

III

LAS VUELTAS DEL AMPARO *

El 8 de febrero del año en curso (1989), salió publicada en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley 25011, mediante la cual se modifican los artículos 6o., 29 y 31 de la Ley 23506, es decir, la ley reguladora de las acciones de *habeas corpus* y amparo, y que afecta sustancialmente a parte del proceso sumario del amparo.

Esta modificación es producto de una experiencia corta pero vertiginosa del amparo en los últimos años. En efecto, el amparo ha sido objeto de un uso abusivo, con consecuencias imprevistas y más allá de todo texto o posibilidad ínsita en la legislación, llegándose incluso a la co-rruptela. Esto se advirtió muy claramente al poco tiempo de promulgada la Ley 23506, y esto explica por qué el ministro de Justicia de entonces, Max Arias-Schreiber P., nombrase una comisión, que tuvo el honor de presidir, para que reglamentase la ley, haciendo las precisiones, afinamientos y aclaraciones del caso. Dicha comisión, que terminó su trabajo a fines de 1984, y cuyo texto ha sido publicado como apéndice del libro de Alberto Borea Odría dedicado a estos temas, estuvo en manos del ministro Alberto Musso, sucesor de Arias-Schreiber, pero en su corto ministerio (enero a julio de 1985) no hizo nada por aprobarlo. El cambio de gobierno trajo nuevos vientos y nuevos intereses. No obstante, Carlos Blancas Bustamante, siendo ministro de Justicia, pidió mi concurso para terminar la exposición de motivos del precitado anteproyecto de Reglamento (que la Comisión me había encargado redactar) pero tampoco se hizo nada en aquel momento para sancionarlo. Queda pues en claro, que la ley, al ser aplicada y deformada en los estrados judiciales, creó problemas desde un primer momento.

* Publicado en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, núm. 3, agosto de 1989.

La peligrosidad del amparo, por lo menos tal como estaba concebido, mostró todas sus potencialidades a raíz de la llamada nacionalización de la banca, hecho insólito y sin precedentes, que no prosperó por lo que los marxistas, con buen lenguaje, llaman la “inexistencia de las condiciones objetivas”. En efecto, si bien la toma de la banca por el Estado era una medida trascendental, estaba destinada a no prosperar. Muy distinto fue el caso de la reforma agraria, sobre la cual se hablaba desde los años treinta. Incluso Prado en su segundo periodo, comprendió su necesidad, y nombró una comisión (en 1956) presidida por Pedro Beltrán, para preparar un anteproyecto de ley de reforma agraria. El mismo tema fue puesto en movimiento en 1962 por los militares que sentaron las bases con un proyecto piloto en la zona de La Convención-Lares, y la ley formal salió, como se sabe, en 1964, conjuntamente con una reforma constitucional que posibilitaba el pago en bonos. Todo ello explica por qué Velasco Alvarado realizó la reforma agraria en 1969, arrasando todo y contra viento y marea. Los barones de la tierra cayeron solos, prácticamente sin ofrecer resistencia. Alan García pensó que lo de la banca sería igual, pero se equivocó. Las condiciones objetivas no estaban dadas. Aún más, el problema a la larga no interesaba a nadie, ni siquiera a los mismos apristas, lo cual explica, en parte, el éxito de los amparos en esta materia (no tanto en cuanto a resultados jurídicos, sino a consecuencias políticas y económicas). Para efectos prácticos, la nacionalización de la banca y su posterior parálisis, en parte por obra de los amparos interpuestos, marcó el inicio del deterioro del régimen, que de esta manera, por este y otros factores, empezó a erosionar, con serio temor de golpe de Estado (un remedio peor que la enfermedad).

Esta situación creó la necesidad de adoptar diversas medidas; entre ellas, paralizar o mediatizar el amparo para impedir, entre otras cosas, los problemas legales creados al gobierno aprista, y que podrían repetirse en el futuro contra un gobierno de signo distinto. La necesidad de modificar el amparo tenía, pues, un claro *telos* político, muy explicable y que hace más fácil comprender que contara con el apoyo de todos los grupos políticos de las dos ramas legislativas. Veamos ahora sus novedades.

La primera modificación importante es la relativa al *turno*, que aquí se establece expresamente. En rigor, es la racionalización del despacho judicial, y nada existe de nuestra parte contra esta introducción. Aún más, en la comisión redactora del anteproyecto de ley de *habeas corpus*

y amparo lo dimos como sobreentendido, pues sólo dispensamos del turno al *habeas corpus*, por razones harto atendibles, y para mayor insistencia, en el ante-proyecto de reglamento de ley que preparamos en 1984, al que ya me he referido, también hicimos referencia al turno. Nada tengo, pues, contra esta innovación. Lo que sí es criticable, es que se haya establecido un turno especial, diferente y paralelo al turno ordinario, con lo cual las cosas se complican tremendamente. Con ese mismo criterio, podrían establecerse turnos especiales para determinadas acciones civiles o penales, y al final tendríamos tantos turnos que a la larga no tendríamos ninguno.

La segunda modificación está referida a la medida cautelar o precautoria en el amparo (muchos colegas siguen hablando de medidas “precautelatorias”, lo cual es reiterativo e incorrecto gramaticalmente). Aquí hay dos puntos: por un lado, se permite que del pedido de medida cautelar se corra traslado a la otra parte; y en segundo lugar, que contra esa medida procede la apelación en ambos efectos como incidente y en cuerda separada. Según señalan autorizados comentaristas, esto contribuirá a liquidar el amparo, a mutilarlo y a hacerlo inoperante a la larga.

En cuanto al primer punto, consideramos el *traslado* inconveniente y funesto. Precisamente, es dominante la doctrina al señalar que una de las características de la medida cautelar es que, sobre la base de criterios ciertos y atendibles que llevan al juez a determinadas convicciones, éste ordena una medida de seguridad, a resultas de la sentencia y que necesariamente debe tener por factor el de sorpresa (*inaudita altera parte*); o sea, sin escuchar a la parte.¹

El traslado es además un absurdo, pues en el corto plazo otorgado, es casi imposible contestarlo. Pues bien, el juez, tras la absolución real o ficta, decide lo conveniente. Si la niega, la parte actora apela de la medida en ambos efectos, con la esperanza de que el superior la revoque y se la otorgue. Por el contrario, si se la concede, la parte afectada por la medida cautelar también puede apelar. Tratándose de una apelación en doble efecto (devolutivo y suspensivo), el cuaderno sube al superior, y la medida cautelar concedida (si ese fuese el caso), queda en suspenso y sujeta a ratifica-

¹ Naturalmente que existen excepciones, como lo ha señalado Aníbal Quiroga recientemente (*cf.* “Amparo y desamparo”, *La República*, 7 y 10 de marzo de 1989). No obstante, se trata de excepciones que no hacen más que confirmar la regla, y que además se realizan dentro de contextos y presupuestos procesales distintos a los nuestros.

ción por el superior. Entendemos que desde un punto de vista doctrinario, se trata de una medida discutible, que en determinados casos podría acarrear grave daño a la parte solicitante. Hubiera sido deseable, dentro de nuestro contexto judicial, establecer la apelación en un solo efecto (como por lo demás lo venían haciendo diversos jueces), de manera tal que una medida cautelar resguardaba, mientras tanto, el bien presuntamente amenazado. Pero lo que hay que tener presente es que, por la brevedad del procedimiento, lo más probable es que mucho antes que el superior resuelva la apelación de la providencia cautelar, la sentencia de primera instancia sea emitida, con lo cual la apelación pierde su sentido (como se sabe, en las dos primeras instancias, y sobre todo en la primera, la tramitación de los amparos es bastante respetuosa —en términos generales— de los plazos de ley). En consecuencia, o bien la apelación perdió su sentido, o en su defecto el procedimiento puede alargarse, por la introducción de esta variante. Finalmente, no está de más tener presente el caso de las medidas cautelares no concedidas: la apelación puede proporcionar al recurrente una cautela que originalmente se le denegó.

En consecuencia, y luego de lo expuesto, podemos manifestar que en términos generales encontramos inconveniente el traslado, pues sin lugar a dudas desnaturaliza el sentido de una medida cautelar. Y en cuanto a la apelación, si bien comprendemos que hubiera sido más prudente concederla en un solo efecto, encontramos que desde un punto de vista doctrinario en un enfoque atendible, pues así funciona en el amparo argentino y en el mandato de seguridad brasileño, que son modélicos en este sentido.² Lo que hay que buscar es, más que el perfeccionamiento

² En cuanto a esta medida cautelar, la doctrina nacional no se ha hecho cargo de ella en forma orgánica, sino sólo tangencialmente (A. Borea Odría, Juan Monroy Gálvez). Este último, se inclina por pensar que el artículo 31 de la Ley 23506 puede ser ubicada como “medida cautelar innovadora”, de acuerdo con una clasificación que perfila en el valioso estudio que dedica a esta institución procesal. No obstante, Ugo Rocco, siguiendo las huellas de Carnelutti, escribe lo siguiente: “La supuesta distinción entre providencias cautelares con carácter puramente conservativo y providencias cautelares innovadoras (la encontramos)... de absoluta inconsistencia e impropiedad... Toda providencia cautelar en cuanto tiende a eliminar un peligro que atente a los intereses tutelados... tiene siempre de por sí un carácter innovador... La única diferencia, en relación con las distintas providencias cautelares, consistirá en el modo y en la forma como se presentará el mandato o la prohibición contenidos en la providencia cautelar, y en los efectos que...”

de una determinada legislación, la celeridad procesal y la probidad en la magistratura, con lo cual la defensa de los derechos invocados sale a la larga mejor parada.

La tercera modificación, que afecta tanto al *habeas corpus* como al amparo, es una adición al artículo 6o., en el sentido de que no proceden las acciones de garantía de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio de sus funciones.

Esta última modificación —que no ha levantado ninguna protesta—, si bien es inadecuada en su redacción —como por ejemplo referirse a las empresas públicas, cuando actualmente se distinguen por otro nombre— es interesante, y pretende, entendemos, ordenar el aparato central del Estado y evitar sus paralizaciones.

En términos generales podemos decir que las modificaciones no son lo desacertadas que aparentan ser a primera vista, ni mucho menos creemos, como sostienen algunos pesimistas, que ellas van a exterminar al amparo. Es evidente que ha habido errores conceptuales, precipitación, lenguaje inadecuado... Pero no pienso que se haya eliminado el amparo. En todo caso, la experiencia futura podrá dar una respuesta más solvente y acertada, de lo que ahora sólo es un esbozo, con modestas pretensiones de hipótesis de trabajo.

Lima, marzo de 1989

podrá producir, con respecto a las diversas situaciones de hecho o jurídicas que se presentarán, y en cuanto a la finalidad que se persigue...". *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. V, pp. 110 y 111.