



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL AMPARO RESIDUAL EN EL PERÚ. UNA CUESTIÓN DE SER O NO SER

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL AMPARO RESIDUAL EN EL PERÚ. UNA CUESTIÓN DE SER O NO SER

Luis Fernando Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional (CPC) peruano trae una clara novedad respecto de la legislación anterior en lo que concierne a la procedencia de la garantía constitucional. Se lee en el artículo 5 CPC que no proceden los procesos constitucionales cuando “2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”. Este dispositivo abre una serie de interrogantes que intentarán ser abordadas y resueltas a lo largo de este trabajo.

Antes de ello, sin embargo, conviene dejar establecidas algunas consideraciones previas. En primer lugar, el artículo 5.2 CPC se recoge dentro de las disposiciones generales exigibles del hábeas corpus, del amparo, del hábeas data y del proceso de cumplimiento. Pero esto no significa que la causal de improcedencia sea predicable de todas estas garantías constitucionales. No lo es respecto del hábeas corpus porque el propio artículo 5.2 CPC ha planteado respecto de él una clara excepción; y no lo es respecto de la demanda de cumplimiento porque este proceso constitucional no es apto para defender derechos constitucionales (artículo 70.3 CPC). La mencionada causal de improcedencia será predicable del amparo y del hábeas data, aunque será respecto del amparo que se planteen las cuestiones más relevantes, como se hará en este trabajo.

En segundo lugar, en este trabajo se emplearán indistintamente las expresiones “acción de amparo”, “garantía constitucional de amparo” y “proceso constitucional de amparo”. Si bien el Código Procesal Constitucional emplea la expresión “proceso constitucional”, esto no quiere significar que las otras dos expresiones deban quedar desplazadas y se hayan convertido en jurídicamente inválidas. De hecho, no sólo siguen plenamente vigentes, sino que además tienen una mayor legitimidad de uso si se repara en que son expresiones dispuestas por el propio constituyente peruano (artículo 200 CP). Y en tercer lugar, cuando en este trabajo se emplee la expresión “vía judicial ordinaria”, se hará para hacer referencia a los procesos judiciales ordinarios. Esta expresión se empleará en contraposición a las vías “extraordinarias” que significan los procesos constitucionales.

II. DEFINICIÓN NEGATIVA Y POSITIVA DEL AMPARO COMO UN PROCESO RESIDUAL O EXCEPCIONAL

1. *Definición negativa*

Sólo puede entenderse la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC si se admite con carácter previo la naturaleza residual de la acción de amparo. ¿Qué significa que el proceso de amparo se constituya en un mecanismo residual de defensa de derechos constitucionales? Desde una perspectiva negativa significa que no podrá acudir al amparo para la defensa de cualquier derecho constitucional, si esa misma defensa puede lograrse a través de algún proceso en la vía judicial ordinaria. Al amparo sólo se podrá acudir residualmente, cuando la defensa del derecho constitucional no ha sido conseguida a través de otros medios judiciales.

* Investigador contratado, programa “Isidro Parga Pondal”, Universidad de A Coruña (España).



En este contexto, hablar de *residualidad* en referencia al amparo, significará hablar de *excepcionalidad*. La *excepcionalidad*, por otra parte, se opone a la *alternatividad*, que predicada del amparo significa que el quejoso tendrá siempre la libertad de decidir acudir al proceso constitucional de amparo o acudir a la vía judicial ordinaria en defensa de su derecho constitucional. El amparo en el Perú, antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, era considerado un mecanismo constitucional plenamente alternativo. Durante la vigencia del artículo 6 de la Ley 23506¹, la jurisprudencia constitucional definió claramente que el proceso de amparo no era un proceso residual o excepcional², sino más bien uno alternativo. El amparo, dijo el Tribunal Constitucional, es “un proceso alternativo, en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que toma el justiciable”³. Dentro de este sistema de alternatividad, la única limitación que tenía el titular del derecho para acceder al amparo era que la agresión del derecho constitucional debería haber ocurrido de modo manifiesto, sin que sobre ella existiese duda alguna⁴.

2. Definición positiva

Pero no sólo es posible formular una definición negativa del carácter residual o excepcional del amparo, sino que también es posible definirlo positivamente. Una definición positiva tiene una doble significación. En primer lugar significa que el amparo sólo procede después de haberse intentado infructuosamente la salvación del derecho constitucional en la vía judicial ordinaria, es decir, cuando *definitivamente* no es posible alcanzar la protección del derecho en la vía judicial ordinaria. A este primer supuesto se le denominará a lo largo de este trabajo como *excepcionalidad por definitividad*. Y en segundo lugar, significa que el quejoso podrá acudir al amparo sólo cuando el ordenamiento jurídico no le ha ofrecido una vía judicial ordinaria que le permita la misma protección que le ofrece el amparo para la defensa de su derecho constitucional. De esta manera, podrá acudir al amparo sólo *subsidiariamente* cuando en la vía judicial ordinaria no existe otro mecanismo de protección idóneo. Por esta razón, en este trabajo, a este segundo supuesto se le llamará *excepcionalidad por subsidiaridad*. Sobre estos dos supuestos que conforman la definición positiva del carácter residual o excepcional del amparo, se pasará a estudiar a continuación

¹ Se establecía en este dispositivo que “[n]o proceden las acciones de garantía: 3. Cuando el agraviado opta por acudir a la vía judicial ordinaria”. Significaba este dispositivo que ante una supuesta agresión de su derecho constitucional, el titular podía acudir al mecanismo constitucional del amparo o al mecanismo judicial ordinario. Decidía siempre el que se decía agraviado en su derecho constitucional.

² Dijo entonces el Tribunal Constitucional que “el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se puede acudir cuando no existen vías judiciales idóneas para dilucidar la controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional”. EXP. N.º 0200–2001–AA/TC, de 18 de octubre de 2001, f. j. 1. Igualmente hubo manifestado que “en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales (...) no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales”. EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 3.

³ EXP. N.º 1418–2001–AA/TC, de 27 de septiembre de 2002, f. j. 2.

⁴ Así, tuvo mencionado el Tribunal Constitucional que la alternatividad tenía “la única limitación de que es un proceso que no cuenta con etapa probatoria, y la posibilidad de la tutela de los atributos subjetivos queda condicionada a que el acto lesivo sea de tal naturaleza, que crea conciencia en el juez constitucional de la necesidad de poner fin a la agresión sufrida por el demandante” (EXP. N.º 0261–2003–AA/TC, de 26 de marzo de 2003, f. j. 2). Es decir, “la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales, queda condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario y no requiera de la actuación de pruebas para la dilucidación de la controversia”. EXP. N.º 1418–2001–AA/TC, citado, f. j. 2.

III. LA EXCEPCIONALIDAD POR DEFINITIVIDAD

1. Definición de la modalidad

La *excepcionalidad por definitividad* para referirla del amparo, puede definirse como aquella que permite “acudir a iniciar un proceso constitucional de defensa de un derecho constitucional, [sólo] si es que previamente se ha agotado la vía judicial ordinaria correspondiente, la misma que otorga también la posibilidad de salvación del derecho constitucional afectado”⁵. Es decir, el agraviado en su derecho constitucional no podrá dar inicio al proceso constitucional de amparo si antes no ha intentado, en las instancias judiciales ordinarias correspondientes, hacer desaparecer la amenaza o violación efectiva de su derecho constitucional. Sólo si definitivamente no ha logrado ahí la salvación de su derecho constitucional, el agraviado podrá iniciar un proceso de amparo.

2. El caso español

La aquí llamada *excepcionalidad por definitividad* es la modalidad por la que ha optado el constituyente español⁶. En efecto, la Constitución española dispone que “[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en al artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (artículo 53.2 CE)⁷. El recurso de amparo, que se tramita ante el Tribunal Constitucional, sólo podrá ser interpuesto después de que el agraviado haya agotado la vía judicial en todas sus etapas e instancias, por agresiones provenientes tanto del Poder legislativo⁸, del Poder ejecutivo⁹, y del Poder judicial¹⁰.

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Alternatividad y excepcionalidad en los procesos constitucionales*, en BERNALES BALLESTEROS, Enrique y otros, “Código Procesal Constitucional Comentado”, Normas Legales, Trujillo 2005, ps. 28–29.

⁶ En el mencionado ordenamiento jurídico a esta modalidad del amparo se le conoce con el nombre de “principio de subsidiaridad”.

⁷ El mencionado artículo 14 CE dispone que “[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La sección primera del capítulo segundo de la CE se denomina “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

⁸ Respecto del Poder legislativo por actos no legislativos (por actos legislativos el procedimiento es otro distinto: el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad), se puede leer en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTIC 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) que “[l]as decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes” (artículo 42). Según el Tribunal Constitucional español, para que pueda ser recurrida por amparo una acto o decisión sin valor de ley del órgano legislativo, “es menester (...) que dichos actos parlamentarios hayan alcanzado firmeza; lo que sólo se alcanza una vez que se hayan agotado las instancias internas y jurisdiccionales establecidas contra tales actos”. STC 125/1990, de 5 de julio, f. j. 4.

⁹ Respecto del Ejecutivo dispone la mencionada Ley orgánica del Tribunal Constitucional español que “[l]as violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los Órganos Ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución” (artículo 43.1).

¹⁰ De igual forma se puede leer en la ya referida Ley orgánica del Tribunal Constitucional, y en referencia al Poder judicial, que “[l]as violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que



Al interpretar este artículo 53.2 CE, se ha escrito con razón que “[e]n su virtud se impone (...) tanto un criterio de organización de la jurisdicción de amparo como una carga (...) para quien pretenda deducir su queja ante el Tribunal Constitucional. De conformidad con aquel criterio, *el legislador debe articular las vías judiciales ordinarias de modo tal que la intervención del Tribunal Constitucional, como juez de amparo, sea siempre ulterior a la del juez ordinario*”¹¹. Y es que “[e]l amparo constitucional es, (...), un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, restablecimiento de un derecho fundamental que se reputa conculcado. *Se configura, pues, como último recurso para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido, repararla*”¹².

El Tribunal Constitucional Español también ha hecho mención a esta modalidad de excepcionalidad del amparo al manifestar que “cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal. Es preciso, por tanto, que *se apuren las posibilidades de todos los remedios procesales que se ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que, cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibile* (SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3)”¹³.

3. El caso mexicano

La *excepcionalidad por definitividad* es una modalidad del amparo que también se haya recogida en el ordenamiento constitucional mexicano. En este caso se ha recogido el principio de definitividad a la par que una serie de excepciones que lo han convertido en un principio de difícil aplicación. Por esta razón, aquí no será más que mencionado debido a que su complejidad demandaría un tratamiento pormenorizado que excedería la brevedad de este trabajo. Simplemente se afirmará que el referido principio ha sido recogido en la Constitución mexicana (CM) en el artículo 107, fracción III, apartados a y b¹⁴; artículo 107, fracción IV¹⁵; y en el artículo 107, fracción V, apartados a y b¹⁶. De manera general se puede afirmar que, en virtud del principio de definitividad, “[p]ara que la acción de amparo sea procedente es necesario que se agoten todas las instancias, recursos y medios de defensa

tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: *Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.* (artículo 44).

¹¹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*. En ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coordinador). “Comentarios a la Constitución española de 1978”, p. 514. La cursiva de la letra es añadida.

¹² GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales (II)*. En: AA. VV. “Derecho Constitucional”, volumen I, 5ª edición, tirant lo blanch, 2002, p. 489. La cursiva de la letra es añadida.

¹³ STC 60/2005, de 14 de marzo, F. J. 2. La cursiva de la letra es añadida.

¹⁴ En este dispositivo constitucional se ha establecido que “[c]uando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes: a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados; b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan”.

¹⁵ En el que se ha dispuesto que “[e]n materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal”.

¹⁶ En este dispositivo se ha manifestado que “[e]l amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio (...) en los casos siguientes: a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares. b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal”.

ordinarios previstos por las leyes que rijan el acto que se reclama y que puedan modificarlo o revocarlo”¹⁷.

IV. EXCEPCIONALIDAD POR SUBSIDIARIDAD

1. Definición de la modalidad

Este tipo de excepcionalidad significa que “se puede acudir al amparo sólo en el supuesto que no exista regulado un proceso judicial en la vía ordinaria que permita la salvación del derecho constitucional afectado, con una rapidez y eficacia si no mayor si al menos semejante a la que se conseguiría con la garantía constitucional”¹⁸. En este caso el amparo procederá sólo *subsidiariamente* en el supuesto que no exista un proceso judicial igualmente eficaz que el constitucional. No se exige –como sí se exigía en la modalidad de *excepcionalidad por definitividad*– que se agote la vía judicial para recién tener la posibilidad de acudir al amparo. Si en la vía judicial existe un procedimiento que brinda al quejoso la misma protección que le brinda el amparo constitucional, sencillamente se le cierran las puertas del amparo. La salvación del derecho constitucional deberá intentar lograrla en el proceso judicial igualmente idóneo que el amparo, nunca a través de éste.

2. El caso argentino

La *excepcionalidad por subsidiaridad* ha sido recogido en el sistema constitucional argentino, en cuya Constitución se ha establecido que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” (artículo 43 CA)¹⁹. Complementariamente, en el artículo 2 de la Ley 16.986, Ley de acción de amparo, se tiene dispuesto que “[l] acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Como bien se ha afirmado, “[c]onforme el esquema de la ley 16.986, la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina (...). Únicamente es admisible el amparo, entonces ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”²⁰. Esta afirmación, sin embargo, parecería requerir de precisión al constatarse que la Constitución Argentina habla de *medio judicial más idóneo* a diferencia de la ley 16.986, cuyo texto es anterior al del actual artículo 43 CA. La precisión iría en la línea de afirmar que la existencia de otras vías judiciales no obsta necesariamente al empleo de la demanda constitucional de amparo,

¹⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España*, 3ª edición, Porrúa, México D. F. 1982, p. 314.

¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional*, en “Revista Jurídica del Perú”, n° 59, Diciembre de 2004, p. 38.

¹⁹ La cursiva de la letra es añadida.

²⁰ SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Vol. 3, 4ª edición, Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 176.



cuando esas vías judiciales sean *menos idóneas* para la protección inmediata que depara el amparo al derecho constitucional²¹.

V. LA EXCEPCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

1. *El artículo 4 CPC: Excepcionalidad por definitividad*

En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución peruana no dispone nada –como se ha visto lo hace la Constitución española, la mexicana y la argentina–, acerca del carácter excepcional del proceso constitucional de amparo. Quien sí lo ha hecho ha sido el legislador al disponer la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales firmes emanadas de un procedimiento irregular (artículo 4 CPC)²². En estos supuestos, producida la violación del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva a través de una resolución judicial²³, el afectado no podrá acudir directamente al amparo, sino que ha de recorrer la vía judicial hasta agotarla por completo, momento en el que la resolución cuestionada adquiere la firmeza exigida para ser atacada mediante un proceso de amparo. Sólo si *definitivamente* el quejoso no ha conseguido la protección de su derecho constitucional en la vía judicial ordinaria, podrá recién acudir al proceso de amparo. Sobre esta modalidad no se dirá nada más, por no constituir el objeto de la cuestión en este trabajo²⁴.

2. *El artículo 5.2 CPC: Excepcionalidad por subsidiariedad*

Pero el legislador peruano, también ha recogido la modalidad de *excepcionalidad por subsidiariedad* para referirla del amparo. Como ya se tuvo oportunidad de decir al inicio de este trabajo, no proceden los procesos constitucionales cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus” (artículo 5.2 CPC).

El legislador peruano ha dispuesto que frente a una agresión a un derecho constitucional, con carácter previo y necesario el agraviado deberá preguntarse si la misma protección que encontraría en el amparo la puede conseguir en algún otro proceso específico en la vía judicial ordinaria. Si es posible esa otra igual protección, se habrán cerrado definitivamente las puertas del amparo para el quejoso, y deberá intentar encontrar la salvación de su derecho constitucional en ese otro proceso específico distinto del amparo. Sólo si no existiese una tal vía procesal, *subsidiariamente* podrá intentar defender su

²¹ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 312. También EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 51.

²² Se ha dispuesto en este artículo que el amparo “procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.

²³ En el tercer párrafo del artículo 4 CPC se ha establecido que “[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

²⁴ Me remito a la argumentación que en otro lugar he planteado para considerar que la modalidad de amparo excepcional por definitividad se encuentra recogido en el artículo 4 CPC; y que la modalidad de amparo alternativo se concluye de una interpretación *contrario sensu* del artículo 5.2 CPC. Cfr. mis trabajos *Alternatividad y excepcionalidad...*, ob. cit.; *Normas autoaplicativas ,alternatividad...*, ob. cit., y *Comentarios al Código procesal Constitucional*, Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2004.

derecho constitucional a través del amparo. Al disponer esto el Código Procesal Constitucional, no cabe duda que legislativamente se ha previsto para el amparo la modalidad de *excepcionalidad por subsidiariedad* en los términos que ya fue desarrollada anteriormente.

La cuestión que conviene plantearse ahora, en orden a la finalidad de este trabajo, es si este dispositivo legal es o no constitucional. La cuestión se plantea en la medida que, como ya se advirtió, no ha sido la norma constitucional sino la legal, la que se ha dispuesto acerca de la excepcionalidad del amparo. De manera general, y como inmediatamente se pasará a desarrollar, existen argumentos para sostener la inconstitucionalidad de la medida que se recoge en el artículo 5.2 CPC.

VI. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5.2 CPC

1. *Razonamiento desde la alternatividad Constitucional*

El primer cuestionamiento al 5.2 CPC está dirigido a afirmar que del texto constitucional peruano actual brota la alternatividad en el amparo y no la excepcionalidad. En efecto, en el ordenamiento constitucional peruano todos los derechos constitucionales o fundamentales²⁵ son pasibles de protección mediante los procesos constitucionales. Tal y como se recogen las garantías de derechos constitucionales en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200 CP, se puede llegar a dos conclusiones preliminares. La primera es que las mencionadas garantías únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales (más precisamente, del contenido constitucional de estos derechos), en ningún caso proceden para la defensa de derechos que no tengan rango constitucional. Y la segunda conclusión es que todos tienen a su disposición los referidos mecanismos constitucionales a fin de lograr la defensa y salvación de sus derechos fundamentales²⁶.

De modo que si en los hechos ocurre una amenaza o la violación efectiva de un derecho constitucional, el mecanismo procesal previsto por la Norma fundamental es el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, dependiendo –obviamente– del derecho agredido. Así, incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental. Dicho con otras palabras, será inconstitucional el dispositivo legal que obligue al afectado en su derecho constitucional a acudir a mecanismos de protección distintos a los previstos por la misma norma constitucional cuando se ha violado de modo claro y manifiesto el contenido constitucional de alguno de sus derechos fundamentales.

Pues bien, en esa inconstitucionalidad está incurriendo el artículo 5.2 CPC cuando obliga al quejoso a acudir a la vía judicial ordinaria para conseguir la salvación de su derecho constitucional, y no a la vía procesal prevista constitucionalmente. En estos casos, la manera de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a la vía judicial ordinaria y no al proceso constitucional. Lo que está prohibido, so pena de inconstitucionalidad, es obligarle a abandonar la vía constitucional.

²⁵ En el caso peruano es indistinto emplear la expresión “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, para hacer referencia a los derechos de la persona recogidos en la norma suprema. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, 50, abril 2005, ps. III–XXXII.

²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, ps. 514–526.



Y es que del texto constitucional brota la alternatividad en los procesos constitucionales que defienden derechos. El texto constitucional ha previsto que estos procesos sean activados ante la afectación de derechos constitucionales, no ha planteado ninguna exigencia adicional. El hecho que en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional se exija que para la procedencia de la demanda constitucional, la afectación del derecho constitucional deba ser clara, manifiesta y no litigiosa²⁷, es una exigencia que no es inconstitucional en la medida que brota de la propia naturaleza urgente y sumaria del proceso destinado a proteger derechos constitucionales.

En efecto, aunque en la norma constitucional no aparezca recogida la exigencia de que la agresión deba ser indubitable para permitir el acceso al proceso constitucional, es razonable que se exija porque la gravedad que supone la agresión de un derecho constitucional obliga a una respuesta urgente por parte del órgano judicial, y sólo podrá ser posible una respuesta rápida si es que se tramitan mediante esa vía procedimental, sólo las agresiones claras y manifiestas que no requieren –como regla general– de una etapa de actuación de pruebas. Lo irrazonable –e inconstitucional– sería precisamente lo contrario, porque de esa manera no sólo se está impidiendo una protección acorde con la especial significación e importancia del objeto protegido²⁸, sino también porque no habría diferencia jurídicamente relevante entre un proceso constitucional y un proceso judicial ordinario, con la consecuente desnaturalización del primero de los mencionados²⁹.

Que existan otras vías menos urgentes, menos sumarias, menos efectivas para la salvación del derecho constitucional y que el afectado opte por esas vías, es una cuestión que debería quedar a la libre decisión del agraviado en su derecho constitucional. No se olvide que el sistema peruano no es –por ejemplo– el sistema español, mexicano o argentino en los cuales –como se hizo notar– se ha previsto la posibilidad de que el afectado en su derecho constitucional deba acudir a la vía judicial ordinaria en lugar del amparo. Pero en estos sistemas es posible precisamente porque así lo ha previsto su norma fundamental. Si se desea que el sistema peruano sea uno excepcional, se hace necesaria una reforma constitucional.

Y es que en un Estado democrático de derecho en el que la persona humana –y por tanto sus derechos fundamentales–, es el fin, sólo puede admitirse la excepcionalidad en los procesos constitucionales ahí donde el texto constitucional lo haya dispuesto expresamente. Si el constituyente no ha previsto de modo incontrovertible la excepcionalidad, se ha de considerar que lo dispuesto es la alternatividad. Por eso es que en los mencionados ordenamientos español, mexicano y argentino, es la misma Constitución la que expresamente a recogido la excepcionalidad del amparo (ya sea en su modalidad de subsidiaridad o de definitividad).

²⁷ Es criterio plenamente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la lesión al derecho constitucional debe ser clara e incontrovertible para ser pasible de atenderse a través del amparo. Así, tiene declarada la procedencia del proceso constitucional sólo “cuando se ha violado o amenazado algún derecho constitucional de manera cierta, inminente, actual y no discutible” (EXP. N.º 0721–1998–AA/TC, de 22 de octubre de 1998, f. j. 2). Y es que la finalidad de las acciones de garantía determina que para su procedencia “deba constatarse una afectación clara y manifiesta de un derecho constitucional”. EXP. N.º 2478–2004–AA/TC, de 26 de octubre de 2004, f. j. 2.

²⁸ Sobre la especial significación jurídica de la persona humana y de sus derechos fundamentales, cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *El valor jurídico de la persona humana*, en “Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana”, n.º 11 – 2005, ps. 31–40.

²⁹ Y es que intentar asemejar el proceso constitucional al proceso judicial ordinario permitiría que a aquél vayan a discutirse cuestiones litigiosas que exigen de actuación de pruebas. Con esto se estaría produciendo una inconstitucional desnaturalización de las garantías constitucionales como mecanismos de protección y aseguramiento de derechos constitucionales. Los procesos constitucionales se asemejarían a los procesos judiciales ordinarios, lo que en buena cuenta supondría –al menos desde el punto de vista de su protección–, que los derechos constitucionales se han asemejado a los derechos infraconstitucionales o legales.

2. Argumento desde el derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales

Otra posible línea de argumentación de la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC la constituye el considerar que la protección de los derechos constitucionales a través de las garantías constitucionales previstas en el artículo 200 incisos 1, 2 y 3 CP, es en sí mismo un derecho constitucional. En la Convención americana de Derechos humanos puede leerse que “[t]oda 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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (artículo 25.1).

Ese *recurso sencillo y rápido* para protección de los derechos fundamentales al que hace referencia el texto internacional, ha sido concretado y definido por el constituyente peruano al momento de disponer que tales recursos son el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data³⁰. Lo que se está previendo, con esta decisión de carácter constituyente, es un derecho a favor del agraviado y además de rango constitucional. Así, se puede hablar del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales cuando ocurra la violación de un derecho constitucional.

En este sentido se ha movido el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, para el que “detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo–constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”³¹. Este derecho constitucional, ha dicho el Tribunal Constitucional, puede ser considerado como una manifestación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. Así, “detrás (...) del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos [constitucionales]”³².

Este derecho, como todo derecho fundamental, cuenta con un contenido constitucional que se define a través tanto de su dimensión subjetiva o de libertad, como de su dimensión objetiva o prestacional³³. En virtud de la primera, el derecho faculta a su titular que cada vez que exista una agresión clara y manifiesta de alguno de sus derechos fundamentales, pueda acudir al proceso constitucional, sin que se le pueda constreñir a no hacerlo o a hacerlo a través de un procedimiento distinto. En virtud de la segunda dimensión (la dimensión objetiva o prestacional), obliga al poder político a realizar actos positivos (legislativos, ejecutivos y judiciales) que favorezcan a la plena vigencia del derecho constitucional, por lo pronto, de la facultad de acceso que trae consigo la referida dimensión de libertad del derecho de acceso.

El artículo 5.2 CPC cuando –en buena cuenta– frente a una agresión clara y manifiesta de un derecho fundamental obliga al afectado a acudir a la vía procesal ordinaria en lugar de la vía procesal constitucional, vulnera la dimensión subjetiva como la objetiva del derecho

³⁰ La Corte interamericana de Derechos humanos ha hecho referencia al artículo 25.1 de la Convención, al afirmar que se trata de “una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales”. Opinión consultiva OC-9/1987, párrafo 23.

³¹ EXP. N.º 1230–2002–HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 4.

³² EXP. N.º 2209–2002–AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 3.

³³ DOLDERER, Michael. *Objektive Grundrechtsgehalte*. Dunker & Humblot, Berlín, 2000; MÜLLER, Jörg Paul. *Zur sog. Subjektiv– und Objektiv– Rechtlichen Bedeutung der Grundrechte. Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht*. Am “Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verfassungsgesichte”, 29, 1990.



constitucional de acceso al proceso de amparo³⁴. Vulnera la dimensión subjetiva porque niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional de algún otro derecho fundamental es manifiesta e incontrovertible. Vulnera, además, la dimensión objetiva del derecho constitucional de acceso al amparo porque en lugar de promover la correcta y plena vigencia de este derecho, lo restringe y dificulta de manera irrazonable, como inmediatamente se pasará a argumentar.

3. Razonamiento desde el principio de proporcionalidad de las medidas que afecten derechos constitucionales

A) El artículo 5.2 CPC y el principio de proporcionalidad

Una tercera línea de argumentación que puede presentarse para discutir la constitucionalidad del artículo 5.2 CPC, tiene que ver con la proporcionalidad de la *restricción* del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales que trae consigo este dispositivo legal. En referencia a este derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de la libertad, ha dicho el Tribunal Constitucional que “no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio”³⁵.

Dicho esto, corresponde plantear la pregunta siguiente: ¿se ajusta al principio de proporcionalidad o razonabilidad la *restricción* que del derecho de acceso a los procesos constitucionales hace el artículo 5.2 CPC? Esta pregunta ayudará a determinar la constitucionalidad del precepto legal porque el principio de proporcionalidad o razonabilidad³⁶ se configura como un parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes cuando éstas recogen una *limitación* de un derecho constitucional³⁷. Como se sabe, una medida que afecta un derecho constitucional es proporcional si supera conjuntamente los siguientes tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Si no superase alguno de estos juicios, la medida sería irrazonable y por tanto, inconstitucional.

B) El artículo 5.2 CPC no es una medida idónea

¿Se ajusta el artículo 5.2 CPC al juicio de idoneidad? Este juicio tiene una doble exigencia: “[e]n primer lugar requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea

³⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código...*, ob. cit., p. 184.

³⁵ EXP. N.º 5854–2005/PA, de 8 de noviembre de 2005, f. j. 28.

³⁶ Para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha manifestado el Alto Tribunal que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable” (EXP. N.º 2192–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15). Y es que “más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad”. EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, de 5 de julio de 2004, f. j. 35. Igual declaración se encuentra en la sentencia al EXP. N.º 0013–2003–CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, f. j. 10.6.

³⁷ Tiene declarado el Tribunal Constitucional que “la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200º de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad”. EXP. N.º N.º 2235–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005, f. j. 6.

adecuada para el logro de ese fin”³⁸. En lo que respecta a la primera exigencia, conviene determinar la finalidad del artículo 5.2 CPC atendiendo a lo expresado por los encargados de redactar lo que hoy es el Código Procesal Constitucional.

Así, conviene recordar lo afirmado por la Comisión de juristas que tuvo a su cargo la redacción del anteproyecto de ley de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional, que “la ley [CPC] –y el anteproyecto que le sirvió de base– pretende que el amparo y, en general los procesos constitucionales, sean excepcionales o residuales y sólo sean utilizados cuando realmente resulten indispensables”³⁹. Igualmente han afirmado que “el amparo adquiere un carácter *excepcional o residual*, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos que deben ventilarse por las vías judiciales comunes”⁴⁰. Conviene también afirmar que la Comisión parlamentaria de Justicia y Derechos humanos, que tuvo a su cargo el trabajo de dictamen parlamentario de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional, proponía la aprobación como ley del proyecto, “siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad)”⁴¹.

Con base en estas declaraciones, puede afirmarse que la finalidad de la medida restrictiva del derecho contenida en el artículo 5.2 CPC, es lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado. Se busca asegurar que los procesos constitucionales, en particular el amparo, sólo lleguen a ser empleados cuando realmente esté en juego (el contenido constitucional) de un derecho fundamental.

Esta finalidad ¿es una finalidad válida? De manera general, se puede afirmar que esta finalidad es constitucionalmente válida en la medida que favorece el correcto y estricto empleo de una figura constitucional como es los procesos constitucionales. Incluso, y dadas las concretas circunstancias de inflación y desnaturalización en la que existía el proceso constitucional de amparo antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional⁴², se puede afirmar que se trata de una finalidad socialmente relevante.

El artículo 5.2 CPC, ¿se presenta como una medida idónea para la consecución de la antes mencionada finalidad? Si obligamos al afectado en su derecho constitucional a acudir a la vía judicial ordinaria cuando exista en ella un proceso específico igualmente efectivo que el amparo para la defensa de un derecho constitucional, nada asegura que se acuda al amparo sólo cuando exista una verdadera agresión del derecho constitucional. En efecto, por sí sola la medida del artículo 5.2 CPC no impide la desnaturalización del amparo, pues

³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal*, en AA. VV. “Tendencias modernas del Derecho”, Normas Legales, Trujillo 2004, p. 161.

³⁹ AA. VV., *Código Procesal Constitucional, comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Palestra editores, Lima 2004, p. 28.

⁴⁰ *Idem*, p. 69.

⁴¹ Exposición de motivos del proyecto de ley N° 09371: Código Procesal Constitucional, punto 5.

⁴² Como apuntaba Borea Odría a mediados de la década de los 90, “[o]tro problema del amparo es su *inflación*, esto es, la proliferación de juicios de amparo decididamente inmotivados, carentes de fundamento o abiertamente fabricados. Ello importa la manipulación o adulteración del amparo, como genuino producto constitucional, a favor de intereses secundarios o rastroeros. Naturalmente, todo ello provoca una seria devaluación institucional de esta acción, con su consecuente desprestigio”. BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*, 2ª edición, Grigley, Lima, 1996, p. 11.



por sí misma permite acudir al amparo con sólo invocar la agresión de un derecho constitucional y constatar fehacientemente que en la vía judicial ordinaria no existe un proceso que ni de cerca se asemeja en efectividad al proceso constitucional.

Y es que la obligación de acudir a la vía procesal judicial en lugar de a la vía procesal constitucional, nada dice acerca de la *indispensabilidad* del empleo del amparo. Esta indispensabilidad y consiguiente no desnaturalización del amparo, viene definida por otra exigencia bien distinta: la exigencia que sólo procederá el proceso constitucional cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 CPC); y que la agresión a ese contenido sea clara y manifiesta debido a la inexistencia de etapa probatoria (artículo 9 CPC).

Es más, aún considerando que la medida contenida en el artículo 5.2 CPC permitiese – incluso – asegurar que sólo se acudirá al amparo cuando exista una manifiesta agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental, en rigor no se estará consiguiendo la finalidad de evitar la desnaturalización del amparo. Esto ocurre porque el artículo 5.2 CPC no asegura por sí misma que lleguen a tramitarse por amparo todas las cuestiones que constitucionalmente se ha dispuesto sean tramitadas a través del amparo por estar involucrada la agresión manifiesta al contenido constitucional de un derecho fundamental. Y es que se puede contravenir lo indispensable y, por tanto, desnaturalizar el proceso de amparo, tanto por exceso como por defecto. Por exceso cuando se pretende acudir al amparo sin que exista la agresión de un contenido constitucional, y por defecto cuando existiéndola se obliga acudir al quejoso a otra vía distinta del amparo.

Por lo dicho hasta aquí, la medida restrictiva contenida en el artículo 5.2 CPC no es idónea porque no asegura la consecución de la finalidad: en sí misma no favorece que el amparo no se desnaturalice, al *no ser apta* para lograr que sólo las agresiones de derechos constitucionales sean tramitadas a través del amparo; y al *no ser apta* para lograr que sólo las afectaciones de derechos constitucionales sean tramitadas a través del amparo. Es una medida desproporcionada por no idónea y, por tanto, es una medida inconstitucional.

C) El artículo 5.2 CPC no es una medida necesaria

Podría quedar en este punto el razonamiento de la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC, sin embargo, y para mayor abundamiento, se analizará si la mencionada medida legislativa se ajusta o no a un juicio más: el juicio de necesidad. Este juicio consiste en “examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces”⁴³. Si se encuentra que es posible otra medida igualmente eficaz y menos restrictiva que la contenida en el artículo 5.2 CPC, entonces este dispositivo será desproporcionado por innecesario y, por tanto, inconstitucional.

Teniendo en cuenta la finalidad de la medida antes definida, se debe hacer notar que existe al menos una medida que puede servir de parámetro de comparación. Este medida consiste en que sólo podrá accederse a los procesos constitucionales en defensa de un derecho fundamental cuando estén fehacientemente acreditados tres elementos: primero, que está en juego un derecho fundamental (más precisamente, su contenido constitucional); segundo, la titularidad del derecho fundamental en quien se dice afectado; y tercera, la amenaza cierta e inminente o la violación efectiva del derecho fundamental. Si no están presentes de modo indubitable estos tres elementos, no se podrá acceder a los procesos constitucionales.

⁴³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de...*, ob. cit., p. 164.

Esta medida de comparación ¿es igualmente eficaz que la medida contenida en el artículo 5.2 CPC? La medida del artículo 5.2 CPC, como ya se tuvo oportunidad de adelantar, nada dice acerca de la procedencia del amparo sólo cuando resulte indispensable, es más, no logra que sólo se tramiten por amparo las verdaderas violaciones de contenidos constitucionales de derechos fundamentales, de hecho, favorece a que las referidas violaciones se tramiten en las vías judiciales ordinarias. Mientras que con la medida de comparación se logrará no sólo que no se acuda al amparo cuando sea constitucionalmente innecesario, sino que además se conseguirá que se acuda al amparo cuando sea realmente indispensable. Como se puede constatar, entre una y otra medida hay una eficacia distinta: es manifiesta la mayor eficacia de la medida de comparación que la medida recogida en el artículo 5.2 CPC⁴⁴.

Pero no sólo eso, sino que además mientras la medida de comparación –en estricto– delimita los contornos del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a los procesos constitucionales, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC –en estricto– restringe, comprime el contenido constitucional del referido derecho. En efecto, la medida de comparación delimita el contenido constitucional del derecho de acceso a los procesos constitucionales, al definir qué asuntos deben ventilarse a través del proceso constitucional, y esa definición hacerla con base en una serie de criterios (manifiesta violación del contenido constitucional de un derecho fundamental titularizado indubitablemente) que pertenecen a la naturaleza jurídica del derecho mismo, es decir, a su esencia (a su *contenido esencial*). Mientras que la medida del artículo 5.2 CPC propone y permite que una persona a la que se le ha violado de modo manifiesto algún contenido de alguno de sus derechos fundamentales, se le prohíba acudir al amparo y se le obligue acudir a la vía judicial ordinaria.

Por lo tanto, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC es innecesaria al existir una medida más eficaz y menos restrictiva del derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales. Al no ajustarse al juicio de necesidad, deviene en inconstitucional.

VII. UNA POSIBLE SALIDA A LA INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha podido comprobar, es posible argumentar la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPC. Sin embargo, es posible argumentar igualmente una salida a esta inconstitucionalidad, la que se compone de al menos los dos siguientes pasos. El primero de ellos es acudir al principio de interpretación de acuerdo a la Constitución. Mediante este principio, y a través de las llamadas *sentencias interpretativas*, “se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución”⁴⁵.

Hasta ahora, se ha mantenido una interpretación del artículo 5.2 CPC que contradice a la Constitución al afirmar que no permite tramitar a través del amparo verdaderas y manifiestas violaciones de derechos fundamentales y al posibilitar que esas verdaderas violaciones se tramiten en la vía judicial ordinaria, en contradicción al texto constitucional que dispone al amparo (el hábeas corpus y el hábeas data) como el mecanismo procesal de

⁴⁴ De hecho, y como se acaba de argumentar, se puede afirmar la ineficacia de ésta última medida por no idónea para alcanzar la finalidad perseguida.

⁴⁵ EXP. N.º 0010–2002–AI/TC, de 3 de enero de 2003, f. j. 29.



defensa de los derechos constitucionales. Pero, ¿es posible una interpretación del artículo 5.2 CPC que sea conforme a la Constitución?

Con esta pregunta se ingresa al segundo paso en la argumentación que tiene que ver con lo que el artículo 5.2 CPC ha llamado *vía procedimental específica igualmente satisfactoria*. Dependiendo del significado que se le dé a esta expresión, el dispositivo podrá llegar a ser interpretado de una manera compatible con la Constitución. Con lo que la cuestión se traslada a determinar si es posible definir la *vía procedimental específica igualmente satisfactoria* de manera tal que no contravenga la Constitución. La respuesta a esta cuestión deberá ser afirmativa siempre que se le defina con base a elementos que le acerquen al amparo. Es decir, el artículo 5.2 CPC no podrá ser considerado inconstitucional si se interpreta que la *vía procedimental específica igualmente satisfactoria*, debe contar con las características que a continuación se pasan a estudiar.

VIII. CRITERIOS PARA INTERPRETAR LA *VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA* DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN

1. *Vía procedimental de naturaleza judicial*

Para que la *vía procedimental* a la que hace referencia el legislador en el artículo 5.2 CPC pueda definirse como una alternativa válida al amparo, de modo que el quejoso deba acudir a ella sin que se incurra en inconstitucionalidad, deben concurrir en ella una serie de características. La primera de ellas es que debe tratarse de una *vía procedimental de naturaleza judicial*. En ningún caso este artículo 5.2 CPC puede estar haciendo referencia a *vías procedimentales de naturaleza administrativa o privada*. Ello por una sencilla razón fundamental: el órgano que resolverá el procedimiento administrativo o el proceso privado no será en ningún caso lo suficientemente imparcial como para considerar que a través de esa *vía (administrativa o privada)* podrá lograrse una protección *igualmente satisfactoria*, que la que se conseguiría a través del amparo que, entre otros elementos diferenciadores, viene resuelto por una autoridad imparcial. En efecto, a fin de cuentas será la propia Administración pública la que resuelva el procedimiento administrativo, o la misma persona jurídica (empresa, club, etc.) la que resuelva el proceso privado. En todo caso, las *vías administrativas o las vías privadas de existir constituyen lo que en la ciencia del derecho procesal constitucional se denomina “vías previas” (artículo 5.4 CPC)*⁴⁶.

En este sentido, para la defensa de sus derechos fundamentales el agraviado cuenta con procesos en la *vía judicial ordinaria* y con los procesos constitucionales. Los primeros son procesos distintos al proceso constitucional y que “satisface la defensa de un derecho constitucional y consigue la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional”⁴⁷. La *vía judicial ordinaria* incluye tanto los procesos judiciales generales como especiales que se contengan en el Código procesal civil o en alguna norma procesal especial, como la laboral o la contencioso administrativa. Estas *vías judiciales ordinarias*, en principio, constituyen lo que se denomina en la teoría procesal constitucional como “*vías paralelas*” (artículo 5.3 CPC)⁴⁸.

⁴⁶ En este artículo se ha dispuesto que no proceden los procesos constitucionales cuando “[n]o se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”.

⁴⁷ EXP. N.º 0953–2005–PA/TC, de 2 de marzo de 2005, f. j. 2.

⁴⁸ Se ha establecido en el artículo 5.3 CPC que no proceden los procesos constitucionales cuando “[e]l agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”.

2. Vía procedimental específica

La segunda característica que exige el artículo 5.2 CPC y que debe concurrir en la vía procedimental para que se configure constitucionalmente como el camino necesario al que ha de acudir el quejoso en su intento de encontrar la salvación de su derecho constitucional, es el de ser una vía específica. La *especificidad*, en este caso, debe ser entendida como *singularidad* o *individualidad*, y esta debe ser definida en contraposición a la *generalidad*. Las vías judiciales ordinarias de naturaleza general no son aptas para ofrecer una defensa y protección adecuadas frente a agresiones de derechos constitucionales. Ellas han sido pensadas y estatuidas para defender y proteger derechos de rango meramente legal o administrativo y, si bien son aptas para la defensa de un derecho constitucional en la medida que son aptas para la defensa de cualquier derecho subjetivo, en ningún caso podrán brindar una protección igualmente eficaz a la que brinde, por ejemplo, el proceso constitucional de amparo.

Ningún proceso general –civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.–, servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPC. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria, defina en algún proceso de defensa de los derechos fundamentales de naturaleza administrativa (vulneración de la libertad de empresa por resolución administrativa que clausura indebidamente un local comercial), civil (honor, intimidad, etc.), laboral (libertad sindical, de huelga, protección adecuada frente al despido arbitrario, etc.), o tributaria (lesión al derecho a la propiedad por cobro de tributos confiscatorios, etc.).

Es por eso que no parece acertado cuando los redactores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional refiriéndose al artículo 5.2 CPC, han manifestado que “si ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, puede iniciarse un proceso contencioso–administrativo o un amparo, el juez por regla general deberá preferir el proceso contencioso–administrativo”⁴⁹. Pues, aunque el quejoso pueda acudir a un proceso contencioso administrativo, habrá que preguntarse –entre otras cosas– si es un proceso contencioso administrativo general o específico.

3. Vía procedimental igualmente satisfactoria

A) Definición material y formal

La tercera característica que debe concurrir en la vía procedimental a fin de que se configure constitucionalmente la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 CPC, es su condición de *igualmente satisfactoria* que la vía procesal constitucional. ¿Igualmente satisfactoria con respecto a qué?, cabría preguntar. En la medida que el dispositivo legal mencionado se ubica dentro del Título I, referido a las disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y en la medida igualmente que el artículo 5.2 CPC prevé al hábeas corpus como excepción y que el proceso de cumplimiento no defiende derechos constitucionales (artículo 70.3 CPC), la respuesta es que lo *igualmente satisfactorio* deberá verificarse entre la vía procedimental específica y el proceso de amparo (y de hábeas data, dependiendo siempre del derecho constitucional invocado como agredido). Cabría también preguntar, complementariamente, ¿igualmente satisfactoria para qué? Obviamente, para la salvación del derecho constitucional, es decir, igualmente satisfactoria en la consecución de la finalidad de los procesos constitucionales: “reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho

⁴⁹ AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 28.



constitucional” (artículo 1 CPC); o como dice el mismo artículo 5.2 CPC, “para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Así, lo *igualmente satisfactorio* se define tanto desde un punto de vista material, es decir, atendiendo al objeto de protección (la *igual* protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir, atendiendo al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure la *igual* protección). De la combinación de ambos criterios, el formal y el material, pueden concluirse algunos criterios que permitan definir a una vía procedimental específica como *igualmente satisfactoria*, y que a continuación se especifican.

B) No basta una vía judicial simplemente apta para la salvación del derecho

La vía procedimental judicial no será *igualmente satisfactoria* si es *simplemente apta* para conseguir el resultado de salvación del derecho constitucional afectado, pues en principio siempre habrá una vía judicial ordinaria apta para proteger derechos constitucionales. Lo que exige la norma procesal constitucional es que la vía judicial ordinaria sea *igualmente satisfactoria*, es decir, que exista una relación de igualdad (“igualmente”, dice la ley) entre la satisfacción que de la pretensión de salvación de su derecho constitucional pueda esperar el agraviado tanto en la vía procedimental judicial ordinaria, como en la vía procedimental constitucional. Bien se ha dicho cuando se ha escrito que “la sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho fundamental, no significa per se, que la misma sea, en todos los casos o supuestos igualmente satisfactoria, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada”⁵⁰. Esta correspondencia en el grado de protección brindada por una u otra vía define materialmente el significado de vía procedimental igualmente satisfactoria.

¿Cuál es esa protección que brinda el proceso constitucional y que ha de servir de criterio para determinar si una vía procedimental es igualmente satisfactoria? Dos afirmaciones con carácter previo pueden afirmarse antes de entrar a responder esta pregunta. Lo primero es que el análisis deberá realizarse siempre en función de las previsiones legales, y no en función a las disfuncionalidades que pueden ocurrir u ocurren en los hechos⁵¹. Y lo segundo es que, si bien existen disposiciones generales predicables de los procesos constitucionales, no debe olvidarse que también existen disposiciones particulares que individualizan a cada proceso constitucional y a las que también hay que acudir para definir lo *igualmente satisfactorio*. De modo que, aunque aquí se incidirá en lo referido al proceso de amparo, se ha de estar igualmente a las disposiciones particulares del hábeas data para definir si existe una vía procedimental igualmente satisfactoria y se configure así la causal de improcedencia del artículo 5.2 CPC.

C) Debe ser una vía judicial de tramite sumario

En referencia al proceso de amparo, la protección que se brinda viene definida al menos por los dos siguientes elementos: un elemento temporal y un elemento de eficacia. En lo que respecta al primero de ellos, se ha de reparar en que el amparo es un proceso constitucional que no sólo se muestra idóneo para alcanzar la salvación del derecho constitucional, sino

⁵⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo*, en CASTAÑEDA OTSU, Susana y otros, “Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Jurista editores, Lima 2005, p. 135.

⁵¹ Es bien sabido que no siempre las etapas y plazos que prevé la norma procesal llegan a verificarse en la realidad. Sin embargo, lo *igualmente satisfactorio* debe realizarse a nivel del precepto legal porque la exigencia de lo igualmente satisfactorio es una exigencia legal y no sociológica.

que además es apto para alcanzarla en un plazo breve, es decir, se trata de un proceso sumario. La sumariedad que caracteriza los procesos constitucionales como el amparo, viene plenamente justificada por la calidad del objeto que se pretende defender. Se trata de garantizar derechos constitucionales, cuyo respeto y defensa constituye no sólo la base de un Estado democrático de Derecho, sino también la exigencia jurídica de la naturaleza y consiguiente dignidad humanas. Por eso la respuesta frente a una agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental debe ser rápida, porque ocurrida la violación a la dignidad del hombre, ésta debe durar lo menos posible en el tiempo. Como bien se ha escrito respecto de estos procesos, “el derecho discutido no permite respiro ni sosiego, en tanto el tiempo puede convertir en irreparable el agravio”⁵². Por tanto, desde una perspectiva formal o procedimental, esta sumariedad debe ser exigida también del proceso judicial ordinario si pretende ser *igualmente eficaz* que configure la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC.

Esta sumariedad, sin embargo, no necesariamente exige que coincidan exactamente los plazos y las etapas procesales entre el proceso constitucional y el proceso judicial ordinario. Basta con una coincidencia razonable, es decir, que en uno y otro supuesto se esté ante una situación de sumariedad que suponga una pronta y oportuna respuesta del órgano judicial para la salvación del derecho constitucional. Lo que sí exigirá la sumariedad es que el proceso judicial ordinario recoja una serie de aspectos procesales semejantes a los que se prevé para el amparo sin los cuales la sumariedad sólo sería una quimera. Dentro de estos aspectos procesales hay que mencionar la obligación de trámite preferente (artículo 13 CPC), y la previsión procesal de que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia (artículo 10 CPC). Y en particular hay una característica que debe ser resaltada especialmente: la ausencia de etapa de actuación de pruebas. De manera que sólo serán procedentes *los medios probatorios que no requieren actuación*, y si el juez considera indispensable alguna actuación probatoria, su realización no debe afectar la duración del proceso (artículo 9 CPC).

Por lo demás, no sirve como argumento para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario idóneo para la salvación de un derecho constitucional, el que permita interponer medidas cautelares. Dos son las razones que hacen inútil este argumento. Primera, que la respuesta que se obtenga mediante una medida cautelar no es una respuesta definitiva, y es claro que si un proceso ofrece una respuesta no definitiva será menos satisfactorio que aquel que la ofrece definitivamente; y segunda, que el proceso constitucional también prevé medidas cautelares en su seno, aún tratándose de procesos sumarísimos.

D) Debe ser una vía judicial especialmente eficaz

En lo que respecta al segundo de los mencionados elementos, el elemento de la eficacia, debe hacerse notar que el amparo no sólo es idóneo para alcanzar la protección de un derecho constitucional y alcanzarla en un plazo corto a través de un proceso sumario, sino que además, lo hace de una manera especialmente eficaz. Esta eficacia se manifiesta al menos en las tres siguientes situaciones. En primer lugar, en la posibilidad de plantear en el trámite del amparo (y del hábeas data) medidas cautelares, como un remedio procesal para impedir que por las circunstancias y el paso de tiempo se frustre la salvación del derecho constitucional que se llegue a disponer en una sentencia eventualmente estimatoria (artículos 15 y 16 CPC).

⁵² AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 32.



En segundo lugar, se manifiesta en la consecución de la finalidad: reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 CPC). De manera que de ser declarada fundada la demanda se pueda ordenar la “restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación” (artículo 53.3 CPC).

Complementariamente, y en tercer lugar, este elemento de eficacia que define el proceso de amparo y que debe definir también la vía judicial ordinaria para ser calificada de igualmente eficaz, se manifiesta en la pronta ejecución o actuación de sentencias firmes (artículos 22 y 59 CPC), para la cual incluso se ha previsto un plazo de realización: dos días contados a partir de su notificación.

E) Dos cuestiones procesales adicionales

En la línea de afirmar los caracteres que, presentes en el proceso de amparo es razonable que se exijan de la vía procesal específica para ser considerada como *igualmente satisfactoria*, se encuentran dos cuestiones procesales que, en principio, no encuentran ninguna razón para no ser requeridas de la referida vía procesal específica, ello en tanto que aparecen como garantías de quien ha visto alguno de sus derechos constitucionales vulnerados.

Se trata, en primer lugar, de la previsión por la cual en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo (artículo 6 CPC). La ausencia de esta garantía en la vía procesal igualmente eficaz, es un elemento más para definir su ineptitud como vía igualmente satisfactoria que el amparo en la defensa de un derecho constitucional. Igualmente, una vía procesal específica no llega a brindar una igual protección que la que se brinda a través del amparo, si es que no se prevé la posibilidad de que el quejoso acuda a una suerte de instancia última si es que en segunda instancia se le ha denegado la demanda constitucional⁵³.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: JUSTIFICACIÓN DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 5.2 CPC

La pregunta que corresponde plantear ahora es la siguiente: si el artículo 5.2 CPC exige que la vía procedimental sea *igualmente satisfactoria* que el amparo para que no proceda este proceso constitucional, y lo *igualmente satisfactorio* se define en función de la protección brindada al derecho constitucional con las características antes señaladas para así salvarle de su argumentable inconstitucionalidad ¿qué sentido tiene el artículo 5.2 CPC y cómo queda la eficacia del artículo 200.2 CP que reconoce el amparo como mecanismo de protección de derechos constitucionales?

Pensemos por un momento en el proceso contencioso administrativo como posible vía alternativa al amparo. Tendrá que preverse en su interior algún procedimiento de defensa de derechos constitucionales distinto a otros procedimientos contenciosos administrativos que por propia definición están previstos para proteger derechos de rango infra constitucional (legal o administrativo). De no ocurrir esta previsión se incurriría en inconstitucionalidad al dar una misma protección a derechos constitucionales que a derechos legales o reglamentarios, en buena cuenta, se incurriría en inconstitucionalidad al equiparar los derechos constitucionales con los derechos infra constitucionales.

⁵³ Esa suerte de tercera instancia no residirá en el Tribunal Constitucional (el que, por mandato constitucional, conocerá como última instancia sólo de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento), sino que deberá recaer, por ejemplo, en alguna Sala de la Corte suprema.

Es por eso que el Tribunal Constitucional ha derivado al contencioso administrativo algunas pretensiones que intentaron tramitarse vía amparo, no porque el contencioso administrativo resultase *igualmente satisfactorio* que el proceso constitucional, sino porque las pretensiones reclamadas vía amparo no formaban parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Y es verdad, el amparo sólo protege derechos constitucionales; tan verdad, como verdad es que el contencioso administrativo está esencialmente pensado para proteger derechos infra constitucionales (legales o administrativos).

De esta manera, por ejemplo, respecto del derecho fundamental a la pensión (artículo 11 CP), tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[l]a vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que *no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental* a la pensión, es el proceso contencioso administrativo”⁵⁴; así como que “en los casos en que *se hubiera producido la vulneración de los derechos legales* del pensionista durante la vigencia de las normas que regularon la nivelación, el pensionista deberá dilucidar el asunto controvertido en el proceso contencioso-administrativo”⁵⁵.

Ese hipotético procedimiento contencioso administrativo de protección de derechos constitucionales deberá configurarse, si bien no con exactamente los mismos plazos o etapas procesales, sí con unas características que lo hagan de modo efectivo igualmente eficaz que el amparo, es decir, con las características señaladas anteriormente. Y pensemos, entonces, en un procedimiento en la vía judicial contencioso administrativa *tan satisfactorio* como el amparo. ¿Qué diferencia habrá entre ese proceso judicial contencioso administrativo y el proceso constitucional de amparo? Más allá del nombre, ninguna jurídicamente relevante, porque en realidad se estaría hablando de otro proceso de amparo, en este caso de un “amparo administrativo”. Este mismo razonamiento se puede hacer respecto de otras áreas, así de la laboral (amparo laboral), la civil (amparo civil), por citar algunas otras.

En buena cuenta, el artículo 5.2 CPC está obligando a crear en la vía judicial ordinaria procedimientos formalmente ordinarios y materialmente constitucionales. Esto no sería reprochable constitucionalmente, en la medida que el artículo 200.2 CP es general y no queda contradicho por el reconocimiento de amparos según la materia –si administrativa, civil o laboral– de la que verse el derecho constitucional. Lo reprochable es que –y esperemos que no llegue a ocurrir– se intente pasar como vías procedimentales igualmente satisfactorias, aquellas vías judiciales que ofrezcan un menor grado de eficacia en la protección de los derechos constitucionales. Igualmente reprochable es que no se reconozca como verdadero amparo (sino formalmente, sí materialmente), las vías procedimentales que ofrecen una *misma satisfacción* que el amparo en la protección de los derechos constitucionales.

Dentro de este contexto, el artículo 5.2 CPC pierde toda significación. En efecto, si además del amparo constitucional se crean legislativamente⁵⁶ vías judiciales igualmente satisfactorias (es decir, amparos administrativos, civiles o laborales), dará igual acudir a uno u a otro porque siempre será posible encontrar una misma satisfacción en la protección del derecho constitucional agredido. Y es que si de lo que realmente se trata es de evitar la desnaturalización del proceso constitucional de amparo, como mecanismo de protección que sólo deberá activarse ahí donde haya una incontrovertible agresión (por violación

⁵⁴ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 51. La cursiva de la letra es añadida.

⁵⁵ EXP. N.º 3599–2004–AA/TC, de 19 de septiembre de 2005, f. j. 15. La cursiva de la letra es añadida.

⁵⁶ Hay que reconocer que aún a un año de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, no existe regulada en la vía judicial ordinaria ninguna vía específica igualmente satisfactoria que el amparo para que pueda configurarse la causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPC.



efectiva o por amenaza cierta e inminente) de un derecho constitucional, el artículo 5.2 CPC es una muy mala medida por ineficaz. Esta medida legislativa no es la adecuada porque no apunta a la esencia del problema.

Si se quiere que –por ejemplo– el amparo no se desnaturalice, existe una triple exigencia –ya mencionada– que habrá que cumplir de modo estricto en los casos concretos: que esté debidamente acreditado que está en juego el contenido constitucional de un derecho fundamental; que no exista duda acerca de la titularidad del derecho fundamental; y que este indubitablemente acreditado el acto agresor del derecho constitucional (acción u omisión, violación efectiva o amenaza cierta e inminente). Si están presentes de modo indubitable estos tres requisitos, el quejoso no tiene porqué acudir al proceso judicial ordinario, ni tan siquiera debería preguntarse si en la vía judicial existe un proceso específico igualmente satisfactorio, sino que tendría que permitírsele acudir al amparo, por así disponerlo la norma constitucional. Si faltase alguno de estos requisitos, el quejoso no podrá acudir al amparo, pero no porque en la vía judicial exista un proceso igualmente eficaz, sino porque no se han verificado las exigencias mínimas propias de un proceso constitucional. Como bien se ha dicho, se debe intentar “circunscribir el amparo a su condición de proceso constitucional estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales; y de proceso excepcional, distinto a los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole”⁵⁷.

Si ocurre que aplicando bien la mencionada triple exigencia aún son demasiadas las causas de amparo que se tramitan en los tribunales, de modo que este proceso constitucional siga igualmente desnaturalizándose, entonces dos serán las posibles soluciones: que se fomente el respeto a los derechos constitucionales de modo que tanto el poder político como los particulares no los amenacen o violen; y/o se reforma la Constitución y se prevé una norma semejante al artículo 43 de la Constitución argentina o 53 de la Constitución española.

Y es que es fundamental saber bien que es lo que se persigue. Si lo perseguido es que el amparo sea un mecanismo excepcional de modo que frente a amenazas o violaciones efectivas del contenido de cualquier derecho constitucional se deba acudir a otros procesos judiciales y no al amparo, se necesita de una reforma constitucional, porque lo que está previsto en la actual Constitución peruana es que de ser real y manifiesta la afectación del contenido de un derecho constitucional, esa afectación debe ser atendida a través de los respectivos procesos constitucionales.

Si, por el contrario, lo que se desea es que el amparo no se desnaturalice en su aplicación, y no sea empleado “para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo”⁵⁸, entonces lo que simplemente se debe requerir es la triple exigencia a la que se hizo mención anteriormente.

Para conseguir esto segundo, la medida contenida en el artículo 5.2 CPC –se ha de insistir– no es eficaz. Por el contrario genera un gravísimo riesgo: que los magistrados que en primera o segunda instancia conocen de las demandas constitucionales, terminen rechazándolas so pretexto de que en la vía judicial ordinaria existen vías igualmente

⁵⁷ AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 66.

⁵⁸ *Idem*, p. 67.

efectivas, sin que realmente sea así⁵⁹. De esta manera, y como lo argumentaba en otra oportunidad, se pasaría de amparizarlo todo a desamparizarlo todo⁶⁰.

X. EPÍLOGO: EL EXP. 0206–2005–PA/TC

1. *El proceso laboral como vía judicial específica igualmente eficaz*

Con la brevedad que exige un trabajo como el emprendido en estas páginas, es necesario, finalmente, hacer referencia a algunas recientes aparentes respuestas que ha dado el Tribunal Constitucional a algunas de las cuestiones que plantea la vía judicial igualmente eficaz. Desde hace algunos meses el Tribunal Constitucional ha emprendido una labor loable y nada sencilla, de ir aplicando los cambios que la nueva legislación procesal constitucional trae consigo. Esta aplicación ha exigido que el Alto Tribunal de la Constitución vaya interpretando y dando contenido –unas veces menos afortunadas que otras⁶¹– a una serie de figuras, como la contenida en el artículo 5.2 CPC. Sobre ella se ha manifestado expresamente el Supremo intérprete de la Constitución en la sentencia al Exp. 0206–2005–PA/TC. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional no ha definido de manera general lo que se ha de entender por vía judicial específica igualmente satisfactoria, pero la ha aplicado en el intento de establecer cuándo una pretensión debe ser tramitada a través del amparo y en cuales supuestos debe hacerse a través del proceso judicial laboral o el proceso contencioso administrativo por constituir estos procesos una vía judicial específica igualmente satisfactoria.

Luego de advertir el cambio que el Código Procesal Constitucional ha supuesto para el proceso de amparo, convirtiéndolo de un proceso alternativo a un proceso subsidiario, el Tribunal Constitucional manifiesta que “en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios”⁶². Sin embargo, no repara el Alto Tribunal de la Constitución peruana en que eso es así en el derecho comparado porque, como se estudió anteriormente, son sistemas en los que lo que se ha constitucionalizado es precisamente la excepcionalidad del amparo. Por ejemplo, en el sistema español, los primeros encargados de la defensa de los derechos fundamentales son los jueces a través de vías judiciales (preferentes y sumarias), y en segundo lugar el Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo. Y esto es así porque constitucionalmente está establecida la excepcionalidad del amparo, al preverse –también desde la norma constitucional–, que la demanda de amparo se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional como primera y única instancia, y no –como en el caso peruano– ante el juez o sala del Poder judicial.

En el sistema peruano, no sólo no se ha recogido en el texto constitucional la excepcionalidad del amparo, sino que este proceso constitucional empieza a tramitarse en los juzgados de

⁵⁹ Bien se ha dicho cuando se ha afirmado que el “[a]mparo residual puede resultar [siendo] un remedio peor que la enfermedad si no se toman las debidas precauciones”. ESPINOSA–SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio*, en CASTAÑEDA OTSU, Susana y otros “Introducción a los procesos constitucionales”, ob. cit., p. 75.

⁶⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Alternatividad y excepcionalidad...*, ob. cit., ps. 56–58.

⁶¹ También es reciente y sumamente preocupante el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional por el que ha definido las condiciones de procedencia del proceso de cumplimiento. Algunos argumentos de crítica al referido criterio jurisprudencial véase en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El proceso de cumplimiento: un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional*, en “Revista Actualidad Jurídica” (Gaceta Jurídica), Tomo 146, en imprenta.

⁶² EXP. 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 5.



primera instancia del Poder judicial y termina en el Tribunal Constitucional al actuar como instancia última de los procesos de amparo (artículo 200.2 CP). Por lo que en este sistema, a los jueces del Poder judicial les corresponderá el primer nivel de protección de los derechos fundamentales a través del amparo porque frente a la violación manifiesta de un derecho constitucional la Constitución permite y exige el inicio del proceso de amparo ante los juzgados y tribunales ordinarios. Esa constatación de que en jurisdicciones comparadas los jueces constituyen el primer nivel de protección de los derechos constitucionales a través de los procesos judiciales ordinarios no sirve para aplicarla al caso peruano.

No sólo no sirve, sino que además no se ajusta a la prescripción constitucional, considerar que “el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador”⁶³. Una vez más se debe reafirmar la claridad con la que se manifiesta el artículo 27 CP al establecer que quien define la protección adecuada contra el despido arbitrario no es el trabajador sino el legislador⁶⁴. Y lo que es absolutamente sorprendente es que el Tribunal Constitucional haya establecido que corresponde al demandante “la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”⁶⁵. Se presume que será el juez quien conoce el Derecho, y sabrá él, el juez, si en la basta vía judicial ordinaria existe algún proceso que pueda ser o no tan eficaz que el amparo para resolver la concreta pretensión que se le presente. Bien se puede advertir que esta exigencia procesal será mal empleada por los jueces para rechazar demandas de amparo, al margen de que lo controvertido sea o no una manifiesta violación del contenido constitucional de un derecho fundamental.

Advertidas estas primeras criticables manifestaciones del Tribunal Constitucional, se ha de poner de manifiesto que este Alto Tribunal no ha definido lo que se ha de entender por vía judicial igualmente eficaz cuando de las pretensiones laborales se trata. Tan es así que para los casos de *despido sin imputación de causa*, el Supremo intérprete de la Constitución remite a su abundante jurisprudencia “para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado”⁶⁶.

Una pista válida, aunque no del todo correcta en su enfoque, recién la formula el Tribunal Constitucional respecto de los llamados *despidos fraudulentos*. Este tipo de despido sólo podrá impugnarse a través del proceso de amparo “cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”⁶⁷. Como se ha argumentado en este trabajo, la esencia (el contenido esencial) del amparo está dispuesta de tal manera que lo hace radicalmente ineficaz para resolver cuestiones en las que la violación del contenido constitucional de un derecho fundamental no es clara o manifiesta. Este tipo de cuestiones no se resuelven a través del amparo, no porque existan en la vía judicial procesos específicos igualmente satisfactorios, sino por la sencilla razón de que el proceso de amparo es esencialmente ineficaz para resolverlas.

Mientras que, y ahora sí con acierto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que es cuestionable por amparo las situaciones de *despido nulo*. No podía ser de otro modo ya que, como bien afirma, nos encontramos ante “casos de urgencia relacionados con la violación de

⁶³ Idem, f. j. 7.

⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*, en “Asesoría Laboral”, noviembre 2004, ps. 9–14.

⁶⁵ EXP. 0206–2005–PA/TC, citado, f. j. 6.

⁶⁶ Idem, f. j. 8.

⁶⁷ Ibidem.

los derechos constitucionales”⁶⁸. En estos casos no se configura la causal de improcedencia del amparo contenida en el artículo 5.2 CPC, consecuentemente, el trabajador tiene expedita esa vía constitucional para ser empleada si así lo decide. Por lo que, “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”⁶⁹.

En realidad el Tribunal Constitucional no manifiesta ningún criterio útil para la determinación de una vía judicial como igualmente eficaz que el amparo, ya se trate de un despido incausado, fraudulento o nulo. Muy por el contrario, su desacertado modo de entender el derecho constitucional al trabajo, le lleva a desafortunados resultados, como el admitir la procedencia del amparo cuando se trata de despidos incausados y fraudulentos (siempre que no se exija de una etapa de actuación de pruebas). Se ha de insistir en que los despidos incausados o fraudulentos no dan lugar al proceso de amparo, no porque en la vía laboral ordinaria exista una vía igualmente eficaz que el amparo, sino porque el amparo sólo protege el contenido constitucional de un derecho fundamental, y no forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo la reposición en caso de despido arbitrario.

2. *El proceso contencioso administrativo como vía judicial igualmente eficaz*

Hasta aquí se ha analizado lo manifestado por el Tribunal Constitucional respecto de las controversias que involucran trabajadores del sector privado. Aunque inicialmente pudiera parecer lo contrario, en realidad los resultados son prácticamente los mismos que los formulados para los trabajadores de la actividad privada. La regla general será que en los casos en los que el servidor público es despedido con vulneración de alguno de sus derechos fundamentales (supuestos del despido nulo), el amparo será la vía procesal adecuada. Ha dicho el Tribunal Constitucional que “el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental”⁷⁰.

La excepción a esta regla general será doble. En primer lugar, todos los casos (que involucren o no el contenido constitucional de derechos fundamentales) que requieran de una especial actividad probatoria, deberán ser tramitados a través del proceso contencioso administrativo. Se debe insistir, con el Tribunal Constitucional, en que “el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo”⁷¹.

Igualmente, y en segundo lugar, se tramitará por este proceso judicial ordinario todas aquellas pretensiones que no estén referidas a la defensa de aspectos del contenido constitucional de ningún derecho fundamental, sino que pretendan defender simples derechos o prerrogativas reconocidas por ley. Bien dice el Tribunal Constitucional cuando afirma que serán tramitados por la vía contencioso administrativa los “conflictos jurídicos

⁶⁸ Idem, f. j. 9.

⁶⁹ Idem, f. j. 16.

⁷⁰ Idem, f. j. 24.

⁷¹ Idem, f. j. 19.



individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que *se derivan de derechos reconocidos por la ley*, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros”⁷²

Ninguna de estas dos excepciones, sin embargo, dice algo acerca de lo que se ha de entender por vía judicial igualmente satisfactoria, porque el hecho que a través del amparo no se tramiten asuntos litigiosos o asuntos no referidos al contenido constitucional de los derechos fundamentales, son exigencias que se desprenden de la propia naturaleza constitucional del proceso de amparo, y no de la mayor o menor eficacia que, respecto del amparo, suponga el proceso contencioso administrativo. Esta conclusión hace errónea la declaración del Tribunal Constitucional por la que “si en virtud de la legislación laboral pública (...) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (...), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa *por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas*”⁷³. Y es errónea porque, como se acaba de ver, los despidos de los trabajadores públicos terminarán por ser resueltos en el proceso contencioso administrativo, no por constituir este una vía igualmente eficaz que el amparo, sino por ser el amparo un proceso esencial y radicalmente ineficaz para resolver controversias litigiosas o para proteger derechos de contenido simplemente legal o reglamentario.

3. Validez de los criterios propuestos en este trabajo

En la sentencia al Exp. 0206–2005–PA/TC, el Tribunal Constitucional ha abordado directamente la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 CPC, para establecer cuando un amparo es procedente en defensa de algún derecho vinculado a la materia laboral, y cuando se ha de acudir a la vía judicial ordinaria específica (laboral o contenciosos administrativa), por constituir una vía igualmente efectiva que el amparo. Más allá de lo discutible de varios –por desgracia, muchos más que antes– de los criterios del Tribunal Constitucional, lo cierto es que este Tribunal apenas si ha manifestado algo directamente aplicable a la determinación de lo que se ha de entender por vía igualmente eficaz. Ha pretendido establecer que la vía judicial laboral o la vía contencioso administrativa pueden ser igualmente eficaces que el amparo, pero no sólo sin argumentarlo debidamente, sino además confundiendo lo que es *igualmente efectivo* con las *exigencias dimanantes de la esencia* (contenido esencial) del proceso constitucional de amparo.

Como se ha advertido del análisis realizado a la sentencia del Exp. 0206–2005–PA/TC y aunque el Tribunal Constitucional no lo manifiesta de modo expreso, en el fondo la regla que aplica es que el amparo sólo procede para dilucidar cuestiones en las que concurren las siguientes dos características. Primera, que sean cuestiones referidas al contenido constitucional del derecho fundamental; y segunda, que sean cuestiones no litigiosas. Las cuestiones en las que no concurren estas dos características deben ser tramitadas a través de la vía judicial ordinaria, pero no –como mal entiende el Tribunal Constitucional– porque

⁷² Idem, f. j. 23.

⁷³ Idem, f. j. 22. La cursiva de la letra es añadida.

exista un proceso judicial específico igualmente satisfactorio, sino porque en la vía judicial ordinaria se tramitan las pretensiones que requieren especialmente de una etapa de actuación de pruebas (esté o no relacionado con el contenido constitucional de un derecho fundamental); y se tramitan también las cuestiones que involucran a derechos simplemente legales.

Esta misma regla es la que ha sido argumentada a lo largo de este trabajo. Todos los argumentos y todas las propuestas presentadas a lo largo de estas páginas giran alrededor de ella, lo que permite sostener una vez más su validez constitucional. Por mandato constitucional, los derechos fundamentales, mejor dicho, su contenido constitucional, son protegidos a través del amparo (y demás procesos constitucionales). Es preferible plantear criterios hermenéuticos que permitan delimitar el referido contenido constitucional para saber cuando debe proceder una demanda de amparo y cuando no, que plantear criterios que pretenden definir procesos judiciales sustitutos del amparo. Es preferible, como se ha propuesto aquí, que el juzgador dirija su atención a determinar si son claros y manifiestos los hechos que constituyen el acto agresor, a determinar si se está realmente ante el contenido constitucional de un derecho fundamental, y si está debidamente acreditada la titularidad del derecho invocado; antes que dirija su esfuerzo a buscar procesos judiciales sustitutos del amparo. Y es preferible porque sólo así se logrará no sólo la plena vigencia de la norma constitucional peruana (que recoge la alternatividad de los procesos constitucionales y no su subsidiaridad), sino también la plena vigencia del valor jurídico de la persona humana: constituir el fin de toda realidad política, social y jurídica.

A Coruña, Diciembre de 2005.

