



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL ANÁLISIS DE PERTINENCIA DE LA VÍA CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL AMPARO

Luis Castillo-Córdova

Perú, octubre de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2014). El análisis de pertinencia de la vía constitucional para determinar la vía igualmente satisfactoria que el amparo. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (82), 19-22



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL ANÁLISIS DE PERTINENCIA DE LA VÍA CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL AMPARO

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

I. SOBRE LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA ESENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

En otras ocasiones he tenido oportunidad de referirme a la esencia de los procesos constitucionales de la libertad¹, más precisamente de la esencia del proceso constitucional de amparo². Es posible dar razones fuertes para sostener que dos son los elementos que hacen a la esencia del proceso de amparo (y en general, a los procesos constitucionales de la libertad).

El primero es el objeto de protección: son procesos que tienen por finalidad el aseguramiento pleno del contenido constitucional de los derechos fundamentales. El contenido constitucional, como lo tengo justificado en otro lado, es el contenido esencial de los derechos fundamentales. Queda fuera de su ámbito de acción el contenido infraconstitucional (legal y reglamentario) de los derechos fundamentales. Los procesos constitucionales como garantías de la Constitución que son, se muestran radicalmente inidóneos para asegurar la vigencia del derecho infraconstitucional. Este contenido es protegido por los procesos judiciales ordinarios.

El segundo elemento es el carácter manifiesto de la agresión del contenido constitucional de los derechos fundamentales. El valor de los derechos fundamentales es absoluto, porque absoluto es el valor de la Persona. Esta altísima valía permite sostener que toda agresión al contenido constitucional o esencial de los derechos fundamentales es siempre especialmente grave y exige una urgentísima actuación para neutralizar la agresión. En su esencia un proceso constitucional es sumario y eficaz, porque así lo exige el valor del bien protegido. En contra de esta sumariedad se presenta las cuestiones litigiosas, es decir, aquellas que requieren del especial tránsito de una etapa de actuación de pruebas. Aunque hubiese agresión del contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, tal agresión no se tramita por amparo si es litigiosa. Tal agresión deberá encontrar en el proceso judicial ordinario su neutralización.

De esta manera, cuando el Constituyente peruano ha recogido el proceso constitucional de amparo (artículo 200.2), ha constitucionalizado un proceso destinado a proteger al contenido constitucional de los derechos fundamentales distintos a los protegidos por el hábeas corpus o por el hábeas data, de las agresiones manifiestas. Aunque el constituyente no haya dicho expresamente que la defensa es al contenido constitucional, y tampoco haya dicho que la defensa es ante agresiones manifiestas, al conformar estos elementos parte de la esencia, se ha de considerar que estos elementos se han constitucionalizado.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

¹ “Ser y deber ser en los procesos constitucionales de la libertad”, en *Pensamiento Constitucional*, (en prensa).

² “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”, en *Pensamiento constitucional*, Fondo editorial de la PUCP, N° 15, 2011, ps. 51-83.



II. NO FORMA PARTE DE LA ESENCIA DEL AMPARO LA EXCEPCIONALIDAD O LA ALTERNATIVIDAD

En referencia concreta al proceso de amparo, no forma parte de su esencia el carácter alternativo o excepcional. Puede ser decidida una cosa u otra por el constituyente. Por eso, cuando un Constituyente ha decidido que el amparo que constitucionaliza tiene el carácter de excepcional, ya sea por definitividad³, ya sea por subsidiaridad⁴, lo ha tenido que manifestar expresamente. Incluso, si no lo ha hecho, es posible que lo haga el Legislador a través de una ley de desarrollo constitucional, sin que por esa razón incurra en inconstitucionalidad.

Este último es el caso peruano. El Constituyente nada ha dicho acerca de la alternatividad o excepcionalidad del amparo, y ha sido el Legislador el que ha decidido que el amparo sea excepcional: excepcional por definitividad como excepcional por subsidiaridad. En el primer caso habrá constitucionalidad solamente si se exige que la exigencia de firmeza de la resolución judicial para ser pasible de un amparo, no tiene valor absoluto; es decir, si se reconoce que es posible plantear un amparo contra resoluciones judiciales no firmes. Esto es lo que permite justificar las vías previas judiciales y sus necesarias excepciones, como lo tengo justificado en otro lado⁵.

En el segundo caso, la exigencia de constitucionalidad es más compleja. Cuando el Legislador orgánico ha decidido que no proceden los procesos constitucionales, el amparo, por ejemplo, cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; no habrá incurrido en inconstitucionalidad si se interpreta que la vía igualmente satisfactoria es tal cuando consigue una igual eficacia que el proceso de amparo. Obviamente, no se trata de una igualdad matemática, sino de una igualdad jurídica; y la igualdad jurídica es una igualdad razonable. Esto exige que deban ser dadas razones correctas y fuertes para sostener que un determinado proceso judicial brinda una razonable (no numérica) eficacia igual a la que se habría obtenido de acudir al amparo. En definitiva, para reconocer constitucionalidad a la disposición legislativa debe dar igual acudir al amparo o a la vía judicial ordinaria a efectos de la protección del derecho fundamental para que ésta sea considerada como vía igualmente satisfactoria.

III. EL ANÁLISIS DE PERTINENCIA DE LA VÍA CONSTITUCIONAL

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha habido muchos errores a la hora de definir o entender lo que es la vía igualmente satisfactoria y, consecuentemente, ha habido

³ Esta significación de la excepcionalidad de los procesos constitucionales ha sido recogida por el ordenamiento constitucional español, al disponer su norma constitucional que “[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (artículo 53.2 CE).

⁴ Este el caso del sistema argentino, cuya Constitución dispone en su artículo 43 que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

⁵ “Algunas cuestiones en torno al amparo contra resoluciones judiciales”, en *Gaceta Constitucional*, número 14, febrero 2009, ps. 27-29.

muchos errores a la hora de resolver los casos. Un deficiente entendimiento de lo que es vía igualmente satisfactoria se trasluce como base de esos errores. Esta deficiencia parece haberse reducido notablemente. En uno de sus últimos pronunciamientos el TC acompañó a sus acertadas afirmaciones otras que deberían preocupar. En efecto, el referido Tribunal ha manifestado recientemente que el artículo 5.2 del CPConst. exige analizar “si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida”⁶. Para realizar tal análisis ha propuesto el Alto Tribunal una doble perspectiva: “una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea), y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación iusfundamental (urgencia iusfundamental)”⁷.

A. Perspectiva objetiva del análisis

Nada se ha de decir en contra de la perspectiva objetiva, desde que con ella se alude “(1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)], o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)”⁸.

Esto quiere decir que una vía judicial ordinaria puede ser tenida como vía igualmente satisfactoria si puede lograr hacer cesar la agresión del contenido constitucional del derecho fundamental (tutela idónea), a través de un proceso que es sumario y eficaz (estructura idónea). De modo general es posible sostener que en el caso peruano tres procesos judiciales ordinarios pueden constituir una vía igualmente satisfactoria desde una perspectiva objetiva por cumplir tanto con la estructura idónea como con la tutela idónea.

El primero de ellos es el proceso contencioso administrativo urgente para la defensa del contenido constitucional de derechos fundamentales agredido por una actuación material de la administración pública que no se sostiene en acto administrativo (artículo 24.1 de la Ley 27584); y para la defensa de pretensiones relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión (artículo 24.3 de la Ley 27584).

El segundo proceso judicial ordinario es la revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva de deudas no tributarias (artículo 23 Ley 26979), el cual tiene por objeto “exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite” del proceso de ejecución coactiva, siempre y cuando se interprete que en la medida que la ley vale en el marco de la Constitución⁹, el examen judicial incluirá también la revisión del cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso.

Y el tercero de los procesos es el proceso laboral abreviado, para la protección del derecho al trabajo cuando se ha planteado la reposición como pretensión principal única (artículo 2.2 de la Ley 29497)¹⁰, y para la protección de la libertad sindical (artículo 2.3 de la Ley 29497).

⁶ EXP. N.º3070-2013-PA/TC, fundamento 2.2

⁷ EXP. N.º3070-2013-PA/TC, fundamento 2.3.

⁸ EXP. N.º3070-2013-PA/TC, fundamento 2.4.

⁹ EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 11.

¹⁰ HUAMAN ESTMDA, Elmer. "La reposición frente al despido fraudulento en el proceso laboral. La reposición en el proceso abreviado laboral como vía igualmente satisfactoria", en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 120, febrero 2011, páginas 17-1 8



Naturalmente que habrá que estar a las circunstancias de cada caso para establecer si un proceso que en términos generales aparece como una vía igualmente satisfactoria que el amparo, lo es realmente en el caso concreto.

B. Perspectiva subjetiva del análisis

No obstante ser procesos de estructura idónea y de tutela idónea, no necesariamente han de ser tenidos como vías igualmente satisfactorias. Efectivamente, un proceso judicial ordinario que permita regresar las cosas al estado anterior de la agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental a través de una estructura procesal sumaria, no necesariamente llega a calificar como vía igualmente satisfactoria. Se requiere que atendamos a las singulares circunstancias del caso concreto: algo que en abstracto puede ser vía igualmente satisfactoria, puede dejar de serlo en unas concretas circunstancias.

Habrà que atender, complementariamente, a lo que el Tribunal Constitucional denomina como perspectiva subjetiva de análisis. Desde tal perspectiva estamos ante una vía judicial igualmente satisfactoria, "(1) si transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); asimismo si, pese a existir un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria", (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgentísima, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)"¹¹.

Esto quiere significar que aunque un proceso judicial ordinario cumpla en abstracto con la estructura idónea y con la tutela idónea, no llegará a convertirse en vía igualmente satisfactoria a los efectos de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 CPConst., si en el caso concreto se justifica una tutela constitucional urgentísima, ya sea por cualesquiera de las siguientes razones: primero, porque se ha producido un riesgo de irreparabilidad en la agresión del contenido constitucional del derecho fundamental; segundo por el grave daño iusfundamental que pueda producirse; y tercero por la relevancia del derecho involucrado.

Bien vistas las cosas, la regla jurídica que el TC ha establecido en este punto es una según la cual una vía judicial ordinaria en ningún caso puede convertirse en una vía igualmente satisfactoria cuando existe la necesidad de una urgente protección constitucional por cualquiera de las tres razones manifestadas. Este criterio subjetivo no puede ser interpretado como si el TC estuviese disponiendo que todas las agresiones al contenido constitucional de un derecho fundamental que no reclame una tutela constitucional urgentísima deban ser tramitadas en la vía judicial ordinaria, aunque ésta no cumpla con la exigencia de estructura idónea y tutela idónea. Tal interpretación sería una inconstitucional desde que condenaría al agredido a encontrar la salvación de su derecho fundamental en una vía procesal que no brinda una protección razonablemente igual a la que brinda el amparo, precisamente por no ser sumaria ni eficaz como lo es el amparo.

IV. UNA MATIZACIÓN NECESARIA AL CRITERIO SUBJETIVO

En realidad el criterio subjetivo debe ser objeto de una matización. La urgencia iusfundamental a la que se refiere el TC se enlaza bien con el riesgo de irreparabilidad, pero no termina de encajar con la relevancia del derecho fundamental agredido ni con la gravedad

¹¹ EXP. N.º 3070-2013-PA/TC, fundamento 2.5.

del daño. Hay razones para sostener que todos los derechos fundamentales en su contenido constitucional o esencial son igualmente necesarios para alcanzar la plena realización de la Persona, exigida precisamente por su condición de absoluto, fin en sí misma. Toda agresión al contenido esencial del derecho fundamental es igualmente grave desde que niega la posición jurídica absoluta de la Persona. Desde el punto de vista de la plena realización de la Persona, tanta urgencia de tutela constitucional reclama la vulneración del derecho a la intimidad que la del derecho a fundar asociaciones políticas. En esta línea es incorrecto hablar de “relevancia del derecho involucrado”, desde que todos tienen la misma relevancia porque todos son igualmente importantes para alcanzar la plena realización de la Persona.

A una conclusión semejante se puede arribar no desde el concepto de Persona sino desde el concepto de Constitución. Efectivamente, a la plena normatividad de la Constitución tan relevante es un derecho fundamental como otro de los reconocidos en su texto constitucional. De modo que para el Estado constitucional de derecho importa igualmente que no se agreda ni el derecho a la salud ni el derecho a la libertad de religión en su contenido constitucional.

Esto permite sostener del mismo modo incorrección a la hora de afirmar gravedades distintas en el daño que ocasiona la agresión del derecho fundamental. Desde que todas las personas valen lo mismo, vulnerar el contenido esencial de cualquiera de los derechos fundamentales ocasionará un mismo daño a la Persona: niega su posición de fin desde que le niega su plena realización. Y desde que no es posible graduar los actos inconstitucionales, los cuales o son o no son constitucionales sin gradación alguna, porque la Constitución es una unidad normativa, no es posible sostener que la negación del contenido constitucional de un derecho fundamental será más grave que la vulneración del contenido constitucional de otro derecho fundamental.

