



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA DETERMINACIÓN DE LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA EN EL AMPARO. A PROPÓSITO DE LA RECIENTE RECOMENDACIÓN DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2007

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

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

En la Resolución administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Resolución administrativa N.º 252-2007-P-PJ, se han recogido una serie de *pautas referenciales que permitan la identificación de una vía judicial ordinaria como vía igualmente satisfactoria*¹. Como se sabe, una de las causales de improcedencia de una demanda constitucional es 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”. Frente a esta disposición legislativa, se planteó la difícil cuestión de determinar cuando nos encontramos frente a una vía igualmente satisfactoria que el amparo (o que el hábeas data). No había duda en admitir la improcedencia del amparo cuando una vía judicial apareciese como igualmente satisfactoria; sin embargo, bastantes sombras e incertidumbres provocaba la individualización de una vía judicial como igualmente satisfactoria.

En la doctrina nacional aparecieron trabajos intentando establecer criterios de determinación, e incluso el Máximo tribunal de la constitucionalidad manifestó algún parecer al respecto en su jurisprudencia constitucional. Sin embargo, no desaparecieron todas las dudas y obscuridades, por el contrario, frente a posturas contrapuestas, e incluso, frente a la poca claridad de criterio que manifestaba el Tribunal Constitucional, el vacío y dificultad que los jueces constitucionales experimentaban no era insignificante.

Dentro de este panorama, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia pretende llenar este vacío, y lo intenta recogiendo y ordenando una serie de criterios “establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencial”² que han de orientar la actividad del juez constitucional cuando intente examinar en un caso concreto el cumplimiento o no de la causal de improcedencia de la demanda constitucional. Al análisis, aunque breve y general, de esos criterios se destinan las páginas siguientes.

IRREPARABILIDAD DEL DAÑO

El primer criterio que recomienda la Sala Plena de la Corte Suprema es la “[i]rreparabilidad del daño al derecho [constitucional] invocado si se recurre a medios ordinarios de protección”. Teniendo en cuenta que los procesos constitucionales (el amparo y el hábeas data que es de quienes se predica la vía judicial igualmente satisfactoria como causal de improcedencia) tienen por finalidad exclusiva el cese de toda agresión al contenido constitucional de un derecho fundamental, el único significado constitucionalmente válido que se le puede dar a la expresión *daño* está necesariamente referido de la violación del derecho fundamental. El *daño* no puede ser ni daño económico ni moral ni de cualquier otra índole que no sea el daño que en sí mismo significa la violación de un derecho fundamental. Sin duda que la vulneración de un derecho fundamental significa en sí misma y por sí misma la producción de un daño sobre la persona humana titular del derecho vulnerado, en la

* Investigador contratado doctor adscrito al Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).

¹ Segundo considerando de la mencionada Resolución administrativa.

² Primer párrafo del punto primero de la Resolución administrativa.



medida que los derechos se definen como el reconocimiento jurídico de un bien humano que satisface una necesidad humana y promueve con ello el perfeccionamiento humano³.

Consecuentemente, la *irreparabilidad* del daño predicada de la violación de un derecho fundamental no puede ser entendida más que como la irreversibilidad en la violación del derecho fundamental, es decir, en la imposibilidad material y jurídica de hacer cesar la agresión al derecho fundamental y reponer las cosas al estado anterior de la misma tal y como lo dispone el artículo 1 CPConst. De ahí que la expresión *irreparabilidad del daño* al derecho invocado no es del todo apropiada, como sí habría resultado hablar de *irreversibilidad de la agresión* del derecho fundamental, o alguna frase semejante.

En cualquier caso debe entenderse que este criterio significa que el juez constitucional que examina la procedencia de una demanda constitucional se ha de preguntar si existen elementos de juicio objetivo que hagan prever razonablemente que de obligarse al quejoso acudir a la vía judicial ordinaria la salvación de su derecho fundamental quedaría frustrada. Si existen esos elementos de juicio, el juez constitucional no declarará la improcedencia de la demanda constitucional, sino que admitiéndola a trámite resolverá lo conveniente. Si por el contrario, concluye el juez constitucional que no existen esos elementos, tendrá un argumento para declarar improcedente la demanda.

Y se dice bien cuando se dice que tendrá un argumento, porque –y como se concluirá más adelante– una vía judicial ordinaria no llega a constituirse como igualmente satisfactoria por el sólo hecho de no frustrar la salvación del derecho constitucional, sino que ha de tomar en cuenta otros factores como son el resto de criterios hermenéuticos que sugiere la Sala Plena de la Corte Suprema en la resolución que se comenta ahora. En efecto, una vía judicial ordinaria que permita la salvación de un derecho fundamental posibilitando el cese de la agresión, no necesariamente es por ello una vía igualmente satisfactoria. Será, como se explicará más adelante una vía *idónea*, teniendo que concurrir otros elementos para ser considerada *igualmente satisfactoria*.

Este criterio tiene plena justificación en la medida que con él se intenta no negar la consecución de la finalidad de los procesos constitucionales: proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 CPConst.). Obviamente, una vía judicial ordinaria que no permita la consecución del objetivo que esencialmente persigue el proceso constitucional, de ningún modo podrá catalogarse como igualmente satisfactoria; o, complementariamente, una vía judicial que en sí misma permitiría la consecución de la finalidad del proceso constitucional, puede dejar de ser idónea si por las concretas circunstancias del caso se llega al convencimiento que ellas impedirán alcanzar la salvación del derecho fundamental.

Por lo demás, este criterio ha sido propuesto en la doctrina nacional. Así, se ha escrito que “a efectos de determinar si resulta o no aplicable la cláusula de residualidad, el juez constitucional debe plantearse la siguiente interrogante: ¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si exijo al justiciable acudir a la vía ordinaria?”⁴.

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007, primer capítulo, ps. 27–63.

⁴ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º 2 del Código Procesal Constitucional Peruano”, en *Justicia Constitucional*, n.º 2, Lima 2006, p. 118.

PROBANZA QUE NO EXISTEN VÍAS ORDINARIAS IDÓNEAS

El segundo criterio que sugiere la Sala Plena de la Corte Suprema es la “[p]robanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado)”. Aunque no dice expresamente sobre quien ha de recaer la carga de la prueba, no cabe duda que deberá probar quien pretende que se examine los supuestos actos lesivos de su derecho constitucional a través de la demanda constitucional, es decir, quien alega la inexistencia de una vía judicial igualmente satisfactoria.

Examen y probanza concretas

Una cuestión que sobre este criterio puede formularse es la siguiente: el examen y probanza de la existencia o no de vías ordinarias idóneas, ¿debe realizarse en abstracto o en concreto? Si fuese en abstracto, el examen y la probanza deberían ir dirigidas sobre las previsiones normativas (legislativas y reglamentarias) tanto del proceso judicial ordinario que pretende ser considerado como igualmente satisfactorio, como del proceso constitucional. Si esta fuese la respuesta, entonces tendría que admitirse que no tiene justificación la exigencia de probanza, debido a que con base en el aforismo *iura novit curia*, el juez constitucional debería conocer si existen procesos judiciales en la vía ordinaria que por los plazos procesales, por las etapas procesales, por la garantía cautelar que prevea, puede equipararse en efectividad al proceso constitucional de amparo (o de hábeas data)⁵.

Si alguna justificación puede hallarse a este segundo criterio, deberá partirse entonces del hecho de que el examen y consiguiente probanza deberá formularse no en abstracto, sino en referencia al caso concreto. En estos casos lo que se requiere es “una evaluación caso a caso, ante la cual no existen respuestas invariablemente establecidas”⁶, de modo que se deberá acreditar que “para el caso en concreto no existe otra vía igualmente satisfactoria, sino sólo el amparo”⁷. Así, si en la vía judicial ordinaria existe una vía por la cual es posible alcanzar la salvación del derecho constitucional supuestamente agredido, y además es un proceso que por su “rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado” es posible calificarlo de *igualmente satisfactorio*, entonces, será quien interponga la demanda de amparo (o hábeas data) el que deba acreditar que a pesar de esas previsiones normativas generales que acercarían en eficacia y satisfacción a un proceso judicial ordinario al proceso constitucional, existen una serie de razones de hecho que hacen que esa prevista “rapidez, celeridad, inmediatez y prevención de la tutela del derecho invocado”, no podrá ser real y efectiva en el caso concreto. Precisamente porque se trata de situaciones extra normativas que no tienen por qué ser conocidas por el juez constitucional, será quien las alegue el que debe acreditarlas.

En este sentido se ha movido el criterio del Tribunal Constitucional, para el que “solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo 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

⁵ Idem, p. 113.

⁶ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones, en IDEM (Coordinador), *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista editores, Lima 2005, p. 153.

⁷ DONAYRE MONTESINOS, Christian, “El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos”, en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (Coordinador), *Derechos Fundamentales y...*, ob. cit. p. 186.



su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”⁸.

Idoneidad y lo igualmente satisfactorio

Otra cuestión que sobre este segundo criterio puede formularse es la que atañe a la idoneidad y a lo igualmente satisfactorio. La pregunta es ¿resulta siendo lo mismo hablar de vía idónea que de vía igualmente satisfactoria? El segundo criterio que ahora se analiza exige que la probanza se dirija sobre la idoneidad de la vía judicial ordinaria, y no sobre su grado de satisfacción en la consecución de la salvación del derecho constitucional. Sin embargo, lo idóneo no equivale a lo igualmente satisfactorio. La idoneidad tiene que ver con la capacidad para obtener un determinado resultado, mientras que lo igualmente satisfactorio está vinculado al grado de eficacia en la consecución del mismo. De forma que lo igualmente satisfactorio presupone la idoneidad pero no se agota en ella, sino que exige un determinado grado de eficacia. En referencia al amparo es posible afirmar, entonces, que “es un proceso constitucional que no sólo se muestra idóneo para alcanzar la salvación del derecho constitucional, sino 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”⁹. Por lo tanto, lo igualmente satisfactorio no es lo mismo que lo idóneo.

Más allá de lo criticable que resulta confundir lo idóneo con lo igualmente satisfactorio¹⁰, lo cierto es que se ha de advertir que el criterio que formula la Sala Plena de la Corte Suprema está referido de la mera idoneidad y no al grado de eficacia para la obtención de la salvación del derecho constitucional agredido. En este punto hay coincidencia con lo dicho por el Tribunal Constitucional, el cual –como se ha visto– ha manifestado que el quejoso ha de demostrar que el proceso de amparo *es la vía idónea y eficaz* para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, al margen del grado de idoneidad y eficacia.

Y es aquí donde precisamente pueden empezar los problemas. Lo normal es que en la vía judicial siempre exista una vía idónea para la salvación de un derecho fundamental. Como bien han dicho los redactores del proyecto de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional, “para declarar esta improcedencia del amparo no basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible”¹¹. Es decir, siempre habrá una vía judicial idónea para la salvación de un derecho fundamental. De ahí precisamente que en el artículo 5.2 CPConst. la improcedencia se configure no por la presencia de una vía judicial idónea, sino de una vía algo más que idónea: una vía igualmente satisfactoria. Como continúan diciendo los mencionados redactores del Código Procesal Constitucional, la improcedencia del amparo sólo será posible cuando los procesos judiciales idóneos “resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión”¹², que siempre será la salvación de un derecho constitucional.

En estricto, por tanto, no hay que demostrar la no existencia de vías judiciales idóneas, que siempre existirán, sino que lo que se tendría que haber exigido es –en todo caso– la

⁸ EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, F. J. 6.

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”, en *Justicia Constitucional*, n.º 2, Lima 2006, p. 84.

¹⁰ Una crítica a la equiparación entre lo idóneo y lo igualmente satisfactorio referido del amparo y de la vía laboral ordinaria o del proceso contencioso administrativo laboral, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Jurídica), Tomo 89, febrero 2006, ps. 39–52.

¹¹ AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Palestra, Lima 2004, p. 69.

¹² *Ibidem*.

acreditación de que una determinada vía judicial idónea para la salvación de un derecho fundamental, no ofrecía una misma satisfacción en el logro del objetivo, que la que ofrece el proceso constitucional. Esta es una nueva crítica a lo propuesto por la Sala Plena de la Corte Suprema.

ANÁLISIS DEL TRÁMITE PREVISTO

El tercer criterio procesal que viene a proponer la Sala Plena de la Corte Suprema es el “[a]nálisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación”. Sin duda, este criterio es fundamental a la hora de establecer si una vía judicial es o no igualmente satisfactoria que la procesal constitucional, porque de lo que en definitiva se trata es de establecer si en el caso concreto la previsión de efectividad que ofrece uno y otro proceso para la salvación de un derecho constitucional son o no sustancialmente semejantes. Y esa determinación sólo será posible a través de un análisis comparativo de lo que ofrece uno y otro.

El análisis debería acontecer a dos niveles: a un nivel formal o procesal; y a un nivel material o de la eficacia: “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)”¹³.

Análisis en el nivel formal

En particular, en lo referido al nivel formal, la sumariedad que se ha de identificar en el proceso judicial ordinario a fin de establecer si es una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional, “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”¹⁴.

Lo que sin duda sí exigirá la sumariedad es que el proceso judicial ordinario prevea una serie de aspectos procesales semejantes a los que se prevé para el amparo: “[d]entro de estos aspectos procesales hay que mencionar la obligación de trámite preferente (artículo 13 CPConst.), y la previsión procesal de que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia (artículo 10 CPConst.). 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 CPConst.)”¹⁵.

En este sentido, en la Resolución que ahora se comenta, se recogen una serie de criterios que se han de tomar en consideración para desde un nivel procesal, definir lo igualmente satisfactorio. Esos criterios son: “a) La legitimidad procesal (activa y pasiva); b) La capacidad de ofrecer y/o actuar pruebas; c) El derecho a ser debidamente notificado de los diferentes incidentes o incidencias que se presenten a lo largo de cada proceso. d) La fluidez y duración del trámite previsto; (...) f) El establecimiento de medios impugnatorios eficaces”¹⁶.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 83.

¹⁴ Idem, 85.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Punto segundo del acuerdo contenido en la Resolución administrativa de la Sala Plena.



Análisis en el nivel de la eficacia

En lo que respecta al nivel material, el examen se dirige a determinar el grado de eficacia en la protección constitucional que de uno y otro proceso se puede concluir a fin de establecer si hay una razonable semejanza que a su vez permita concluir si se está o no configurando la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 CPConst.

En este intento es necesario recordar que el amparo constitucional (y el hábeas data) no sólo es un mecanismo idóneo para alcanzar la salvación y 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. La primera es “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 CPConst.)”¹⁷. Sobre esto se volverá más adelante al momento en que se comente el apartado d) del punto primero del acuerdo recogido en la resolución administrativa que ahora se analiza.

La segunda situación “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 CPConst.). 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 CPConst.)”¹⁸. Mientras que la tercera situación “se manifiesta en la pronta ejecución o actuación de sentencias firmes (artículos 22 y 59 CPConst.), para lo cual incluso se ha previsto un plazo de realización: dos días contados a partir de su notificación”¹⁹.

Estas tres situaciones han sido referidas igualmente por el acuerdo plenario de la Sala suprema que ahora se comenta, cuando se recogen como criterios de análisis los siguientes: “e) La existencia de un escenario cautelar suficientemente garantista; (...) g) El tipo de sentencia a obtenerse; y finalmente, las pautas dentro de las cuales pueden ejecutarse este tipo de sentencias”²⁰.

INMINENCIA DEL PELIGRO Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA EVITAR LA IRREVERSIBILIDAD

Inminencia del peligro

Este cuarto criterio contenido en el apartado d) del primer punto del acuerdo que ahora se examina, se parece bastante al recogido en el apartado a) del mismo punto primero, de modo que una mejor técnica normativa los habría hecho coincidir. Por lo demás, la claridad sobre este supuesto no es tan manifiesta como en los casos anteriores, por lo que requerirá de una adecuada explicación de significado.

En lo que respecta a la *inminencia del peligro sobre el derecho invocado* se ha de determinar a cuáles situaciones se refiere. *Inminente*, según el Diccionario de la Real Academia de Lengua es aquello que amenaza o está para suceder prontamente. *El peligro sobre el derecho invocado* puede tener los siguientes dos significados. Primero, que el peligro esté referido sobre la irreparabilidad (entiéndase irreversibilidad) de la lesión de un

¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 86.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Punto segundo del acuerdo contenido en la Resolución administrativa de la Sala Plena.

derecho fundamental. Segundo, que el peligro esté referido de la amenaza de violación efectiva de un derecho fundamental. Al primero ya hizo referencia la Sala suprema cuando –como se explicó anteriormente– en el apartado a) del punto primero del acuerdo que recoge la Resolución administrativa se hace referencia a la “irreparabilidad del daño al derecho invocado”. De forma que el criterio que ahora se comenta tiene que estar necesariamente referido de las situaciones de amenaza de violación de los derechos fundamentales. Y es precisamente de estas situaciones que puede predicarse el carácter de inminencia, pues como se sabe “cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización” (artículo 2 CPConst.).

Nuevamente –tal y como se hizo con el primero de los criterios examinados antes– habrá que criticar a la Sala suprema la imprecisión en el empleo de las expresiones que no haría más que denotar un desconocimiento de los asuntos sobre los cuales se pronuncia. En este sentido antes que hablar de *inminencia del peligro sobre el derecho invocado*, deberá haberse referido al peligro de que una amenaza cierta e inminente pudiera convertirse en vulneración efectiva.

Consecuentemente con lo que se lleva dicho, este cuarto criterio que propone la Sala suprema exige que en los casos que la demanda de amparo ha sido interpuesta contra actos que han supuesto la amenaza cierta e inminente de un derecho fundamental, el juez constitucional no considere como vía igualmente satisfactoria a la vía judicial ordinaria si existen criterios objetivos que permitan concluir razonablemente que de enviarse al justiciable a esa vía, la amenaza de violación se convertiría en violación efectiva, lo que no ocurriría de permitírsele transitar la vía constitucional.

Adopción de medidas o procuración de medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado

Nuevamente es necesaria una precisión a este elemento del cuarto criterio que trae la resolución de la Sala Plena Suprema: el daño al que se hace referencia se circunscribe exclusivamente a la vulneración del derecho fundamental; y la irreversibilidad se refiere a la imposibilidad material y jurídica de reponer las cosas al estado anterior de cometida la agresión del derecho fundamental. Como ya se ha dicho antes, en lugar de irreversibilidad del daño es conveniente hablar de irreversibilidad de la agresión del derecho constitucional.

Esto coloca el análisis sobre la medida cautelar como instrumento para hacer frente de modo inmediato a la agresión del derecho fundamental denunciada. El juez que ha de decidir si se cumple o no con la causal de improcedencia a fin de rechazar o permitir la tramitación del amparo se ha de preguntar si en la vía judicial ordinaria es posible solicitar la protección cautelar del derecho y si esta puede ser entregada con la prontitud y eficacia con la que se entregaría en el proceso constitucional.

De forma que el juez constitucional deberá admitir la demanda de amparo si encuentra que existen elementos de juicio objetivos que hacen prever razonablemente que en la vía judicial no existe la posibilidad de una eficaz y oportuna protección cautelar del derecho constitucional agredido. Dicho esto habrá que añadir inmediatamente que si en la vía judicial existe un proceso que ofrece una eficaz y oportuna protección cautelar, no necesariamente lo convierte en una vía judicial igualmente satisfactoria. A la existencia de protección cautelar deberá añadirse el resto de criterios examinados páginas antes.

Como ya se dijo antes, forma parte de los requisitos a cumplir para estar ante una vía judicial igualmente satisfactoria, la posibilidad de plantear “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”²¹.

CONCURRENCIA DE ELEMENTOS

Analizados los criterios que propone la Sala Plena de la Corte Suprema, la cuestión que se ha de intentar responder es la siguiente: ¿basta que se responda afirmativamente a alguno de los cuatro criterios para considerar a una vía judicial como igualmente satisfactoria, o por el contrario, sólo podrá considerarse como igualmente satisfactoria que el amparo aquella vía procesal ordinaria que cumpla con todos los cuatro criterios?

Para responder a esta cuestión conviene referir a los cuatro criterios propuestos por la Sala Plena, aunque evitando las imprecisiones e incluso errores en los que incurre la Sala Plena. Así, una vía judicial deberá ser considerada como vía igualmente satisfactoria al amparo (y hábeas data) cuando: 1. el acudir a la vía judicial ordinaria no genere la frustración en la salvación del derecho fundamental agredido; 2. el demandante no ha acreditado que en las concretas circunstancias una vía procesal ordinaria no le ofrece una satisfacción igual a la que le generaría el amparo; 3. del análisis del proceso judicial ordinario se ha concluido que éste ofrece una protección procesal sumaria y efectiva, con una sumariedad y efectividad razonablemente igual a la que le ofrece el proceso de amparo; 4.1. es razonable esperar que la amenaza de violación de un derecho fundamental no se convertirá en agresión efectiva de acudir a la vía judicial ordinaria, o es razonable esperar que se convertirá en violación efectiva aunque se tramite a través del proceso de amparo; y 4.2. la protección cautelar que ofrece un proceso judicial ordinario es razonablemente igual en eficacia a la que ofrece el proceso constitucional.

De esta enumeración se puede concluir fácilmente, como ya se tuvo oportunidad de adelantar, que sólo se podrá considerar como vía igualmente efectiva a la vía judicial que cumple con todos los requisitos mencionados en el párrafo anterior. En este mismo sentido se ha de interpretar lo manifestado por la Sala Plena, al referir que “[s]i se encuentran coincidencias entre el tratamiento dado a estos puntos en las vías judiciales ordinarias y lo previsto para el proceso de Amparo, podría decirse, en la misma línea de lo previsto en la doctrina y la jurisprudencia comparadas, que nos encontramos ante alguna(s) vía(s) igualmente satisfactoria(s) al proceso de Amparo”.

VALORACIÓN GENERAL ACERCA DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA: UNA VALORACIÓN EN TRES PASOS

Hasta aquí se ha efectuado un análisis particularizado de los cuatro puntos en los que se menciona otros tantos criterios contenidos en el punto primero del acuerdo de la Sala Plena. Ahora corresponde hacer una valoración general acerca de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 CPConst. Para esta valoración general me serviré de lo expresado en mi ya citado artículo *El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser*. Y la valoración la haré en tres pasos. El primero, formulando lo que creo significa la vía judicial igualmente satisfactoria en el ordenamiento peruano; segundo, contestando una crítica hecha a esta formulación; y tercero, recordando lo que a mi entender debe ser la solución a la cuestión planteada.

Paso 1: la propuesta

En lo que se refiere a lo primero, se empezará diciendo que en el trabajo que he mencionado antes he argumentado que en principio (o si se quiere, *prima facie*) es posible

²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 86.

dar argumentos que sustenten la inconstitucionalidad de la referida causal de improcedencia. Esos argumentos –que no voy a desarrollar ahora sino que remito al lector al trabajo mencionado antes– están referidos a la vulneración de: a) la alternatividad constitucional; b) el derecho de acceso a los procesos constitucionales; c) el principio de proporcionalidad.

Inmediatamente después de plantear esos posibles argumentos, afirmé que era posible superar la inconstitucionalidad si se interpretaba de determinada manera lo que ha de significar la vía judicial igualmente satisfactoria: “[c]omo se ha podido comprobar, es posible argumentar la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPConst. 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 (...). Hasta ahora, se ha mantenido una interpretación del artículo 5.2 CPConst. que contradice a la Constitución (...). Pero, ¿es posible una interpretación del artículo 5.2 CPConst. 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 CPConst. 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”²².

De esta forma, la cuestión se trasladaba 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 CPConst. 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”²³.

Y esas características son las siguientes: a) que se trate de una vía procedimental de naturaleza judicial; b) que sea una vía procedimental no general, sino específica; c) que sea igualmente satisfactoria, satisfacción que se definía tanto formal como materialmente, lo que suponía admitir que no basta una vía judicial simplemente apta (idónea) para la salvación del derecho constitucional, sino que debe tener previsto un trámite sumario, que brinde una protección especialmente eficaz como la brinda el amparo; y d) que incluso prevea el beneficio de la cosa juzgada (artículo 6 CPConst.), y la posibilidad de prever una tercera instancia.

Paso 2: la crítica

El artículo antes mencionado, y ya ingresando al segundo paso, ha sido criticado por el distinguido prof. Francisco Eguiguren Praeli. Con el afecto y respeto que profeso por este importante profesor universitario, he de sostener que parece ser no ha entendido del todo la propuesta que he formulado.

Refiere el prof. Eguiguren Praeli que “afirma el profesor Castillo Córdova que no es posible intentar interpretar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional de conformidad con la Constitución, para así salvar su supuesta inconstitucionalidad”²⁴. Sin embargo, y como he transcrito antes, lo que propongo es precisamente lo contrario: que siendo posible argumentar la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPConst., es a la vez

²² Idem., ps. 79–80. La cursiva de la letra es añadida.

²³ Idem., p. 80. La cursiva de la letra es añadida.

²⁴ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 4, n.º 2, p. 90.



posible interpretarlo conforme a la Constitución y, a partir de ahí sostener su constitucionalidad.

Una vez criticada mi supuesta posición de inconstitucionalidad insalvable del artículo 5.2 CPCConst., formula el profesor Eguiguren una serie de afirmaciones en la línea de contradecir lo que sostengo. Según este estudioso de la materia procesal constitucional, no se ha de considerar inconstitucional la referida norma legal, “[n]o sólo porque el carácter de tutela de urgencia del proceso de Amparo autoriza a reservarlo sólo para asuntos estrictamente constitucionales del derecho protegido, sino que habilita a diferenciarlo de otros procesos judiciales ordinarios u especiales”²⁵. No se puede estar más de acuerdo con esto. Tan es así que, como indicaré en el tercer paso, lo que he propuesto es que ahí donde sea posible acreditar de modo incontrovertible la manifiesta vulneración del contenido constitucional de un derecho fundamental, se ha de permitir la procedencia del amparo constitucional. Y sin duda que no es confundible el amparo con los procesos judiciales ordinarios, aún si estos fuesen idóneos (recuérdese la diferencia entre proceso idóneo y proceso igualmente satisfactorio que se ha formulado páginas atrás) para la salvación de un derecho fundamental.

Luego el profesor Eguiguren afirma que una alternatividad plena en los procesos constitucionales sólo conduciría a la inflación en las demandas de amparo y en su consecuente desnaturalización. Por eso precisamente lo que sostengo es que sólo se vaya al amparo cuando no exista duda de la vulneración del contenido constitucional del derecho fundamental: “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 protegido, 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 mencionados”²⁶.

Refiere también el prof. Eguiguren que “[p]uede ocurrir que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, a pesar de lo cual el Amparo no resulte ser la vía adecuada o más idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza”²⁷. Nuevamente, lo que propongo va en esa misma línea: “en el fondo la regla que aplica [el Tribunal Constitucional] 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 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

²⁵ Idem., 76.

²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., ps. 71–72.

²⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, ob. cit., p. 76

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”²⁸.

Luego afirma Eguiguren Praeli que un amparo residual o subsidiario no vulnera el artículo 25.1 Convención americana de Derechos humanos. Y es verdad, como ya he dicho, los posibles argumentos de inconstitucionalidad que pueden formularse sobre el artículo 5.2 CPConst., entre ellos el que afirma la vulneración de derecho de acceso a los procesos constitucionales (recogido también en la mencionada norma internacional), quedan descartados afirmando que es posible su interpretación acorde con la Constitución y dándole un significado a lo *igualmente satisfactorio*, que lo acerque razonablemente a la protección que brinda el amparo. Y precisamente mi propuesta de entendimiento de lo *igualmente satisfactorio* va en la línea de afirmar, como lo hace el prof. Eguiguren, que “no basta que existan ‘otros’ procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo; para que deban ser utilizados, y quede cerrado el acceso al Amparo. Tales procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante”²⁹.

En donde nuestras posiciones se separan es en encontrar el significado al término específico en la frase “vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias”. Para el profesor Eguiguren “[t]ampoco compartimos la idea de que tales procesos ordinarios o especiales, para resultar ‘equiparables’ al Amparo, deban estar específicamente referidos a la protección de derechos fundamentales; basta que alguno de los otros procesos judiciales disponibles resulte igualmente satisfactorio”³⁰. Esta afirmación se puede sostener sólo sobre la base de que los procesos judiciales ordinarios generales pueden llegar a brindar una misma eficaz protección que el proceso de amparo. Sin embargo, tengo serias dudas que esto ocurra realmente, porque “[e]llas 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”³¹.

Por lo demás, es verdad –como recuerda Eguiguren– que el amparo en el ordenamiento español “es subsidiario, siendo obligatorio acudir a dicho proceso judicial especial antes de recurrir al Amparo ante el Tribunal Constitucional”; pero habrá que recordar también que esto es así no porque lo diga ninguna norma legal, sino porque expresamente así se ha establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española³². Esto, como se sabe, no ocurre en la Constitución peruana.

Y en fin, ante la afirmación de Eguiguren de que “[p]or lo expuesto consideramos que la opción legislativa por un Amparo residual, excepcional o subsidiario, como toda opción puede resultar opinable y discutible. Pero ello no la torna irrazonable ni inconstitucional”³³, habrá que decir nuevamente que la naturaleza excepcional que el artículo 5.2 CPConst.

²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 96.

²⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, p. 77.

³⁰ Ibidem.

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 82.

³² Se dispone en el citado precepto constitucional que “[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª 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. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

³³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, p. 77.



atribuye al amparo sólo será constitucional (y por tanto proporcionado o razonable) si es que lo *igualmente satisfactorio* se interpreta de modo que formal y materialmente acerque el proceso judicial ordinario a la protección que brinda el amparo constitucional, al punto que razonablemente se pueda concluir una satisfacción igual en el caso concreto.

Paso 3: la conclusión

Como se puede ver, en ningún momento propongo ni que la inconstitucionalidad del artículo 5.2 CPConst. sea insalvable, ni que el que se dice afectado en su derecho constitucional pueda ir siempre que él lo decida a la vía constitucional. Por el contrario, lo que he propuesto es que las posibles y sustentables argumentos de inconstitucionalidad que se pueden dirigir contra la mencionada norma legal sólo podrán ser superados si es que se interpreta lo *igualmente satisfactorio* como un conjunto de elementos que hacen prever razonablemente una protección constitucional sustancialmente semejante a la que se puede concluir del proceso de amparo. Del mismo modo, lo que he propuesto es que al amparo sólo se puede ir cuando la agresión al contenido constitucional de un derecho fundamental es manifiesta e incontrovertible.

Al amparo no se puede ir cuando ni hay afectación manifiesta o habiéndola no está dirigida sobre el contenido constitucional de un derecho fundamental. Muy por el contrario, para que el quejoso pueda ir al amparo se han de verificar los siguientes tres elementos: “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 indubitadamente acreditado el acto agresor del derecho constitucional (acción u omisión, violación efectiva o amenaza cierta e inminente)”³⁴. 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”³⁵. 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”³⁶. 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”³⁷.

Y es que en el fondo, como lo tengo argumentado en otro lado, “[l]a defensa efectiva de los derechos fundamentales pasa necesariamente por contar con las herramientas hermenéuticas necesarias a fin de determinar en cada caso el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Esta es la principal cuestión que se ha de plantear cuando se aborden cuestiones iusfundamentales. De manera que proceda el amparo no porque exista o no vías judiciales ordinarias idóneas (que siempre existirán) para la salvación del derecho fundamental invocado, sino porque la agresión de su contenido constitucional se ha producido y, además, de forma manifiesta”³⁸.

Por lo demás, piénsese por un momento en que si una vía procesal ordinaria ha de ser considerada igualmente satisfactoria que el amparo, será porque la protección que de ella se

³⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 89.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit., p. 66.

³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Comentarios a la sentencia del EXP. N.º 0206–2005–PA/TC”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 1, Lima abril 2006, ps. 490–494.

pueda obtener es razonablemente igual a la que se obtendría del amparo. Si no lo es dejará de ser igualmente satisfactoria. Como bien se ha dicho, en referencia a la vía judicial igualmente satisfactoria, “[d]icha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la protección reclamada”³⁹.

De manera que si resulta que de un proceso judicial se obtiene la misma protección constitucional que del amparo, entonces, en buena cuenta, el proceso judicial significará un amparo judicial. En este punto sigo convencido de que “el artículo 5.2 CPConst. 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”⁴⁰. Por desgracia, a tres años de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, es posible afirmar la vigencia de los mencionados dos reproches.

CONCLUSIONES

Luego del análisis de la propuesta formulada por la Sala Plena de la Corte Suprema en relación a los criterios que se han de seguir los operadores jurídicos, en particular los magistrados judiciales, para determinar cuando una proceso ordinario configura efectivamente una vía igualmente satisfactoria, se puede llegar a la conclusión que corregidas algunas imprecisiones formales y materiales que a lo largo de estas páginas se han puesto de manifiesto, son esencialmente correctos los criterios sugeridos por la Sala Plena. La causal de improcedencia recogida en el 5.2 CPConst. no podrá ser considerada inconstitucional en la medida que lo exigido es la concurrencia de una serie de características que hagan prever que la protección del derecho fundamental que dispensa la vía judicial ordinaria es razonablemente igual a la que otorga la vía constitucional mediante el amparo (o el hábeas data, según el derecho fundamental afectado).

Esos criterios, como ya se dijo, deben ser al menos los siguientes (siguiendo lo propuesto por la Sala plena): 1. que el acudir a la vía judicial ordinaria no genere la frustración en la salvación del derecho fundamental agredido; 2. que el demandante no ha acreditado que en las concretas circunstancias una vía procesal ordinaria no le ofrece una satisfacción igual a la que le generaría el amparo; 3. que del análisis del proceso judicial ordinario se ha concluido que éste ofrece una protección procesal sumaria y efectiva, con una sumariedad y efectividad razonablemente igual a la que le ofrece el proceso de amparo; 4.1. que es razonable esperar que la amenaza de violación de un derecho fundamental no se convertirá en agresión efectiva de acudir a la vía judicial ordinaria, o es razonable esperar que se convertirá en violación efectiva aunque se tramite a través del proceso de amparo; y 4.2. que la protección cautelar que ofrece un proceso judicial ordinario es razonablemente igual en eficacia a la que ofrece el proceso constitucional. Si se cumplen estas características, entonces la vía judicial ordinaria examinada deberá tenerse como igualmente satisfactoria y

³⁹ SÁENZ DÁVALOS, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el Proceso Constitucional de Amparo”, en AA. VV., *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Jurista editores, Lima 2005, p. 135

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El amparo residual en el Perú...”, ob. cit., p. 88.



cumplida la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 CPConst.; de lo contrario, si no se llegan a cumplir, no se puede impedir al afectado en su derecho fundamental que acuda a la vía constitucional.