



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# SOBRE LO QUE ES Y NO ES ESENCIAL AL PROCESO DE AMPARO

Luis Castillo-Córdova

Perú, junio de 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2013). Sobre lo que es y no es esencial al proceso de amparo. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (66), 65-78



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## SOBRE LO QUE ES Y NO ES ESENCIAL AL PROCESO DE AMPARO

Luis Castillo Córdova\*

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho no crea la realidad de las cosas, sino que parte de ella al formular sus prescripciones. La corrección o no, tanto de una decisión pública (legislativa, judicial o ejecutiva) como privada, dependerá de su ajustamiento a las exigencias de la esencia de la realidad que pretende regular. Con base en esta premisa conviene preguntar acerca de la esencia o naturaleza jurídica del amparo constitucional, a fin de no errar en las decisiones que en torno a él se adopten. ¿Qué es aquello que hace que un proceso sea amparo y no otro proceso diferente? A dar respuesta a esta interrogante se destina las páginas siguientes.

## II. LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA ESENCIA DEL AMPARO

En respuesta a la cuestión planteada, se justificará aquí que dos elementos conforman la esencia del amparo en la medida que son exigidos por ella de modo necesario.

## 1. La protección del contenido esencial de los derechos fundamentales

El primero es uno de tipo material: la finalidad del proceso de amparo. El amparo tiene por finalidad la protección efectiva de los derechos fundamentales. Una definición básica de derechos fundamentales, es la siguiente: derechos humanos constitucionalizados. Lo que equivale a definirlos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona y cuyo goce o adquisición le permite alcanzar grados de perfeccionamiento y realización personal, que son reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución<sup>1</sup>.

Todo derecho fundamental cuenta con un contenido esencial definido como aquel que brota de su esencia y que lo singulariza y diferencia de los demás derechos fundamentales. Es este contenido el que se constitucionaliza a la hora que el constituyente decide recoger el nombre del bien humano que subyace al derecho<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, cuando el constituyente ha reconocido que todos tenemos *derecho a la vida*, lo que ha constitucionalizado es aquello que hace que el derecho a la vida sea el derecho a la vida y no un derecho diferente. Es verdad que el Constituyente, eventualmente, puede concretar alguna exigencia del contenido esencial del derecho. De ocurrir, es posible que la concreción sea manifestación de la esencia

---

\* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

<sup>1</sup> Lo tengo justificado en “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31–72.

<sup>2</sup> Así, ha dicho el Tribunal Constitucional que “un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”. EXP. N.º 0023–2005–PI/TC, fundamento 47.



del derecho fundamental, en cuyo caso pasa a formar parte de su contenido esencial. Así, por ejemplo, cuando el constituyente español decide que “queda abolida la pena de muerte” (artículo 15 CE); o el peruano decide que “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (artículo 1 CP), son concreciones del derecho a la vida que singularizan su contenido esencial.

Es posible también que la concreción no sea manifestación de la esencia del derecho fundamental, sino que la contradiga. En este supuesto la concreción será formalmente constitucional porque está recogida en la Constitución, pero –y a la vez- será materialmente inconstitucional, porque niega la exigencia de justicia que representa el derecho fundamental constitucionalizado en su esencia. Esta inconstitucionalidad material la convierte en jurídicamente inválida<sup>3</sup>. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando el constituyente peruano dispone que “está permitido matar en supuestos de condena penal por traición a la patria en caso de guerra o de terrorismo” (artículo 140 CP)<sup>4</sup>. Estas son situaciones posibles pero poco probables, y es que lo que normalmente ocurrirá es que el contenido esencial coincida con el contenido constitucional del derecho fundamental<sup>5</sup>.

El contenido constitucional de un derecho fundamental bien puede ser concretado por la ley<sup>6</sup> (incluido el decreto legislativo)<sup>7</sup> en su esencia. Cuando ocurre esto, el contenido concretado pasa a formar parte de la Constitución y será tenido, por esa razón, como contenido constitucional al menos desde un punto de vista formal<sup>8</sup>. Pero también puede ocurrir que la ley (o el decreto legislativo) dispongan algo que no se concluye directamente de la esencia del derecho fundamental regulado, en cuyo caso el contenido del derecho fundamental será uno meramente legal<sup>9</sup>. El contenido jurídico de un derecho fundamental también puede venir definido por las normas reglamentarias, sin que en ningún caso concrete una exigencia que dimane directamente del contenido esencial del derecho

<sup>3</sup> Es el presupuesto para hablar de normas constitucionales inconstitucionales. Al respecto cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 65 y ss.

<sup>4</sup> Aunque no referido al derecho a la vida, sino al derecho a la igualdad, es posible dar razones para sostener que aquella norma constitucional que establece que “está ordenado que herede la corona española el hijo varón y no la hija mujer”, es una norma constitucional por ser norma directamente estatuida desde el artículo 57.1 CE, pero a la vez es una norma materialmente inconstitucional por negar el contenido esencial del derecho a la igualdad constitucionalizado en el artículo 14 CE.

<sup>5</sup> Lo he justificado en “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, ps. 89–118.

<sup>6</sup> Se trata de leyes de desarrollo o configuración constitucional, en este caso iusfundamental. En palabras del Tribunal Constitucional, “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976–2001–AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales”. EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, fundamento 11.

<sup>7</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia”. EXP. N.º 2050–2002–AA/TC, fundamento 4.

<sup>8</sup> El reconocimiento de su constitucionalidad material dependerá de que no niegue el contenido esencial de ningún derecho fundamental o bien jurídico constitucional.

<sup>9</sup> Otro modo de llamar este contenido es con la expresión “derechos legales”.

fundamental concretado. Este contenido bien puede ser denominado como contenido reglamentario. Tanto el contenido legal como el contenido reglamentario pueden ser denominados con la expresión “contenido infraconstitucional o accidental”<sup>10</sup>.

Si hay que reconocer que los derechos fundamentales cuentan con un contenido constitucional y otro infraconstitucional, está justificado responder a la siguiente pregunta: ¿a ambos tipos de contenidos ha de proteger el proceso de amparo? Aquí daré razones para sostener que la naturaleza o esencia jurídica del amparo exige que la protección por él brindada se circunscriba al contenido constitucional o esencial del derecho fundamental.

El proceso de amparo, se ha dicho ya, tiene por finalidad asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Estos derechos bien pudieron ser protegidos sólo a través de los procesos judiciales generales u ordinarios previstos para garantizar la vigencia de todo tipo de derecho subjetivo, sin embargo, se ha preferido la creación de un proceso diferente. La exigencia de razonabilidad en esta creación adicional requiere reconocer una justificación suficiente para ello. Una tal justificación tiene que ver con el valor del objeto protegido por el amparo. Es decir, si es posible justificar un especial valor en los derechos fundamentales y, por tanto, en su esencia, será posible también justificar la creación de mecanismos de protección especiales y distintos a los generales y ordinarios. Un tal especial valor es posible sostenerlo al menos desde las siguientes dos razones.

Una es de naturaleza metapositiva. Definidos los derechos fundamentales como antes se ha dicho, es claro que su ejercicio supondrá la adquisición o goce de bienes humanos, los mismos que perfeccionarán al ser humano en la medida que satisfacen necesidades humanas o cumplen con exigencias humanas esenciales. Si la Persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma<sup>11</sup> y no puede ser tratada ni considerada como medio<sup>12</sup>, entonces estará ordenado asegurar el mayor grado de perfeccionamiento personal – individual y social, así como material y espiritual– posible. Esto es lo que le corresponde por ser lo que es, fin y no medio, y por tanto le es debido. Si esto le es debido, entonces esto es lo justo para con ella<sup>13</sup>. Esto puede ser llamado *lo justo humano* porque atiende a la justicia

<sup>10</sup> Esta es la característica diferenciadora con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para esta teoría el contenido del derecho está conformado por un núcleo y una periferia. Ésta, que es el contenido accidental, no tiene rango legal o reglamentario, sino constitucional, en la medida que “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social” (BERNAL PULIDO, Carlos, 2003, p. 405). Es decir, “si la parte no esencial se podrá restringir sólo cuando es necesario para salvar otro derecho fundamental o un bien jurídico constitucional, entonces la parte no esencial tendrá rango constitucional, pues si no lo tuviese podría ser restringida para salvar un derecho o bien jurídico infraconstitucional”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, ob. cit., p. 100.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona 1996, p. 187.

<sup>12</sup> BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539; MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*, Verlag C. H. Beck, München 1999, Rn 4, p. 257.

<sup>13</sup> HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª edición, EUNSA, Pamplona 2000, p. 475.



que brota de la esencia humana; o puede ser llamado también como *lo justo natural* porque esta exigencia de justicia no depende de su reconocimiento por algún determinado ente u órgano, sino por el ser de las cosas mismas<sup>14</sup>, y por esta razón pueden ser tenidos como “intereses materiales no disponibles”<sup>15</sup>. En la medida que el bien humano que da justificación al derecho fundamental se consigue o goza a través del ejercicio del contenido esencial o constitucional del derecho fundamental, entonces, a través de la protección del contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales, se protege la condición de fin de la Persona, es decir, su valor, su dignidad.

La otra razón es de naturaleza positiva. La Constitución del Estado constitucional es una que reconoce, expresa o implícitamente, los derechos fundamentales. No existe verdadera Constitución ahí donde no se haya positivizado –expresa o implícitamente– las exigencias de justicia natural que significan los derechos fundamentales. Además, la Constitución del Estado constitucional es una norma y proscribse ser considerada simplemente como documento político sin carácter vinculante alguno<sup>16</sup>. La protección de los derechos fundamentales está destinada a proteger la vigencia efectiva de la Constitución y con ella la existencia real de un Estado constitucional de derecho.

Este valor metapositivo y positivo que lleva consigo los derechos fundamentales es la justificación que hace razonable que su protección sea conseguida no a través de un mecanismo ordinario, sino a través de uno especial: el amparo constitucional. La consecuencia necesaria es que este proceso ha de organizarse de forma tal que se dirija a hacer realidad el mencionado doble valor, y proscribse a la vez una organización que no los realice o que los impida. Organizar el proceso de amparo de manera que se destine a proteger sólo el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental favorece el valor de los derechos fundamentales, por el contrario, extender su protección al contenido infraconstitucional aunque no necesariamente lo contradice, sí se aleja de su cumplimiento efectivo, dificultándolo.

En efecto, si se dispusiese la protección del contenido meramente legal o reglamentario de un derecho fundamental, no se favorecería ninguno de los dos elementos que conforman el valor de los derechos fundamentales. Primero, no se estaría favoreciendo la plena realización de la Persona porque las posiciones jurídicas que conforman el contenido legal o reglamentario de un derecho fundamental, aunque sin contradecirla, se han distanciado tanto del significado del bien humano que dibuja la esencia del derecho fundamental, que

---

<sup>14</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

<sup>15</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 94.

<sup>16</sup> El contenido material y su carácter normativo son los elementos que diferencian la Constitución del Estado constitucional de derecho, de la Constitución del Estado legal de derecho. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, N.º 17, 2001, ps. 31 – 46; y AGUILÓ, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, en *DOXA*, N.º 24, 2001, ps. 429 – 457.

su afectación no tiene la envergadura de poner en riesgo la satisfacción de la necesidad humana ni, consecuentemente, de poner en riesgo la plena realización de la Persona. Segundo, no se estaría favoreciendo la plena vigencia de la Constitución porque protegiendo el contenido infraconstitucional lo que se está asegurando es la defensa del orden legal o reglamentario pero no el orden jurídico de nivel constitucional.

Por lo tanto, el contenido de un derecho fundamental puede ser esencial o constitucional y puede ser también no esencial o infraconstitucional. El primero hace a las exigencias de justicia porque es el que permite el logro del bien humano que está detrás del derecho fundamental, justificándolo; el segundo no hace a la consecución del bien humano, y por ello no hace a la realización de la persona. Ambos contenidos pueden ser protegidos a través de los procesos judiciales ordinarios; pero debido al valor del primero de ellos tanto para la Persona como para el Estado Constitucional, está justificado que el contenido esencial o constitucional se proteja a través de un mecanismo procesal que brinde un aseguramiento rápido y eficaz. En esta misma línea se ha desenvuelto el parecer del Tribunal Constitucional quien tiene manifestado que “el amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, sólo tutela pretensiones relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental”<sup>17</sup>; de modo que “no pueden ser conocidas por el amparo, entre otras: i) las pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos (de origen legal, administrativo, etc.,...)”<sup>18</sup>.

## 2. El carácter manifiesto y no litigioso de las agresiones

El significado subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales<sup>19</sup>, es decir, el valor que el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales tienen tanto para la Persona como para la Constitución, permite concluir que toda agresión producida contra tal contenido siempre será grave y la situación que se crea a partir de ahí siempre reclamará una salvación urgente. Cuando se vulnera el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental, se niega la posición de la Persona con fin en sí misma; y se niega también la posición de la Constitución como norma jurídica fundamental. Esto significa que siempre que se vulnere el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental se habrá configurado una situación grave que exige urgencia en la salvación del derecho agredido. En la medida que el amparo constitucional solamente se activará para la defensa del contenido esencial o constitucional de derechos fundamentales, siempre se activará ante situaciones graves que demanden de una urgente salvación iusfundamental.

La urgencia en la protección del derecho fundamental no es meramente subjetiva sino que tiene un decisivo componente objetivo, y no se acredita autónomamente, sino que es consecuencia necesaria de haber acreditado la agresión del contenido esencial o

<sup>17</sup> Exp. 02650–2010–AA/TC, fundamento 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Este doble significado de los derechos fundamentales es el contenido del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Sobre este principio cfr. DREIER, Horst. “Subjektive–rechtliche und objektive–rechtliche Grundrechtsgehalte”, en *Jura*, Oktober 1994, p. 505. Al estudio de este principio destino el capítulo VII de mi libro *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, palestra editores, Lima 2007, ps. 275 y ss.



constitucional del derecho fundamental<sup>20</sup>. En este punto me distancio obligadamente de quienes entienden que la urgencia se configura sólo a partir de que las circunstancias hagan preveer “un alto grado de posibilidades de que el daño constitucional alegado se torne irreparable”<sup>21</sup>, y con base en esto sostienen que “el amparo constitucional se ha convertido en un proceso excepcional o extraordinario, sólo viable en aquellos casos en los que se encuentre presente el ‘factor de urgencia’”<sup>22</sup>, entendido este factor como riesgo de irreparabilidad. En cualquier caso, este riesgo juega junto con otros factores a la hora de determinar la vía igualmente satisfactoria, pero nunca como único factor<sup>23</sup>, de modo que habrá que admitir agresiones a los derechos fundamentales que aún careciendo del riesgo de irreparabilidad puedan y deban ser tramitadas a través del amparo<sup>24</sup>.

En este marco, es posible concluir el segundo elemento, esta vez de tipo formal, que conforma la esencia del amparo: el carácter manifiesto de la agresión. El valor del objeto protegido, justifica que las situaciones de agresión del contenido esencial de los derechos fundamentales sean lo más rápidamente superadas. Si para tal cometido se ha de acudir no a los procesos ordinarios sino al proceso constitucional de amparo, entonces, la naturaleza o esencia de éste exige su idoneidad para la defensa oportuna y eficaz del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. Para lo que aquí interesa destacar, esta exigencia se cumple organizando el amparo en sus etapas procesales como un proceso especialmente sumario. La sumariedad procesal viene, pues, exigida por la gravedad y urgencia de la situación creada por la agresión del contenido esencial de un derecho fundamental. De esta manera, la sumariedad pertenece a la esencia del amparo y no es “un asunto de política legislativa”<sup>25</sup>; tan no lo es que una ley que regule el proceso de amparo como a un proceso judicial ordinario, será una ley que desnaturaliza al amparo y al hacerlo se convierte en una ley ilegítima y transgresora de la disposición constitucional que recoge la esencia del amparo.

La sumariedad es favorecida por la ausencia de litigiosidad en la controversia. Esto exige necesariamente que los elementos fácticos que la conforman no necesiten de una especial actividad probatoria de ninguna de las partes inmersas en la controversia<sup>26</sup>. Es decir, requiere que los elementos que conforman la agresión sean claros de modo que la agresión misma aparezca como incontrovertible: el amparo no es idóneo para ventilar “asuntos que

---

<sup>20</sup> Bastará con acreditar que se ha agredido este contenido para que quede acreditada también la gravedad de la situación y la urgente reclamación de su superación.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5º.2 del Código Procesal Constitucional”, en *Justicia Constitucional*, número 2, 2005, p. 114.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>23</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Vol. 3, 4ª edición, Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 180.

<sup>24</sup> Al valor subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales, en nada afecta el que las circunstancias se configuren de tal modo que haga peligrar la efectiva defensa del derecho fundamental agredido. Tales circunstancias son relevantes no para la procedencia del amparo, la cual se verifica al margen de que haya o no riesgo de irreparabilidad, sino para la procedencia o no de medidas cautelares en el seno del proceso de amparo.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “Amparo y residualidad...”, *ob. cit.*, p. 117.

<sup>26</sup> AA. VV., *Código Procesal Constitucional, comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Palestra editores, Lima 2004, p. 69.

suscitan controversias de hechos o necesidad de probanza compleja”<sup>27</sup>, cerrándose la vía del amparo a “hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez”<sup>28</sup>. En referencia al concreto ordenamiento peruano, no se ha prohibido absolutamente la posibilidad de que el Juez de amparo actúe las pruebas que considere indispensables, pero tiene una limitación: “sin afectar la duración del proceso” (artículo 9 CPConst). Esta limitación no es matemática, sino jurídica, de modo que ha de ser interpretada como la prohibición de actuar medios probatorios cuando suponga atentar contra la duración esencialmente sumaria del proceso de amparo.

Que el amparo sólo pueda activarse ante agresiones manifiestas (del contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales) es, pues, una exigencia que brota de la naturaleza o esencia del amparo<sup>29</sup>. Se desnaturalizaría este proceso constitucional si se activase su actuación protectora en situaciones litigiosas o controvertidas, que exijan de una etapa de actuación probatoria. Esta desnaturalización se mantendría incluso si la agresión litigiosa se produjese contra el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. Si ocurriese esto, se estaría asemejando el proceso de amparo a los procesos judiciales ordinarios, organizados éstos de modo que pueda actuarse y debatirse suficientemente el material probatorio que presenten las partes, impidiendo una solución urgente demandada por la situación de gravedad creada; y al asemejarlo, se estaría actuando en contra de su esencia, desnaturalizándole.

Como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional ha dirigido sus pronunciamientos en este sentido también. Así, ha reconocido que “los procesos constitucionales tienen un carácter sumario ya que son procesos configurados para la defensa de derechos constitucionales cuya vulneración es manifiesta y evidente, por lo que carecen de una etapa procesal de actuación de pruebas”<sup>30</sup>. Es decir, la protección que a los derechos fundamentales prodiga el amparo, “se encuentra condicionada a que en la dilucidación de la controversia, la lesión del derecho constitucional o la amenaza que a éste se produzca sea de tal manera evidente que no sea necesario transitar por una previa estación probatoria”<sup>31</sup>. Afirmar que la agresión del derecho fundamental debe ser manifiesta, exige que no sea controvertida ni la titularidad del derecho, ni los hechos que configuran la agresión: “el derecho fundamental respecto del cual se pide la tutela constitucional debe ser uno cuya titularidad por parte del demandante sea cierta y no controvertida, y cuya afectación se produzca de manera clara y manifiesta para que sea susceptible de ser amparado mediante el proceso de garantía”<sup>32</sup>. Que la pretensión pertenece al contenido

<sup>27</sup> EGUIGUREN, Francisco, *Estudios Constitucionales*, Ara editores, Lima 2002, p. 221.

<sup>28</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Derecho procesal constitucional...*, ob. cit., p. 248.

<sup>29</sup> Por esta razón tampoco hay asomo de inconstitucionalidad en el artículo 9 CPConst. al disponer –como regla general– la inexistencia de una etapa de actuación de pruebas en los procesos constitucionales.

<sup>30</sup> EXP. N.º 474–2008–PA/TC, fundamento 7.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Idem, Fundamento 8.



esencial del derecho fundamental es un asunto que no requiere de prueba, al ser una cuestión de puro derecho<sup>33</sup>.

### 3. Desnaturalización del amparo por la negación de sus elementos esenciales

Una justificación desde la naturaleza o esencia del amparo como la dada hasta aquí, permite afirmar que la presentación de la demanda constitucional de amparo procederá si se presenta al Juez constitucional una acción o una omisión que signifiquen un apartamiento manifiesto de lo exigido por el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. Es decir, si se cumplen los dos elementos esenciales antes referidos: uno de tipo material consistente en que se haya agredido el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental; y el otro de tipo formal, consistente en que tal agresión deba ser manifiesta y no litigiosa.

Cumplidos los dos elementos esenciales, no debiera existir impedimento alguno para que quien se dice agredido intente inmediatamente la salvación de su derecho fundamental a través del amparo. Lo contrario podría significar su desnaturalización. Esta desnaturalización podría ser de dos formas. Una por exceso, y se daría si se permitiese el amparo sin que se hayan cumplido las dos exigencias esenciales mencionadas antes; este tipo de desnaturalización fue experimentada con la legislación anterior al Código Procesal Constitucional, la misma que propició la *inflación del amparo*<sup>34</sup>, el cual solía ser empleado “de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad)”<sup>35</sup>. La otra forma de desnaturalización puede ocurrir por defecto, y se da cuando injustificadamente se impide acudir al amparo habiéndose cumplido los dos mencionados elementos esenciales<sup>36</sup>. En este último caso, es posible sostener la desnaturalización del amparo constitucional si estando ante una agresión manifiesta del contenido esencial de un derecho fundamental, no se permite la inmediata interposición de la demanda de amparo.

Por lo demás, sólo resta por afirmar que una decisión que desnaturaliza el amparo es necesariamente una decisión inconstitucional en aquellos ordenamientos jurídicos, como el peruano, en los que la Constitución ha recogido el amparo y al hacerlo ha constitucionalizado

---

<sup>33</sup> Se trata de la aplicación de una serie de criterios de interpretación constitucional dirigidos a establecer si una determinada prestación forma o no parte del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental. Tales criterios los tengo justificados en “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.

<sup>34</sup> Es decir, “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 rastreros. 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.

<sup>35</sup> AA. VV., *Código Procesal Constitucional, anteproyecto y legislación vigente*, Palestra editores, Lima 2003, p. 20.

<sup>36</sup> Pasando, como lo tengo dicho en otro lado, de amparizarlo todo a no amparizar nada. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª edición, Tomo I, Palestra editores, Lima 2006, p. 304.

su contenido esencial<sup>37</sup>. En los ordenamientos en los que no se ha constitucionalizado el amparo, éste puede haber sido recogido jurisprudencial o legalmente. En estos casos, si la decisión (jurisprudencial o legal) se formula desnaturalizando el amparo, tal decisión es ilegítima por irrazonable, e igualmente irá teñida de invalidez. Desde la esencia del amparo se reclama, pues, la posibilidad de interponer inmediatamente la demanda constitucional cuando se trata de agresiones manifiestas al contenido esencial de un derecho fundamental.

### III. ELEMENTOS QUE NO CONFORMAN LA ESENCIA DEL AMPARO

#### 1. El conjunto de derechos fundamentales defendidos

Justificados los dos elementos que conforman la esencia del amparo, corresponde indagar por aquellos elementos que no atañen a su esencia. Un primer elemento no esencial del amparo es los derechos fundamentales cuyo contenido esencial se ha de proteger. El amparo puede proteger o todos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, o sólo algunos de ellos. En este punto, el legislador constituyente cuenta con un margen de acción<sup>38</sup> para decidir una u otra cosa sin que lo decidido afecte la esencia del amparo. Si el Constituyente decidiese proteger a través del amparo solamente un grupo de derechos fundamentales, deberán ser cumplidas al menos las siguientes dos exigencias.

Primera, que exista una razón objetiva que permita la agrupación y singularización de los derechos fundamentales que han de ser protegidos por el amparo. Tal razón en ningún caso será el mayor o menor valor de los derechos fundamentales, desde que todos tienen una misma jerarquía constitucional<sup>39</sup> y todos ellos son igualmente necesarios para conseguir el fin que es la plena realización de la persona, incluidos los llamados derechos fundamentales implícitos<sup>40</sup>. Segunda, que los derechos fundamentales no protegidos por el amparo sean protegidos en su contenido esencial no por procesos judiciales ordinarios, sino por procesos constitucionales que brinden una protección rápida y efectiva a los derechos fundamentales que no caen bajo la cobertura protectora del amparo<sup>41</sup>. Tanto al amparo, como a esos otros

<sup>37</sup> Incluso, para el Tribunal Constitucional peruano, “detrás (...) del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos [fundamentales]” (EXP. N.º 2209–2002–AA/TC, fundamento 3), lo que permite hablar del derecho fundamental a proteger derechos fundamentales a través del amparo.

<sup>38</sup> Si bien los márgenes de acción suelen predicarse del legislador parlamentario para significar que puede optar entre varias posibilidades igualmente constitucionales, no existe ningún impedimento para predicar esos mismos márgenes de la decisión constituyente para significar que puede optar válidamente entre varias posibilidades sin que su decisión sea injusta por ajustarse todas ellas a las exigencias de una determinada esencia o naturaleza jurídica.

<sup>39</sup> EXP. N.º 1219–2003–HD/TC, fundamento 6.

<sup>40</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 5, mayo 2008, ps. 35–36.

<sup>41</sup> El Constituyente peruano ha cumplido con esta doble exigencia. Ha diferenciado en tres grupos los derechos fundamentales beneficiarios de una protección constitucional sumaria: primero, la libertad personal y derechos fundamentales conexos; segundo, libertad de autodeterminación informática y derecho de acceso a la información pública; y tercero, los demás derechos. La diferenciación no se ha formulado con base en el reconocimiento de valores distintos a estos grupos de derechos, sino más bien, con base en un criterio de especialidad. Así, en el primer grupo se reúnen derechos que pueden ser atacados por el ejercicio extralimitado del ius puniendi; el segundo agrupa aquellos que pueden ser atacados por el poder informático; y el tercero



procesos constitucionales, le es aplicable las consideraciones antes justificadas acerca de los elementos que configuran la esencia del proceso constitucional: sólo procederá para enfrentar agresiones manifiestas del contenido esencial de los derechos fundamentales.

## 2. La excepcionalidad o alternatividad del amparo

### A. Una y otra modalidad no viene exigida por la esencia del amparo

Como bien se sabe, las llamadas vías previas postergan la presentación de una demanda de amparo; mientras que las llamadas vías igualmente satisfactorias impiden la presentación de esta demanda constitucional. Con base en lo afirmado respecto de los elementos esenciales del amparo y de las posibles desnaturalizaciones que a partir de ahí pueden ocurrir, conviene preguntarse si se incurre en inconstitucionalidad a la hora de recoger legislativamente las vías previas y las vías igualmente satisfactorias, en la medida que impiden la presentación inmediata de la demanda de amparo cuando se han cumplido las dos mencionadas exigencias esenciales. La respuesta sería afirmativa si es que no es posible sostener una justificación suficiente y constitucionalmente correcta para una y otro tipo de vías; contrariamente, será negativa si es posible formular una tal justificación.

Es posible sostener que una tal desnaturalización no se produciría si es que se dan situaciones en las que la no permisión de la inmediata interposición de la demanda de amparo tiene una justificación suficiente en las circunstancias y no supone la negación del fin que es la plena y oportuna salvación del derecho fundamental agredido en su contenido esencial. En estas situaciones se ayudaría incluso a evitar el riesgo de que el amparo se convierta en un proceso ineficaz al ser sobrepasado por el número de demandas contra agresiones manifiestas del contenido esencial de los derechos fundamentales que puedan presentarse a los Juzgados. A la vez, se trata de situaciones en las que el ordenamiento jurídico ofrece al agredido un canal de salvación de su derecho fundamental sumario y eficaz por lo que daría igual a la esencia del amparo constitucional que al agredido o se le permita acudir directamente al amparo, o se le obligue acudir a esos otros canales, ya sea previa o sustitutivamente.

Así, las circunstancias pueden exigir postergar la salvación del derecho fundamental cuando el agresor es una persona jurídica, pública o privada, y la agresión se ha cometido en el seno de un proceso, público o privado. En este caso se justifica que la demanda de amparo proceda una vez concluido el proceso en el que ha ocurrido la agresión del derecho fundamental, porque la sumariedad que lleva implícito el trámite de un recurso a la vez que su idoneidad para revertir la decisión tomada en una instancia inferior, permiten esperar la salvación oportuna y eficaz del derecho fundamental agredido en el proceso tan igual como la que se conseguiría a través del amparo. Esta razón alcanza para justificar las llamadas vías previas tanto públicas como privadas<sup>42</sup>. Y de las públicas, tanto la vía previa administrativa<sup>43</sup> como

---

reúne a todos los demás derechos. Es este tercer grupo de derechos fundamentales lo que son protegidos a través del amparo; sin negar protección constitucional a los restantes dos: a través del hábeas corpus al primer grupo, y a través del hábeas data al segundo grupo.

<sup>42</sup> EXP. N.º 02833–2006–PA/TC, fundamento 8.

<sup>43</sup> EXP. N.º 02041–2007–AA/TC, fundamento 3.

la vía previa judicial<sup>44</sup>. Esta posibilidad de postergación que puede sufrir la demanda de amparo desaparecerá cuando desaparecen los elementos objetivos que hagan pensar en una salvación oportuna y eficaz del derecho fundamental en el proceso público o privado correspondiente que actúe como vía previa. Cuando tales elementos desaparecen, desaparece la obligación de agotar las vías previas<sup>45</sup>, incluida las de naturaleza judicial<sup>46</sup>.

Las circunstancias pueden también justificar no ya la postergación sino el impedimento definitivo de acudir al amparo constitucional cuando la salvación del derecho fundamental puede obtenerse con igual o mayor eficacia en una vía judicial ordinaria que a través del amparo. En estas circunstancias son posibles dos casos. El primero es que se de al que se dice agredido en su derecho fundamental la posibilidad de decidir si acude o no al amparo existiendo tal vía judicial ordinaria. Si se le da esa prerrogativa, será el agraviado quien decidirá si cumpliéndose los requisitos esenciales para la procedencia del amparo (agresión manifiesta al contenido esencial del derecho fundamental), acude a este proceso constitucional o acude a la vía judicial ordinaria. Esta situación da origen al llamado amparo alternativo. El segundo caso es que no se le da al agredido en su derecho fundamental la posibilidad de decidir si llevar su pretensión iusfundamental a través de la vía judicial o a través del amparo, obligándole a acudir a aquella y a descartar esta. Este segundo caso da origen a una de las dos modalidades del llamado amparo excepcional (amparo excepcional por subsidiaridad).

De esta manera es posible concluir que la esencia del amparo no exige una modalidad concreta, si alternativo o excepcional, sino que permite una y otra. Si bien brota de la esencia del amparo que la salvación del derecho fundamental agredido de modo manifiesto en su

---

<sup>44</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se ha reconocido la existencia de una vía previa de naturaleza judicial, sin embargo, es posible justificar suficientemente lo contrario. Lo tengo argumentado en “Algunas cuestiones en torno al amparo contra resoluciones judiciales”, en *Gaceta Constitucional*, número 14, febrero 2009, ps. 27–28.

<sup>45</sup> Que es precisamente lo que justifica cada uno de los cuatro incisos del artículo 46 del Código procesal Constitucional, que recoge las excepciones al agotamiento de la vía previa.

<sup>46</sup> El Tribunal Constitucional también se ha planteado “la cuestión acerca de si la regla contenida en el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional podría tener alguna excepción en función al caso concreto” (EXP. N.º 0911–2007–PA/TC, del 25 de mayo de 2007, Fundamento 15). Frente a esta cuestión, lo primero que ha advertido el Tribunal Constitucional es que en el Código Procesal Constitucional no se han establecido expresas excepciones a la exigencia de firmeza. A partir de esa constatación ha manifestado que “resulta razonable que este Tribunal establezca algunos criterios al respecto, siendo orientadoras e ilustrativas las excepciones que, con relación al agotamiento de los recursos internos, señala la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia que sobre este tema ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (EXP. N.º 2909–2004–HC/TC, fundamento 6). De entre esas excepciones, destaca el Tribunal Constitucional las siguientes cuatro: “a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que contempla el proceso judicial de la materia; b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso; c) que, a causa del agotamiento de los recursos, pudiera convertirse en irreparable la agresión; d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados” (Ibidem). Éstas, pues, serían las excepciones a agotar la vía previa judicial, a entender del Tribunal Constitucional.



contenido esencial debe de obtenerse con prontitud y eficacia, pueden darse situaciones en las que una salvación con tales características pueda ser obtenida mediante otros mecanismos procesales distintos al amparo mismo. No se desnaturaliza el amparo si se decide que en tales circunstancias el quejoso acuda previa (o definitivamente) a esos otros mecanismos. Como una y otra posibilidad son acordes a la esencia del amparo, no está ordenado ni prohibido seguir una u otra, sino que ambas están permitidas. Será el Legislador positivo, constituyente o parlamentario, y en ejercicio de su margen de acción constituyente o legislativa<sup>47</sup>, quien decida si el amparo es alternativo o excepcional.

#### B. El amparo alternativo

Algo es alternativo cuando tiene la opción de definirse entre dos o más posibilidades. Se dice que el amparo es alternativo cuando conforma una de las dos opciones que se le ofrece al que se dice agredido en su derecho fundamental para la cesación de la agresión. La otra opción es el proceso judicial ordinario. El presupuesto para hablar de amparo alternativo es que una misma agresión de un derecho fundamental puede ser afrontada tanto a través del amparo como a través de un proceso judicial ordinario, tomando como cierta la premisa que “para la protección de derechos constitucionales las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas”<sup>48</sup>. El amparo alternativo puede ser propio o impropio según el tipo de cesación que ofrezca el proceso ordinario. Será propio cuando para salvar su derecho fundamental el que se dice agredido tiene que escoger entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario, sea este igual o desigualmente satisfactorio que el amparo. Y será impropio cuando para salvar su derecho fundamental, el que se dice agredido tiene que escoger entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario, siendo este desigualmente satisfactorio que el amparo en la cesación de la agresión iusfundamental.

En el ordenamiento jurídico peruano se han presentado ambas modalidades. El amparo alternativo propio fue el caso del sistema peruano antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional. En efecto, en la entonces vigente Ley 23506, se dispuso que no procedían las acciones de garantía “cuando el agraviado opta por acudir a la vía judicial ordinaria” (artículo 6.3). Con esta legislación, “la acción de amparo [era] de carácter optativo”<sup>49</sup>, debido a que la protección de los derechos constitucionales “queda[ba] librada a la opción que tome el justiciable”<sup>50</sup>, ya que “el ordenamiento jurídico permit[ía] que el justiciable recurra a la vía de amparo si no se opta por la vía ordinaria”<sup>51</sup>. En esta modalidad el quejoso tiene plena libertad para decidirse o entre el amparo o entre la vía procesal judicial ordinaria.

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht –Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2002, ps. 12 y ss.; ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España, Madrid, 2004, ps. 31 y ss.

<sup>48</sup> EXP. N.º 0847–2007–PA/TC, fundamento 3.

<sup>49</sup> EXP. N.º 0149–1995–AA/TC, fundamento 2.

<sup>50</sup> EXP. N.º 0200–2001–AA/TC, fundamento 1.

<sup>51</sup> EXP. N.º 0446–2000–AA/TC, fundamento 1.

Mientras que el amparo alternativo impropio es el actual caso del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, de cuyo texto es posible concluir la siguiente norma: está permitido el amparo constitucional cuando existan vías judiciales desigualmente satisfactorias. En este supuesto, el agredido en su derecho fundamental tiene la alternativa de elegir entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario desigualmente satisfactorio. Esta modalidad puede ocurrir más veces de las que inicialmente se pudiese pensar, al punto que el mismo legislador peruano ha dispuesto que no proceden los procesos constitucionales, cuando el agraviado en su derecho fundamental ha acudido previamente al proceso judicial ordinario –desigualmente satisfactorio, se ha de entender– para solicitar tutela a su derecho fundamental (artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional)<sup>52</sup>.

En una y otra posibilidad de alternatividad, el límite se presenta en las condiciones de la agresión. Si ésta es manifiesta y está referida al contenido esencial del derecho fundamental, entonces el quejoso tiene la alternativa de o acudir al amparo o acudir a la vía judicial ordinaria (igual o desigualmente satisfactoria). Si no concurre alguna de estas dos exigencias, desaparece la alternatividad y el quejoso está obligado a acudir a la vía judicial ordinaria por ser improcedente el amparo.

En referencia al ordenamiento constitucional peruano, tanto la doctrina<sup>53</sup>, como la jurisprudencia constitucional<sup>54</sup>, incluso los redactores del anteproyecto de ley de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional<sup>55</sup>, así como la Comisión parlamentaria que tuvo a su cargo el dictamen de la ley del referido cuerpo legislativo<sup>56</sup>, son del parecer que el amparo en el Perú ha dejado de ser alternativo para pasar a ser uno excepcional y residual. No obstante, tal y como se ha justificado antes, se ha de matizar estas afirmaciones admitiendo que el amparo en el Perú ha dejado de ser alternativo propio para pasar a ser un alternativo impropio.

---

<sup>52</sup> Disposición en la que se recoge la llamada vía paralela. Al generalizado entendimiento de vía paralela como “todo proceso judicial distinto al amparo (...) que puede proteger el derecho constitucional afectado” (ABAD YUPANQUI, Samuel, “El proceso constitucional de amparo. Aproximaciones desde la Teoría Genral del Proceso”, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, Coordinadora, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 2ª edición, Jurista editores, Lima 2004, p. 691). se ha de agregar –con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional– la exigencia de que ese proceso judicial no debe ser igualmente satisfactorio que el amparo, pues de ocurrir se configuraría la comentada causal de improcedencia recogida en el artículo 5.2 CPConst.

<sup>53</sup> SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “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. 133.

<sup>54</sup> A decir del Tribunal Constitucional, el amparo “se ha convertido en una vía residual (como excepcional) y de última ratio”. EXP. N.º 01286–2007–PA/TC, fundamento 4.

<sup>55</sup> Ellos han escrito que “la ley [CPConst.] –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”. AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Comentarios...*, ob. cit. p. 28.

<sup>56</sup> Han manifestado que “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)”. Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 09371, Código Procesal Constitucional, punto 5.



### C. El amparo excepcional

Lo excepcional se define como aquello que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez. Calificar de excepcional al amparo significa que quien se dice agredido en su derecho fundamental no podrá acudir directamente al amparo aunque se cumplan las dos exigencias que brotan de su esencia, sino que se acudirá solamente si se cumplen adicionalmente otras condiciones, que sin brotar de su esencia no la niegan ni contradicen. Tales otras condiciones podrán significar las dos siguientes posibilidades en el inicio del proceso de amparo: o su postergación o su impedimento. Una y otra posibilidad respectivamente da sustento a las dos modalidades de amparo excepcional.

La primera modalidad se configura cuando el que se dice agredido en su derecho fundamental no puede acudir al proceso de amparo si antes no ha intentado conseguir la salvación de su derecho en la vía judicial ordinaria. Sólo podrá acudir al amparo de modo excepcional cuando *definitivamente* en la vía judicial no ha logrado hacer cesar la agresión manifiesta al contenido esencial de su derecho fundamental. A esta modalidad bien puede llamársele *amparo excepcional por definitividad*. Esta modalidad es la recogida en el ordenamiento constitucional español<sup>57</sup> –y en cierta medida es el modelo mexicano<sup>58</sup>– en el que se ha dispuesto que “cualquier 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”. Esta modalidad, por otro lado, significa el otro modo de entender la vía previa judicial, conformando ambos modos las dos caras de una misma moneda: mientras uno incide en el procedimiento previo (vía previa judicial), el otro lo hace sobre el acceso al amparo (amparo excepcional por definitividad).

Por su parte la segunda posibilidad se presenta cuando el que se dice agraviado en su derecho fundamental no puede acudir al amparo si es que cuenta en el ámbito judicial con alguna vía que le ofrezca la misma protección que la ofrecida por el proceso constitucional de amparo. En este caso, el agredido podrá acudir al amparo *subsidiariamente* cuando no exista una tal vía. A esta modalidad bien puede llamársele *amparo excepcional por subsidiaridad*. Este es el modelo argentino<sup>59</sup> en el que se en el artículo 43 se ha dispuesto que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España*, 3ª edición, Porrúa, México D. F. 2002, p. 314.

<sup>59</sup> SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Vol. 3, 4ª edición, Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 176.

<sup>60</sup> El amparo procede, dice a continuación el mencionado artículo 43, “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”.

En el caso peruano se han recogido estas dos modalidades de amparo excepcional. La modalidad de amparo excepcional por *definitividad* viene recogida en el artículo 4 CPConst. al exigirse no sólo agresión manifiesta del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental del debido proceso (o tutela procesal efectiva)<sup>61</sup>, sino adicionalmente firmeza en las resoluciones judiciales para recién entonces poder ser objeto de cuestionamiento constitucional a través del amparo. La firmeza exigida es aquella que se obtiene luego de haber agotado los recursos impugnativos que ofrece al quejoso el proceso del que procede la resolución judicial vulneradora del derecho fundamental<sup>62</sup>. Lo cual significa que, como regla general<sup>63</sup>, frente a una resolución judicial que vulnera un derecho fundamental, el titular agredido no podrá interponer directamente la demanda de amparo sino que tendrá que plantear contra ella todos los recursos impugnativos hasta que adquiera firmeza, para recién luego –y en caso no haya cesado la agresión– acudir al amparo constitucional. Esta obligación de acudir primero a los recursos impugnativos que el proceso judicial ofrece, equivale a la obligación de intentar primero en la vía judicial la salvación del derecho fundamental, y sólo si agotados ellos no es posible la salvación del derecho, acudir recién al amparo<sup>64</sup>.

El amparo excepcional por subsidiaridad también ha sido recogido en la norma procesal constitucional, y lo ha sido en el artículo 5.2 CPConst. Al disponerse que no procede el amparo cuando *existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias*, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado<sup>65</sup>. Significa esta causal la posibilidad de acudir al amparo solo si en la vía judicial no es posible encontrar una vía procesal que le ofrezca una igual satisfacción de su pretensión, es decir, de acudir al amparo sólo subsidiariamente.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

El proceso de amparo es un medio y no un fin. Como medio está necesariamente afectado a la consecución de una finalidad, de modo que la legitimidad de las decisiones en torno a él, ya sean legislativas (que diseñan un concreto proceso de amparo), como judiciales (que permiten o deniegan el acceso al amparo), depende de si se dirigen o no al logro de su finalidad: la protección rápida y efectiva del contenido esencial o constitucional de los

---

<sup>61</sup> Lo tengo justificado en “Las relaciones entre las modalidades de amparo y las causales de improcedencia”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 168, septiembre de 2008, p. 170.

<sup>62</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “la firmeza de las resoluciones judiciales está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio”. EXP. N.º 0970–2007–AA/TC, fundamento 4.

<sup>63</sup> Las excepciones vienen constituidas por las excepciones jurisprudenciales para agotar la vía previa judicial y ya mencionadas anteriormente.

<sup>64</sup> Para el caso peruano, adicionalmente, hay que destacar que el amparo excepcional por definitividad se extiende también a los procesos privados, respecto de los cuales opera la misma exigencia de firmeza como requisito previo a la interposición de la demanda constitucional de amparo.

<sup>65</sup> Causal de improcedencia que tiene su origen en el abuso del que había sido objeto la demanda de amparo durante la vigencia de la Ley 23506: el amparo se había “convertido en arma común, de uso cotidiano, que amenaza desplazar, por inútil, al resto de nuestro ordenamiento procesal”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, p. 158.



derechos fundamentales agredidos. Y debe ser una protección rápida y efectiva debido al valor especialísimo de los derechos fundamentales, tanto para la Persona (dimensión subjetiva), como para la institucionalidad del Estado constitucional de derecho (dimensión objetiva de los derechos fundamentales). Es esto lo que le diferencia de los procesos judiciales ordinarios, los cuales no nacen para proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales (aunque puedan terminar protegiéndolo), sino el contenido jurídico – esencial y no esencial- de todo derecho subjetivo en general. Evitar desnaturalizaciones en el empleo del amparo, tanto por exceso como por defecto, dependerá de la conciencia que se tenga del altísimo valor del objeto protegido por el amparo. A partir de aquí es posible justificar que el amparo sólo puede atender *agresiones manifiestas del contenido esencial de los derechos fundamentales*, como exigencia esencial de la urgente tutela que ha de brindar.

Los excesos en el empleo del amparo han surgido, y surgen, de no saber bien cuándo nos encontramos ante una pretensión que cae dentro del contenido esencial de un derecho fundamental, o de no saber bien cuándo nos encontramos ante una agresión iusfundamental manifiesta. Al desconocerse técnicas de interpretación constitucional o de probanza judicial, es posible que los Jueces acepten tramitar por amparo pretensiones que no tienen nivel constitucional por no estar en juego el contenido esencial de un derecho fundamental; o pretensiones litigiosas, que se construyen a partir de hechos que requieren de una especial actividad probatoria. Sólo un conocimiento satisfactorio de lo que reclama y no reclama en su esencia el proceso de amparo, permitirá su empleo no desnaturalizado como herramienta procesal decisiva; y –especialmente-, permitirá la efectiva vigencia plena de los derechos fundamentales, presupuesto necesario para alcanzar la plena realización de la Persona que es, en definitiva, el fin del Estado y del Derecho (procesal y material constitucional).