceso, es decir la negación de la existencia de un proceso por tanto éste "fuera" es una negación. Entonces podemos concluir que dicha frase en la Ley alude a la inexistencia de un proceso en que el Juez sea competente o, en otras palabras, a la existencia de un procedimiento en que el Juez sea incompetente.

Más, ¿cuál es el significado del concepto autoridad judicial competente?

Ignacio L. Vallarta al comentar el art. 16 de la Constitución Mexicana, señala que el término "autoridad competente" no se refiere a la competencia jurisdiccional u ordinaria sino que alude a la competencia constitucional. "Es pues, la competencia constitucional, a la que se refiere el artículo 16, siendo, por ende, "autoridad competente", aquella que conforme a la Ley Fundamental está facultada para ejecutar tal o cual acto o expedir determinada ley y no tiene prohibición expresa para el efecto" (en Burgo: 267).

Si bien es cierto esta interpretación es sostenible en relación a la Constitución Mexicana, no lo es a la luz del art. 5 de nuestra Ley porque éste vincula dos términos: "la competencia" y "el procedimiento", que delimitan el significado de la norma como referido a la falta de competencia jurisdiccional u ordinaria siéndolo de aplicación nuestras normas procesales pertinentes. Por lo tanto debemos entender como "autoridad judicial competente" a aquella que goce de la potestad jurisdiccional de conocer un caso por razón de la materia, cuantía, grado o turno (competencia absoluta), más no en razón del territorio por ser éste susceptible de prórroga (competencia relativa).

Así al añadirse el elemento "competencia" se está permitiendo la posible intromisión en un procedimiento porque éste se da a la luz de aquel con lo que ya la norma no se está refiriendo a la inexistencia de un proceso como fue la intención de los in-

tegrantes de la Comisión. Ante esta situación, por ejemplo, si en un procedimiento de aviso de despedida por casa única dicta sentencia un Juez de Primera Instancia —siendo el llamado a conocer el caso un Juez de Paz Letrado por razón de la cuantía—, será procedente el amparo en la medida que se hayan violado derechos constitucionales. ¿Cuáles derechos? La Constitución no lo dice en forma taxativa y mucho menos la Ley, por lo tanto “ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus” y de esta manera sostenemos que están protegidos tanto los derechos de carácter sustantivo como los de carácter adjetivo, violación que como en todo caso de amparo debe verse a la luz del problema concreto.

La interpretación del artículo 5 efectuada, si bien es permisiva, no es del todo razonable pues ¿por qué la acción de amparo contra una sentencia abiertamente inconstitucional expedida por un juez que conoce un procedimiento que sí es de su competencia no es pertinente para la Ley? Realmente lo ignoramos, no entendemos por qué la Ley no lo permite si en ambas situaciones —tanto cuando el procedimiento está fuera de la competencia del juez como cuando no lo está— se puede dar el caso de que se cometan violaciones de derechos fundamentales. Más aún si sabemos que las resoluciones emitidas por un Juez incompetente son —de acuerdo al artículo 1085 inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles— nulas, no se explica por qué a más de ser nulas se exige el requisito de que se violen derechos fundamentales. Si bien es cierto la posición adoptada por éste artículo es permisiva, la parte que se dirige a exigir el requisito de la competencia deviene en inaplicable por restringir el sentido de la Constitución que no establece esta distinción, razón por la cual pensamos que el amparo también es pertinente si una autoridad judicial emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

ii) Art. 6 inc. 2. “No proceden las acciones de garantía: Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”.

Es el dispositivo de la Ley más discutido y utilizado por su amplitud y ambigüedad, porque quién nos dice ¿qué es una resolución judicial emanada de un procedimiento regular?

Veamos sus antecedentes.

Este inciso tiene como antecedente legislativo al Proyecto Borea que en su artículo 9 señalaba “Las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento”. Posteriormente fue incluido en el Anteproyecto de Ley con el agregado de “regular”, el que según la Exposición de Motivos concordaba con el art. 5 ya analizado (15). Por eso tenemos razones para pensar que el art. 6 inc. 2 en el Anteproyecto asumía como regular todo procedimiento seguido ante el Poder Judicial porque la posición de los integrantes de la Comisión era la de permitir únicamente la procedencia de las acciones de garantía contra resoluciones judiciales evacuadas “per se” y sin la existencia de un proceso, así lo ha entendido García Belaúnde al expresar que el término “regular” “... está vinculado con la exis-

tencia de un proceso previamente establecido y fijado por la Ley, con sus propias normas, y no con la irregularidad cometida dentro de un procedimiento”. (1983 :2).

Pero este significado aceptado y defendido por los integrantes de la Comisión ¿se mantiene en la Ley? (16).

Hemos visto que el art. 5 de la Ley al agregar el elemento competencia ha desnaturalizado el sentido primigenio de la norma, hemos visto también que según la Exposición de Motivos ambos artículos concuerdan en el Anteproyecto, ¿concuerdan hoy en la Ley? creemos que no, pues si bien en un principio ambos se referían a resoluciones evacuadas sin la existencia de un proceso, hoy uno de ellos acepta la procedencia en un “procedimiento” en el que el juez sea incompetente. Entonces la Ley también ha alterado la concordancia, por lo que resulta hoy, en este caso, particularmente imposible interpretar estas normas a la luz de la citada Exposición de Motivos y de la intención de los integrantes de la Comisión. Más aún entendemos con Messineo que la norma una vez forjada vive con vida propia y es capaz de adaptarse a casos que el legislador no previó, por lo tanto una interpretación adecuada en nuestra opinión deberá orientarse por el camino trazado por las normas constitucionales.

En este orden de ideas somos de la opinión que el inciso segundo del artículo sexto al hablar de “procedimiento regular” alude al derecho al debido proceso adjetivo que ya revisamos (17) y que nace del art. 232 y siguientes de la Constitución.

¿Es posible hoy interpretar este artículo “contrario sensu” y sostener que es pertinente el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular?

Pensamos que de no hacerlo se estaría permitiendo que los jueces incumplan sus funciones y más aún que éstos violen derechos fundamentales de los particulares con sus resoluciones, y lo que es peor se habría dejado de aplicar por mandato de una norma inferior el artículo 295 de la Constitución al no hacer uso de la garantía por ella reconocida ante violaciones de “cualquier autoridad”.

Admitida la procedencia del amparo contra resoluciones irregulares resulta imprescindible hacer una salvedad —expresa en la legislación mexicana e implícita creemos en nuestro sistema—; sólo procederá la acción cuando la irregularidad cometida por el juez trascienda al resultado del fallo. Por lo que no cabría el amparo contra irregularidades nimias que no afecten al resultado de la sentencia. De no ser así la balanza en la que hemos colocado los valores seguridad jurídica y justicia se vería desequilibrada y la justicia constitucional a la que aspiramos dejaría su lugar a una crisis del procedimiento.

iii) Art. 6 inc. 3.— “No proceden las acciones de garantía: Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”.

El problema de las vías paralelas es un instituto fundamental en el amparo y de larga discusión doctrinaria. Ha sido recogido en opinión de Silva Salga-

do en el inciso 3 del artículo 6 (18) y se presenta porque los derechos constitucionales tienen muchas veces medios de protección que se encuentran en las vías comunes (laboral, civil, administrativa, etc.) (\*) —¿qué relación tienen estas vías comunes con el amparo? La relación la aclara el citado inciso al señalar que no es posible interponer la acción de garantía cuando se ha hecho uso de la vía judicial ordinaria, pues como lo sostiene García Belaúnde al tratar sobre el Habeas Corpus —argumento igualmente utilizable para el amparo— "... lo que se pide es que todo derecho amparado por la Constitución tenga un remedio sumárisimo, independiente de la legislación ordinaria. En consecuencia, la vía común o paralela es perfectamente utilizable después de haber usado un Habeas Corpus, sin importar cuál sea su resultado. A su vez si se escoge primero la vía ordinaria, queda descartada la posibilidad de usar el Habeas Corpus". (:197 :131).

Silva Salgado ha puesto en el tapete el problema de saber si la nulidad procesal constituye o no una vía paralela y por tanto si su uso elimina la posibilidad de iniciar un amparo; él sostiene que la nulidad es realmente una vía paralela por lo que en uno de sus múltiples votos singulares consideró que "... los accionantes de Amparo... prefirieron... la vía judicial ordinaria y convergente de la nulidad procesal, con lo cual cerraron su acceso a la Acción de Amparo com que también contaban; ..." (19). No participamos de similar opinión pues creemos que el amparo constituye el último remedio jurídico contra la arbitrariedad, es lo último que queda antes de la ruptura del Estado de Derecho; así, si existe otro remedio capaz de proteger los derechos fundamentales —por ejemplo la nulidad procesal— debemos agotarlo para luego ir en amparo. Por este motivo, y aunque nuestra Ley no lo diga, pensamos con Burgoa que "... el incidente o la promoción en que se solicite la nulidad de actuaciones en un juicio civil o laboral, debe necesariamente agotarse como medio ordinario de impugnación legal, si el agraviado ha comparecido a juicio. En cambio, si se trata de ilegalidad, falsedad o inexistencia del emplazamiento, sin que el agraviado haya intervenido por modo alguno en el juicio civil o del trabajo correspondiente, y habiéndose dictado en éste la sentencia o el laudo respectivo, dicho incidente o la mencionada promoción de nulidad no deben entablarse antes del ejercicio de la acción constitucional en vía de amparo..." (:293).

iv) Art. 24.— La acción de amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

16. De jurisdicción y proceso en los términos señalados en la letra "I", inciso 20), artículo 2 de la Constitución;

22. A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución.

Hemos visto que en el caso de "errores in procedendo" sustanciales, es decir aquellos que trascienden el resultado del fallo, se está violando el derecho al debido proceso adjetivo, que como todo derecho no referido estrictamente a la libertad individual, debe ser garantizado por el amparo. Pero sucede que nues-

tra Ley Fundamental ha adoptado un sistema amplísimo protegiendo todos los demás derechos por ella reconocidos de las violaciones cometidas por cualquier autoridad, funcionario o persona; entonces es posible sostener que proceden las acciones de garantía no sólo contra violaciones de carácter procesal sino también contra aquellas de carácter sustantivo, porque si la Constitución no distingue nosotros y menos una ley puede distinguir. Si nos encontramos en un Estado de Derecho en el que está vigente una Constitución escrita, debemos seguir las pautas por ella señaladas para su modificación y no utilizar la pluma del legislador para restringir su significado.

v) Art. 27.— "Sólo proceder la acción de amparo cuando se hayan agotado las vías previas".

Dice la Exposición de Motivos que "se entiende por vías previas el recurso jerárquico que tiene el perjudicado antes de recurrir a la vía especial del amparo". El fundamento de este instituto se haya en la naturaleza misma del amparo: es el último remedio jurídico contra la arbitrariedad, "... sino se hiciese necesario el respeto o el transitar de las vías previas, entonces resulta que todas las acciones en el Perú ... resultaban siendo Amparo, vale decir resultaban siendo acciones constitucionales..." (Borea: 1982; 110).

En relación a nuestro tema esto se traduce en un agotar previamente todos los medios procesales existentes para modificar las resoluciones judiciales y de esta manera no trastocar el ordenamiento procesal utilizando al amparo como una suerte de recurso impugnativo; por lo tanto, la acción sólo será procedente cuando la resolución inconstitucional no tenga remedio ordinario aparente quedando el amparo como medio extraordinario, como un último recurso contra la arbitrariedad.

Es importante señalar que existen casos en los que no es necesario agotar las vías previas: las excepciones del artículo 28 de la Ley.

vi) Art. 29.— "... Si la afectación de derechos se origina en una orden judicial, se interpondrá la acción ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva, la que encargará a otro juez su trámite".

Norma de procedimiento que es congruente con la tesis permisiva adoptada por la Ley. Cabe anotar que la Corte sólo puede encargar al Juez de Primera Instancia el "trámite" de la acción, más éste no puede resolver la litis por no tener la competencia necesaria, de hacerlo se excedería en el encargo y la resolución expedida indebidamente sería nula por aplicación del artículo 1085 inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles.

### 2.3 Síntesis.

De lo visto en este punto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

— La procedencia de la acción de amparo contra sentencias que reúnan los requisitos para su interposición, nace del artículo 295 de la Constitución —concordante con el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—

NUESTRO AGRADECIMIENTO A:

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

constituyendo en nuestro sistema una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada.

—Procede contra la violación de derechos constitucionales, fundamentalmente en defensa de las llamadas "garantías de la administración de justicia".

— El artículo 5 de la Ley al limitar la procedencia de la acción a procedimientos que no sean de competencia del juez en los que se viole derechos constitucionales, vulnera el principio de la jerarquía normativa en relación al artículo 295 de nuestra Ley Fundamental, deviniendo por tanto la limitación en inaplicable.

— El artículo 6 inciso 2 debemos interpretarlo como permisivo del amparo contra resoluciones ju-

diciales que violen el derecho al debido proceso adjetivo, en la medida que esta violación trascienda al resultado del fallo.

— El artículo 6 inciso 3 reconoce un derecho de opción al agraviado entre la vía paralela y el amparo, eliminando la acción constitucional si se opta por la paralela.

— Es necesario que se agoten las vías previas antes de ir en amparo, salvo las excepciones contenidas en el artículo 28 de la Ley.

— La acción deberá interponerse ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva la que encargará a otro juez únicamente su trámite.

- (1) ARTICULO 295.— La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que le es aplicable.
- (2) Bustamante B. considera que, "Si alguien pone en duda que los jueces sean autoridades, puede que le quepa razón. Pero, ¿acaso no son funcionarios o personas? Claro que lo son. Está claro que la Constitución ha querido ser lo más amplia posible. Está en vigencia, por lo tanto, un régimen constitucional que por su amplitud no sólo no impide sino que permite pensar que las resoluciones judiciales también pueden ser objeto de acción de amparo". (Bustamante:2).
- (3) ART. 25:1.— Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- (4) PARTE II: art. 2:3,a).— Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- (5) El art. 105 de la Constitución señala que los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional por lo que en estricta aplicación del art. 4 de la misma y del 295 procede su protección mediante las acciones de garantía.
- (6) Confrontar con el Preámbulo y el art. 1 de nuestra Ley Suprema.
- (7) Ver las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales de los casos Efraín Araoz C. y Joffre Fernández V. publicadas los días 24-05-83 y 23-11-83 en "El Peruano".
- (\*) Vanossi es de la opinión que "el carácter programático del Preámbulo —en virtud de sus fines— se resuelve en una función de pauta de interpretación... de utilidad particular para los intérpretes en los casos de duda" (:1976:6).
- (8) Aunque luego limita la procedencia al caso fijado por el art. 5 de la Ley 23506.
- (9) La interpretación extensiva de los preceptos constitucionales es reconocida por la Ley guatemalteca de Amparo que en su art. 31 establece que "El Tribunal de amparo examinará todos y cada uno de los fundamentos de derechos alegados por las partes, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que de lo actuado en el negocio resulte pertinente. Con base de las consideraciones anteriores pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución de la República cuando ésta fuere invocada, con el objeto de brindar la máxima protección en materia de amparo" (Fix-Zamudio: 1979 :245).
- (10) Ver "El Peruano" de 24-05-83 (Caso: Efraín Araoz C.).
- (11) ARTICULO 233.— Son garantías de la administración de justicia:
  6. La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
  8. La inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

- (12) Nótese que en este caso la violación de realizarse atacaría no a un derecho adjetivo —“procedimiento irregular”— sino a un derecho sustantivo. Por lo tanto si interpretamos el artículo 5 de la Ley 23506 como que sólo permite la procedencia de las acciones de garantía contra violaciones sustantivas cuando de está ante un procedimiento que no es de la competencia del juez, y se nos presenta el caso que una autoridad judicial que sí es competente para conocer el proceso aplica por analogía una ley penal; tendríamos que, de acuerdo al citado art. 5 no cabría interponer una acción de garantía pues el juez sí es competente, lo cual haría que la norma inferior —art. 5 de la Ley 23506— no permita garantizar un derecho fundamental, restringiendo el alcance del art. 295 de nuestra Ley Fundamental.
- (13) Nótese que el término “cualquier autoridad” utilizado por la Constitución Mexicana de 1857 es idéntico al empleado por la nuestra.
- (14) La Comisión de Constitución del Senado propuso un proyecto sustitutorio —que era sustancialmente el mismo del Poder Ejecutivo— cuyo dictamen no indica la razón de la modificación del art. 5 ni el sentido de la norma.
- (15) La Exposición de Motivos señala “El artículo 5 contempla en forma novedosa, la utilización de las acciones de garantía (...) Concordado con este aspecto, el artículo 6 inciso b), prohíbe dichas acciones contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.
- (16) Tanto en el Senado como en Diputados no hubo modificaciones en relación a esta norma quedando literalmente igual a la del Anteproyecto elaborado por la Comisión.
- (17) Ver el capítulo 1, punto 3.
- (18) Caso: Rosa Tudela “El Peruano” de 19-07-83.
- (\*) La norma del Proyecto del Ejecutivo era más clara pues fijaba que “No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opte por recurrir a la vía judicial ordinaria para la protección de un derecho constitucional conculcado”.
- (19) “El Peruano” de 19-07-83.

## BIBLIOGRAFIA.

ALSINA, Hugo

1961 — Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar. Buenos Aires, Tomo IV.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo

1954 — Enciclopedia Jurídica Omeba, Voz: Sentencia, Driskill, Buenos Aires, Tomo XXV.

BACA D' LA ZOTA, Wilbert

1983 — La acción de Amparo, en Revista de Policía Técnica, num 429, abril - junio.

BIDART CAMPOS, Germán

1966 — Derecho Constitucional, Ediar. Buenos Aires, tomos I y II.

BOREA ODRÍA, Alberto

1977 — La Defensa Constitucional: el Amparo; Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima.

1981 — El Amparo en la Constitución de 1979, en “Derecho”, num. 35. P.U.C.

1982— La Acción de Amparo, en Revista del Foro, num. 1, enero-junio.

BURGOA, Ignacio

1971 — El Juicio de Amparo, Ed. Porrúa, México.

BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto

1981 — Amparo contra sentencias, en “El Comercio”, pag. 2. Lima.

CARNELUTTI, Francesco

1971 — Derecho Procesal Civil y Penal: Derecho y Proceso, F.J.E.A. Buenos Aires, Tomo I.

- COUTURE, Eduardo  
1946 – Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en “estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”, Ediar, Buenos Aires.
- CHICHIZOLA, Mario  
1981 – Requisitos constitucionales para una sentencia válida, en “La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.
- FISNER, Isidoro  
1981 – Las Notificaciones Judiciales en el “debido proceso”, en Revista Jurídica “La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor  
1979 – El Derecho de Amparo en México y en España, su influencia recíproca, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, num. 7, enero-febrero.  
1968 – Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, UNAM, México.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo  
197 – El Habeas Corpus en el Perú, UNMSM. Lima.  
1983 – El Primer Fallo, el Tribunal de Garantías Constitucionales en “El Dominical” del Comercio, 10-07-83.
- GERPE LANDIN, Manuel  
1982 – El Recurso de Amparo Constitucional, en “Revista Jurídica de Cataluña”, num. 2, abril-junio.
- GRAU, Armando  
1961 – Improcedencia del Amparo contra actos judiciales y políticos “Revista de Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, Tomo V.
- YNGO VON MUNCH  
1979 – El Recurso de Amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, num. 7, ene-febrero.
- LAZZARINI, José Luis  
1967 – El Juicio de Amparo, Ed. La Ley, Buenos Aires.
- MEJIA, Miguel  
1972 – No hay lugar al recurso de amparo en negocios judiciales, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, num. 85-86, enero-junio.
- RUBIO CORREA, Marcial  
1981 – Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1o. Edición.  
1983 – Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 2o. Edición.  
1984 – Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Lima PUC, Fondo Editorial.
- SAGUES, Néstor  
1979 – Ley de Amparo, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos  
1957 – El Constitucionalismo, sus problemas, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina.  
1978 – Enciclopedia Jurídica Omeba, Voz: Juicio de Amparo, Driskill. Buenos Aires, Tomo XVII.
- UGOLOTTI DANSAY, Humberto  
1978 – La doctrina de la inconstitucionalidad y la cosa juzgada, en “Revista del Foro”, num. 3, julio-diciembre.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo  
1981 – El marco constitucional de la sentencia, en “Revista Jurídica La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.