

Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

Sumilla

Introducción

1. Los elementos que conforman la esencia del amparo
 - 1.1. La protección del contenido esencial de los derechos fundamentales
 - 1.2. El carácter manifiesto y no litigioso de las agresiones
 - 1.3. Desnaturalización del amparo por la negación de sus elementos esenciales
2. Elementos que no conforman la esencia del amparo
 - 2.1. Los derechos fundamentales defendidos
 - 2.2. La excepcionalidad o alternatividad del amparo
3. El amparo excepcional por subsidiaridad
 - 3.1. Lo que «las vías igualmente satisfactorias» significan
 - 3.2. La vía igualmente satisfactoria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 - 3.3. Un caso paradigmático: el contencioso administrativo como vía igualmente satisfactoria
4. Reflexiones finales

Bibliografía

Introducción

El Derecho no crea la realidad de las cosas, sino que parte de ellas 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 preguntarse 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 el presente trabajo, y de modo particular a determinar

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

si la esencia del amparo exige una concreta modalidad de amparo, si alternativo o excepcional, para a partir de ahí presentar algunos criterios de interpretación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional que lo haga compatible con la Constitución.

I. 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 vienen 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.¹

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.² 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 del derecho 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); o el peruano decide que «El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece» (artículo 1). Es posible también que la concreción no sea manifestación de la esencia del derecho, sino que la contradiga, supuesto en el que

¹ Lo tengo justificado en «La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho», en Sosa Sacio (2009: 31-72).

² 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». Expediente 0023-2005-PI/TC, del 27 de octubre de 2006, Fundamento 47.

la concreción será formalmente constitucional y materialmente inconstitucional, lo que la convierte en jurídicamente inválida.³ Así habría ocurrido, por ejemplo, si el constituyente hubiese dispuesto que «los analfabetos no tienen derecho a vivir». Pero esta última situación, a la vez que posible es poco probable, y es que lo que normalmente ocurrirá es que el contenido esencial coincida con el contenido constitucional del derecho fundamental.⁴

Pero los derechos fundamentales no solo cuentan con un contenido esencial o constitucional, sino también con un contenido que puede ser concretado y definido por la ley⁵ o el reglamento, a este contenido puede llamársele contenido infraconstitucional o accidental.⁶ Si hay que reconocer que los derechos fundamentales cuentan con un contenido constitucional y otro infraconstitucional, está plenamente justificado responder a la siguiente pregunta: ¿a ambos tipos de contenido protege 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 solo a través de los procesos judiciales generales u ordinarios previstos para proteger todo tipo de derecho subjetivo, sin embargo, se ha preferido la creación de un proceso

³ Es el presupuesto para hablar de normas constitucionales inconstitucionales. Al respecto cfr. Bachof (2008: 65 y ss.).

⁴ Lo he justificado en «El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo» (Castillo Córdoba 2010: 89-118).

⁵ En ningún caso se trata de leyes de desarrollo o configuración constitucional, las mismas que si no contravienen a la Constitución, necesariamente pasan a tener rango constitucional. 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 27 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». Expediente 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio de 2005, Fundamento 11.

⁶ 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. Esta, 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 2003: 405). Es decir, «si la parte no esencial se podrá restringir solo 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 Córdoba 2010: 100).

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 de la finalidad perseguida 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 que perfeccionarán al ser humano en la medida que satisfacen necesidades humanas o cumplen con exigencias humanas. Si la persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma y no puede ser tratada ni considerada como medio (Bleckman 1997: 539; Maurer 1999: 257), se ha de procurar conseguir 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. Si esto es lo que le corresponde por ser quien es, entonces esto es lo justo para con ella. Esto puede ser llamado «lo justo humano» porque atiende a la justicia 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. La protección de los derechos fundamentales está destinada a proteger la condición de fin de la persona, es decir, su valor, su dignidad, a través de la procura de su máxima realización posible.

La otra 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.⁷ 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 es la justificación que hace razonable la decisión de que tal protección sea conseguida no a través de

⁷ 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 (2001: 31-46) y Aguiló (2001: 429-457).

un mecanismo ordinario, sino a través de uno especial: el amparo constitucional. Este proceso exige organizarse de forma tal que se dirija a hacer realidad el mencionado doble valor, y proscriba a la vez una organización que no lo realice o que lo contradiga. Organizar el proceso de amparo de manera que se destine a proteger solo 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 que 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, que el amparo se destine a la protección del contenido esencial o constitucional y no al contenido infraconstitucional, es una exigencia que brota de la naturaleza del proceso de amparo. No significa esto, obviamente, que el contenido legal o reglamentario de un derecho fundamental quede desprotegido. Solo significa que su protección no puede intentarse, no al menos sin desnaturalizarlo, a través del amparo, sino a través de los procesos judiciales generales u ordinarios.

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, solo tutela pretensiones relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental susceptible de protección en un proceso constitucional».⁸ Agregando que «no pueden ser conocidas por el amparo, entre otras: i) las pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos (de origen legal, administrativo, etcétera, como por ejemplo, el derecho de posesión del arrendatario, entre otros), pues se requiere que su contenido tenga relevancia constitucional o carácter de fundamentalidad».⁹

⁸ Expediente 02650-2010-AA Fundamento 3.

⁹ Expediente 02650-2010-AA Fundamento 3.

2. El carácter manifiesto y no litigioso de las agresiones

El valor que el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales tienen tanto para la persona (y su existencia verdaderamente digna como fin en sí misma que reclama una plena realización), como para la Constitución (que es norma suprema llamada a regir plenamente), permiten concluir pacíficamente 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. Es decir, la negación de la persona como absoluto y la negación de la Constitución como norma jurídica fundamental siempre supondrá una situación de gravedad en sí misma, que exigirá urgencia en la activación del mecanismo destinado a superar ambas negaciones. El amparo constitucional, pues, siempre se activará ante situaciones graves que requieren ser afrontadas con urgencia. 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 constitucional del derecho fundamental. 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.

En este punto me distancio obligadamente de quienes entienden que la urgencia se configura solo a partir de que las circunstancias hagan prever «un alto grado de posibilidades de que el daño constitucional alegado se torne irreparable» (Rodríguez Santander 2005: 114), y con base en esto sostienen que «el amparo constitucional se ha convertido en un proceso excepcional o extraordinario, solo viable en aquellos casos en los que se encuentre presente el 'factor de urgencia'»,¹⁰ 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 (Sagüés 1995: 180), de modo que es posible admitir que existan agresiones a los derechos fundamentales que aun careciendo del riesgo de irreparabilidad puedan ser tramitadas a través del amparo.

El significado subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales,¹¹ es decir, el valor que tienen para la persona como fin y para el afianzamiento de un verdadero Estado constitucional de derecho, permiten reconocer en toda agresión manifiesta a su

¹⁰ Ídem, p. 124.

¹¹ 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 (1994: 505). Al estudio de este principio destino el capítulo VII de mi libro *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (Castillo Córdoba 2007: 275 y ss.).

contenido esencial, una situación que requiere necesariamente de una actuación rápida y oportuna. A este valor en sí mismo reconocido a 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.

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 decidido se acuda no a los procesos ordinarios sino al proceso constitucional de amparo, entonces, la naturaleza o esencia de este 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» (Rodríguez Santander 2005: 117), 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 (AA. VV. 2004: 69). Es decir, requiere que los elementos que conforman la agresión sean claros de modo que la agresión misma aparezca como manifiesta: el amparo no es idóneo para ventilar «asuntos que suscitan controversias de hechos o necesidad de probanza compleja» (Eguiguren 2002: 221), cerrándose la vía del amparo a «hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez» (Sagüés 1995: 248). Por lo tanto, que el amparo solo pueda activarse ante agresiones manifiestas (del contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales) es una exigencia que brota de la naturaleza o esencia del amparo.¹² Consecuentemente,

¹² 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.

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 estos de modo que pueda actuarse y debatirse suficientemente el oportuno material probatorio que presenten las partes; 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, reconoce el supremo intérprete de la Constitución 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».¹³ 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 este se produzca sea de tal manera evidente que no sea necesario transitar por una previa estación probatoria».¹⁴ 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».¹⁵ Que la pretensión pertenece al contenido esencial del derecho fundamental es un asunto que no requiere de prueba, al ser una cuestión de puro derecho.¹⁶

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

¹³ Expediente 474-2008-PA/TC, del 26 de febrero de 2008, Fundamento 7.

¹⁴ Expediente 474-2008-PA/TC, del 26 de febrero de 2008, Fundamento 7.

¹⁵ Expediente 474-2008-PA/TC, del 26 de febrero de 2008, Fundamento 8.

¹⁶ 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» (Castillo Córdova 2005: 144-149).

un apartamiento manifiesto de lo exigido por el contenido esencial 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»,¹⁷ el cual solía ser empleado «de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el solo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad)» (AA. VV. 2003: 20). La otra forma de desnaturalización puede ocurrir por defecto, y se da cuando se injustificadamente se impidiese acudir al amparo habiéndose cumplido los dos mencionados elementos esenciales.¹⁸ En este último caso, como inmediatamente se justificará, en determinado contexto es posible sostener la no 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, solo resta por afirmar que una decisión que desnaturaliza el amparo es necesariamente una decisión inconstitucional en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la respectiva Constitución ha recogido el amparo y al hacerlo ha constitucionalizado su contenido esencial.¹⁹ En los ordenamientos en los que no se ha constitucionalizado el amparo, este puede haber sido recogido jurisprudencial

¹⁷ 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 1996: 11).

¹⁸ Pasando, como lo tengo dicho en otro lado, de amparizarlo todo a no amparizar nada (Castillo Córdova 2006: 304).

¹⁹ 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]» (Expediente 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003, Fundamento 3), lo que permite hablar del derecho fundamental a proteger derechos fundamentales a través del amparo.

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.

II. Elementos que no conforman la esencia del amparo

1. Los derechos fundamentales defendidos

Justificados los dos elementos que conforman la esencia del amparo, corresponde indagar por aquellos elementos que no atañen a su esencia por lo que sobre ellos pueden ser válidas respuestas distintas. 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 solo algunos de ellos. En este punto, el legislador constituyente cuenta con un margen de acción²⁰ para decidir una u otra cosa sin que lo decidido afecte la esencia del amparo. Para proteger solo alguno de ellos, debe cumplirse 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 la mayor o menor importancia de los derechos fundamentales, desde que todos tienen una misma jerarquía²¹ y todos ellos son igualmente necesarios para conseguir el fin que es la plena realización de la persona, incluidos los llamados derechos fundamentales implícitos (Castillo Córdova 2008: 35-36). Segunda, que los derechos fundamentales no protegidos por el amparo sean protegidos 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 (para el caso peruano, el hábeas corpus y el hábeas data). Tanto al amparo, como a esos otros procesos constitucionales, le es aplicable las consideraciones antes justificadas acerca de los elementos que configuran la esencia del proceso constitucional: solo procederá para enfrentar agresiones manifiestas del contenido esencial de los derechos fundamentales.

²⁰ 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.

²¹ Expediente 1219-2003-HD/TC, del 21 de enero de 2004, Fundamento 6.

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 el 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.²² Y de las públicas, tanto la vía previa

²² Expediente 02833-2006-PA/TC, del 28 de noviembre de 2007, Fundamento 8.

administrativa²³ como la vía previa judicial.²⁴ 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,²⁵ incluida las de naturaleza judicial.²⁶

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 dé 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, como se tendrá oportunidad de justificar más adelante. 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

²³ Expediente 02041-2007-AA/TC, del 9 de agosto de 2008, F. J. 3

²⁴ 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» (Castillo Córdova 2009: 27-28).

²⁵ 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.

²⁶ El Tribunal Constitucional también se ha planteado «la cuestión acerca de si la regla contenida en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional podría tener alguna excepción en función al caso concreto» (Expediente 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» (Expediente 2909-2004-HC/TC, del 20 de diciembre de 2004, 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» (Ibídem). Estas, pues, serían las excepciones a agotar la vía previa judicial, a entender del Tribunal Constitucional.

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), también como se justificará más adelante.

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 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 (Alexy 2002: 12 y ss.; 2004: 31 y ss.), quien decida si el amparo es alternativo o excepcional.

B) El amparo alternativo

Se dice que 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».²⁷ 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

²⁷ Expediente 0847-2007-PA/TC, del 16 de noviembre de 2007, F. J. 3.

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»,²⁸ debido a que la protección de los derechos constitucionales «queda[ba] librada a la opción que tome el justiciable»,²⁹ ya que «el ordenamiento jurídico permit[ía] que el justiciable recurra a la vía de amparo si no se opta por la vía ordinaria». ³⁰ En esta modalidad el quejoso tiene plena libertad para decidirse o entre el amparo o entre la vía procesal judicial ordinaria.

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: procede al amparo 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).³¹

En una y otra posibilidad de alternatividad, el límite se presenta en las condiciones de la agresión. Si esta 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 (Sáenz Dávalos 2005: 133), como la jurisprudencia constitucional,³² incluso los redactores

²⁸ Expediente 0149-1995-AA/TC, del 28 de noviembre de 1997, F. J. 2.

²⁹ Expediente 0200-2001-AA/TC, del 3 de mayo de 2000, F. J. 1.

³⁰ Expediente 0446-2000-AA/TC, del 2 de enero de 2000, F. J. 1.

³¹ 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 2004: 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.

³² A decir del Tribunal Constitucional, el amparo «se ha convertido en una vía residual (como excepcional) y de última ratio». Expediente 01286-2007-PA/TC, del 27 de agosto de 2008, F. J. 4.

del anteproyecto de ley de lo que hoy es el Código Procesal Constitucional,³³ así como la comisión parlamentaria que tuvo a su cargo el dictamen de la ley del referido cuerpo legislativo,³⁴ 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.

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 a ese proceso constitucional irá solo 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. Solo 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 (Jiménez Campo 1996: 514)³⁵ —y en cierta medida es el modelo mexicano (Ferrer Mac-Gregor 2002: 314)— 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,

³³ Ellos han escrito que «la ley [CPCConst.] —y el anteproyecto que le sirvió de base— pretende que el amparo y, en general los procesos constitucionales, sean excepcionales o residuales y solo sean utilizados cuando realmente resulten indispensables» (AA. VV. 2004: 28).

³⁴ 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 09371, Código Procesal Constitucional, punto 5.

³⁵ La cursiva de la letra es añadida.

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).

Mientras que 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 ofrece 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 (Sagüés 1995: 176) 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”».³⁶

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 (Código Procesal Constitucional) al exigirse no solo agresión manifiesta del contenido constitucional o esencial del derecho fundamental del debido proceso (o tutela procesal efectiva),³⁷ 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.³⁸ Lo cual significa que, como regla general,³⁹ 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

³⁶ 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».

³⁷ Lo tengo justificado en «Las relaciones entre las modalidades de amparo y las causales de improcedencia» (Castillo Córdova 2008b: 170).

³⁸ 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». Expediente 0970-2007-AA/TC, 26 de noviembre de 2007, F. J. 4.

³⁹ Las excepciones vienen constituidas por las excepciones jurisprudenciales para agotar la vía previa judicial y ya mencionadas anteriormente.

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 solo si agotados ellos no es posible la salvación del derecho, acudir recién al amparo.⁴⁰

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.⁴¹ Significa esta causal la obligación de quien se dice agredido en su derecho fundamental 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 solo subsidiariamente. Es esta modalidad de amparo la que interesa conocer con profundidad.

III. El amparo excepcional por subsidiaridad

1. Lo que «las vías igualmente satisfactorias» significan

Como se justificó antes no está ni mandado ni prohibido que el amparo sea excepcional, esta es una modalidad simplemente permitida. Si el legislador, constituyente o parlamentario opta por acoger la alternatividad no desnaturaliza el amparo; lo mismo ocurre si opta por hacer del amparo una realidad excepcional. En la Constitución peruana no se ha expresado nada acerca de la excepcionalidad o no del amparo constitucional como, por ejemplo, lo ha hecho la Constitución española y la argentina en las disposiciones ya referidas. Esto significa que el constituyente peruano ha dejado abierta la posibilidad para que sea el legislador parlamentario peruano quien decida si recoge o no la excepcionalidad del amparo. En este punto se configura a favor del mencionado legislador un margen de actuación legislativa,⁴² el cual no es ilimitado sino que se encuentra constreñido precisamente, conviene ahora destacar, por la finalidad (esencial) del amparo: la excepcionalidad del

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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 2001: 158).

⁴² Margen de acción reconocido en las jurisdicciones constitucionales como la alemana (BVerfGE 88, 203 (262)), la española (STC 194/2006, de 19 de junio, F. J. 5), y la peruana (Expediente 0025-2005-PI/TC y Expediente 0026-2005-PI/TC, del 28 de octubre de 2005, F. J. 97).

amparo no puede frustrar la oportuna y eficaz protección exigida por el derecho fundamental. Con base en este margen de configuración, el legislador peruano ha decidido recoger la excepcionalidad del amparo. Interesa detenerse en el análisis de la antes definida excepcionalidad por subsidiaridad recogida en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

En esta disposición se ha recogido el siguiente enunciado deóntico en referencia al amparo: está prohibido el amparo cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias. Esta decisión legislativa contiene una concreción del significado constitucional del proceso de amparo o, dicho con otras palabras, del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a defender los derechos fundamentales a través del amparo.⁴³ Esta concreción delimita el alcance jurídico constitucional del amparo, ya sea desde la perspectiva de un proceso constitucional como desde la de un derecho fundamental. Tal delimitación estará correctamente formulada, es decir, será constitucionalmente válida, si es que no va en contra de los elementos que conforman la esencia del amparo, en particular su finalidad.

Es posible justificar que la validez constitucional de esta decisión legislativa delimitadora depende del significado que se le asigne a la expresión «vía específica igualmente satisfactoria».⁴⁴ Esta disposición legal puede ser interpretada en contra de la esencia del amparo y, por ello, ser inconstitucional.⁴⁵ Sin embargo, también es posible de ser interpretada conforme a la esencia del amparo y, por esa razón, hacerla una disposición constitucional.⁴⁶ Esta interpretación constitucional, que no ha estado exenta de crítica (Eguiguren 2006: 89 y ss.), y esta a su vez de respuesta

⁴³ Así, para el Tribunal Constitucional existe «el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales». Expediente 01204-2010-PHC/TC, del 25 de octubre de 2010, Fundamento 7.

⁴⁴ Lo cual no viene a ser si no manifestación del principio de interpretación conforme a la Constitución, respecto del cual ha manifestado el Tribunal Constitucional que «una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución». Expediente 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, F. J. 29.

⁴⁵ Las razones de inconstitucionalidad las tengo argumentadas en «El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser» (Castillo Córdova 2006b: 70-80).

⁴⁶ La interpretación acorde con la Constitución la tengo razonada en «El amparo residual en el Perú» (Castillo Córdova 2006b: 80-86) por eso no acierta el profesor Eguiguren (2006: 90) cuando manifiesta 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».

(Castillo Córdoba 2007: 245-260), supone reconocer en la vía judicial al menos las siguientes tres características. La primera es que se trate de una vía procedimental de naturaleza judicial, no puede ser ni de naturaleza administrativa ni de naturaleza privada,⁴⁷ porque una y otra se configuran de tal modo que solo pueden llegar a constituir vía previa, un entendimiento distinto llevará al absurdo de que una vez recorrida la vía previa administrativa o privada el resultado fuese que no se abren las puertas del amparo, sino que las cerraría para siempre. La segunda es que se trate de una vía específica para la protección de los derechos fundamentales, y no de una vía genérica apta para la defensa de cualquier derecho subjetivo. Esta exigencia legal de especificidad no es imprescindible porque de entrada no puede descartarse que una vía procedimental genérica pueda brindar una misma protección que el amparo, cuando está organizada de modo tal que en determinados casos concretos puede llegar a brindar a los derechos fundamentales una protección efectiva y sumaria.⁴⁸ Sin embargo, para asegurar en la mayor medida de lo posible que se obtenga una «misma satisfacción», el legislador peruano ha decidido que la causal de improcedencia del amparo solo se cumple si se verifica la existencia de una vía específica.

Estas dos primeras características son precisas, pero hay una tercera que es genérica y que requiere de la formulación de criterios para su precisión. Me refiero a que esa vía judicial específica debe ser «igualmente satisfactoria». Una vía judicial será igualmente satisfactoria si logra la siguiente finalidad: que a efectos de la protección del derecho agredido, resulte formal y materialmente irrelevante, acudir o a la vía del amparo o a la vía judicial ordinaria, en la medida que a través de una u otra se alcanzará una misma —rápida y efectiva— defensa y aseguramiento del derecho fundamental. La igual satisfacción deberá verificarse respecto del doble ámbito de significación del objeto de protección del proceso de amparo (el contenido esencial de los derechos fundamentales). Debe producirse una igual satisfacción tanto para quien se dice agredido en su derecho fundamental (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales), como para el entero ordenamiento constitucional (dimensión objetiva de los derechos fundamentales). De modo general, esto exige admitir dos criterios. Primero, 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 brindada

⁴⁷ Para Mesía Ramírez (2005: 118), la vía igualmente satisfactoria puede ser también de naturaleza administrativa.

⁴⁸ Este puede ser el caso del procedimiento sumarísimo regulado en los artículos 546 y siguientes del Código Procesal Civil peruano.

por el amparo,⁴⁹ segundo, que no se trata de una igualdad matemática sino de una jurídica y, por tanto, de una igualdad razonable, lo cual implicará admitir que no es necesario que el proceso judicial ordinario prevea las mismas etapas procesales y los mismos plazos que el amparo, basta una sumariedad y una eficacia razonablemente iguales. Como se sabe, la razonabilidad en ningún caso es abstracta, sino que es concreta, de modo que para determinar si una vía judicial específica es igualmente satisfactoria —formal y materialmente, subjetiva y objetivamente— que el amparo, habrá que tomar en consideración las concretas circunstancias del caso que se resuelve.

De ahí que habrá que acoger interpretaciones como la que entiende que la vía igualmente satisfactoria es una vía que «debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la protección reclamada» (Sáenz Dávalos 2005: 135), antes que interpretaciones que la asemejen a «vías suficientemente satisfactorias» (AA. VV. 2004), o meros «medios idóneos de defensa judicial» (Landa 2006: 380), o simples «mecanismos procesales eficaces» (Mesía Ramírez 2005: 118). Y es que la tutela jurisdiccional, «[p]ara atender de manera adecuada las diferentes necesidades de la vida social asume las siguientes manifestaciones: la tutela jurisdiccional ordinaria o clásica y la tutela jurisdiccional de urgencia» (Cairo Roldán 2004: 193), siendo esta última la propia del amparo.

3.2. La vía igualmente satisfactoria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A) Errores en la definición general

La interpretación que el Tribunal Constitucional ha formulado tanto del amparo excepcional como del significado de la exigencia legal «vías igualmente satisfactorias» no ha sido del todo feliz porque han sido interpretaciones que se alejan, con más o menos distanciamiento, cuando no contradicen, las exigencias que brotan de la esencia del amparo ya justificadas ampliamente antes. Por lo pronto, en la interpretación del Alto Tribunal no se toma en consideración que la vía igualmente satisfactoria debe definirse necesariamente por la irrelevancia material y formal que para el agredido en su derecho fundamental le significa la vía judicial ordinaria en cuanto a la protección de su derecho fundamental. Es en este punto que se juega su constitucionalidad. Así, para el supremo intérprete de la Constitución, la vía

⁴⁹ Ello aunque pueda ocurrir que en casos excepcionales el proceso de amparo dure en los hechos tanto que sea argumentable «la violación del derecho a la protección judicial consagrado en los artículos 8°.1 y 25°.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (Cresci Vassallo s/f: 168).

igualmente satisfactoria se ha definido simplemente como «vía específica»,⁵⁰ «vía idónea o eficaz»,⁵¹ o «procesos rápidos, sencillos y eficaces para la defensa de los derechos».⁵²

Como se puede apreciar de estas referencias generales, en ninguna de ellas se menciona la «igual satisfacción» que respecto del amparo ha de generar la vía judicial ordinaria para evitar una aplicación inconstitucional del artículo 5.2 CPConst. Se olvida el supremo intérprete de la Constitución de la ya justificada exigencia de que si bien la excepcionalidad del amparo es algo que al no estar ni ordenado ni prohibido está permitido, tiene en el respeto a la esencia del amparo una limitación clara: alcanzar una rápida y efectiva salvación del derecho fundamental agredido en su contenido esencial. Es verdad que los procesos judiciales ordinarios también pueden conseguir la salvación de los derechos fundamentales agredidos,⁵³

⁵⁰ En referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, ha reiterado el Tribunal Constitucional que «[p]ara analizar qué significa este supuesto, este Tribunal ya ha sido sentando algunas cuestiones. Así, en la STC 4196-2004-AA/TC, este Tribunal ha interpretado dicha disposición en el sentido de que el proceso de amparo [...] ha sido concebido para atender requerimientos de urgencias que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Perú. Por ello, *si hay una vía específica para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario*». Expediente 0864-2009-PA/TC, del 28 de agosto de 2009, Fundamento 9.

⁵¹ El Tribunal Constitucional ha recordado que «[e]ste Tribunal, por lo demás, ya ha señalado en reiteradas ocasiones que ‘[...] *solo en los casos de 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 amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario’ » (STC 1416-2007-PA, fundamento 3; 5691-2008-PA, fundamento 2; 4521-2009-PA, fundamento 9)». Expediente 01495-2010-PA/TC, del 6 de setiembre de 2010, Fundamento 3. Repárese en el erróneo entendimiento que el Tribunal Constitucional tiene sobre el significado de la vía igualmente satisfactoria, que le lleva no solo a pasar por igualmente satisfactorio lo simplemente «idóneo, satisfactorio y eficaz» al margen del grado de igualdad; sino también a olvidarse de las exigencias esenciales (agresión manifiesta al contenido esencial del derecho fundamental) a la hora que dispone la procedencia del amparo solo frente a la «necesidad de protección urgente».

⁵² El Tribunal Constitucional ha considerado «pertinente precisar que dicha causal de improcedencia será aplicada siempre y cuando existan *otros procesos judiciales que en la práctica sean rápidos, sencillos y eficaces* para la defensa de los derechos que protege el proceso de amparo; en caso contrario, es obvio que el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia planteada». Expediente 01387-2009-PA/TC, del 11 de mayo de 2009, Fundamento 3.

⁵³ La salvación del contenido esencial de los derechos fundamentales puede también ser conseguida en los procesos judiciales ordinarios, en la medida que en estos se defienden todo tipo de derechos subjetivos, y los fundamentales son tales. Es una exigencia, además, del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, porque si no fuese verdad que todos los derechos fundamentales pueden igualmente ser defendidos en las vías judiciales ordinarias, ocurrirán casos en los que la agresión no

pero esencialmente están diseñados para otorgar una protección ordinaria debido a que su objeto, la protección del contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales, no tiene la relevancia que sí tiene la protección del contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales. Como ya se justificó, se desnaturaliza el amparo tanto por defecto como por exceso, incurriendo el Tribunal Constitucional en el primer tipo de desnaturalización al negar el amparo cuando habiendo agresión manifiesta del contenido esencial del derecho fundamental, realmente no existe una vía judicial específica que otorgue una razonable igual satisfacción que el amparo. Las decisiones que con base en esta desnaturalización tome el referido Tribunal están teñidas de inconstitucionalidad, y es que lo meramente idóneo o eficaz no puede entenderse como vía específica igualmente satisfactoria, que es lo justamente exigido para evitar incurrir en inconstitucionalidad. Lo igualmente satisfactorio presupone la idoneidad y esta la eficacia, pero no se agota en ninguna de estas dos características, sino que requiere dar un paso más y exigir una misma satisfacción en la defensa y protección de los derechos fundamentales (Castillo Córdova 2006b: 82-83).

B) Errores en aplicaciones específicas

b1) El amparo no es idóneo para defender derechos legales

Este error del Tribunal Constitucional de no diferenciar lo idóneo de lo igualmente satisfactorio, le ha llevado a cometer algunos serios errores específicos. Ignorando que la esencia del amparo reclama que las agresiones que mediante este proceso se han de atender deban ser manifiestas y referidas al contenido esencial del derecho fundamental, ha establecido que cuando la agresión es al contenido legal del derecho fundamental o cuando la agresión es litigiosa, el agredido deberá acudir a la vía judicial ordinaria por ser esta igualmente satisfactoria que el amparo.

Así, por ejemplo, en la conocida sentencia al Expediente 0206-2005-PA/TC, en la que por desgracia hay notorios errores,⁵⁴ el Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que en «la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación con el proceso de

manifiesta de los mismos no podrá ser atendida debido a que ni el amparo procedería por no estar en juego el contenido esencial o constitucional del derecho fundamental o por ser una cuestión litigiosa; ni habría vía judicial ordinaria para ello.

⁵⁴ Los tengo argumentados en «Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo» (Castillo Córdova 2006c: 39-52; y en «Comentarios a la sentencia del Expediente 0206-2005-PA/TC», (Castillo Córdova 2006d: 490-494).

amparo, para resolver las controversias laborales públicas»,⁵⁵ se han de tramitar «las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que «se derivan de derechos reconocidos por la ley»».⁵⁶ Manifiesto es el error del Tribunal Constitucional en este punto. Es verdad que por amparo no se ha de atender las pretensiones mencionadas, pero no porque en la vía judicial exista una vía igualmente satisfactoria que el amparo, como mal dice el mencionado Tribunal, sino porque el amparo no es idóneo para prestar protección a derechos legales (que equivale al contenido legal de un derecho fundamental).

b2) El amparo no es idóneo para afrontar situaciones litigiosas

Este mismo error lo ha manifestado el Tribunal Constitucional con relación a controversias litigiosas. Así, por ejemplo, en referencia a una cuestión litigiosa, sostuvo dicho el mencionado Tribunal que «este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja [...]. Con esta afirmación no se niega la posibilidad de cuestionar la decisión administrativa en caso se considere errado el análisis y calificación de las conductas, sino que solo se puntualiza que, a efectos de dicha revisión, «existe otra vía igualmente satisfactoria» para la evaluación de los derechos constitucionales que pudieran haber sido afectados (art. 5.2 CPConst.)».⁵⁷ Nuevamente se evidencia el errático entender del Tribunal Constitucional, al no percatarse que si la cuestión a dilucidarse exige de una especial actividad probatoria, esta no se ha de conducir por el proceso de amparo sino por la vía judicial ordinaria, pero no porque esta se presente como igualmente satisfactoria que aquella, sino porque el amparo es radicalmente no idóneo para afrontar cuestiones litigiosas.

b3) Vías igualmente satisfactorias y la urgencia de salvación del derecho

Este errático modo de entender las cosas ha llevado al máximo intérprete de la Constitución a formular pronunciamientos manifiestamente incoherentes que ponen al descubierto la total carencia de razonabilidad en sus formulaciones. Me he de referir, como muestra, solo a dos de ellos. En el primero tiene manifestado que «el proceso de amparo procede cuando se pretenda evitar que la agresión o amenaza se convierta en irreparable, a pesar de que existan otras vías procedimentales

⁵⁵ Expediente 0206-2005-PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, Fundamento 22.

⁵⁶ Expediente 0206-2005-PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, Fundamento 23.

⁵⁷ Expediente 01963-2006-PA/TC, del 5 de diciembre de 2006, Fundamento 14.

específicas, igualmente satisfactorias». ⁵⁸ La incoherencia en la que incurre el Tribunal Constitucional es manifiesta al repararse que en el supuesto que se plantea, si la vía ordinaria procedimental específica no puede evitar la irreparabilidad de la agresión y el amparo constitucional sí, entonces la vía ordinaria no es igualmente satisfactoria que el amparo. Dicho de otra forma: si fuese verdad que en el caso planteado por el Tribunal Constitucional existiesen vías específicas e igualmente satisfactorias, entonces éstas deberían de estar en aptitud de evitar la irreparabilidad de la agresión.

Y en el segundo tiene dicho que «debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria». ⁵⁹ La misma lógica irracional subyace en este pronunciamiento del Alto Tribunal de la Constitución. En efecto, si la salvación del derecho fundamental exige una tutela urgentísima y perentoria la cual no puede ser conseguida a través de la vía judicial ordinaria sino a través del amparo, significa que aquella no se configura como vía específica igualmente satisfactoria que esta.

Estos errores en los que incurre el máximo intérprete de la Constitución desnudan una deficiente concepción primero, de lo que significa el amparo excepcional y, segundo, de lo que significa la vía igualmente satisfactoria en el ordenamiento jurídico peruano, condenándolo a adoptar decisiones inconstitucionales. Errores e inconstitucionalidades que desgraciadamente, y como consecuencia necesaria de ser el supremo intérprete, se han introducido en todos los niveles jurisdiccionales del país que tengan que resolver la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Si la vía judicial es en efecto igualmente satisfactoria que el amparo, entonces estaría en condiciones de otorgar una tutela urgentísima, en cuyo caso el amparo sería improcedente; y si no está en condiciones de otorgarlo, no será vía igualmente satisfactoria, por lo que el amparo debería ser procedente. Lo que no puede ocurrir es lo que asume el Tribunal Constitucional: que la vía judicial es igualmente satisfactoria que el amparo pero no brinda una protección como la brindada por este; o que, aunque la vía judicial no entregase una protección como la entregada por el amparo, ha de ser tenida como igualmente satisfactoria.

En este punto se ha de insistir en algo ya justificado anteriormente: pertenece a la esencia del amparo el proveer una tutela rápida debido a que toda agresión manifiesta al contenido esencial de un derecho fundamental exige en sí misma una urgente salvación. El valor que brota de la doble dimensión de los derechos fundamentales, permite sostener que el amparo no solo ha de proceder frente a agresiones

⁵⁸ Expediente 01387-2009-PA/TC, del 11 de mayo de 2009, Fundamento 3.

⁵⁹ Expediente 00488-2007-AA/TC, del 16 de enero de 2008, Fundamento 3.

iusfundamentales que corren el riesgo de convertirse en irreparables, sino frente a toda manifiesta agresión del contenido esencial del derecho fundamental. De ahí que se agrede la esencia del amparo y se incurre en inconstitucionalidad cuando se decide que quien ve agredido de modo manifiesto el contenido esencial de su derecho fundamental pero sin riesgo de irreparabilidad, deba acudir a la vía judicial ordinaria en busca de la defensa iusfundamental sin preguntarse si tal vía judicial le puede ofrecer una protección igualmente sumaria y efectiva a la dispensada por el amparo.⁶⁰ Y es que la urgencia no solo proviene del sujeto (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales), sino también de las necesidades institucionales del sistema jurídico constitucional (dimensión objetiva de los derechos fundamentales).

3.3. Un caso paradigmático: el contencioso administrativo como vía igualmente satisfactoria

Un caso paradigmático de vía igualmente satisfactoria es el procedimiento contencioso administrativo. Tiene manifestado el Tribunal Constitucional —y con carácter de precedente vinculante—, que todas las cuestiones referidas a los servidores públicos, incluidas las relacionadas a sus derechos fundamentales, han de ser tramitadas a través del proceso contencioso administrativo. Con carácter general tiene declarado que

[...] el artículo 4° literal 6) de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.⁶¹

Por lo que, concluye el supremo intérprete de la Constitución,

[...] conforme al artículo 5°, inciso 2° del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo

⁶⁰ Por eso me parece que no se acierta al afirmarse 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?» (Rodríguez Santander: 118).

⁶¹ Expediente 0206-2005-PA/TC, citado, Fundamento 21.

precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa.⁶²

Resulta relevante analizar este criterio jurisprudencial porque permitirá un entendimiento mejor de lo que prescribe el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Como se sabe, la Ley que regula el procedimiento contencioso administrativo —Ley 27584— ha previsto que este puede adoptar dos modalidades. Una es el proceso especial (anterior proceso abreviado); y la otra es el proceso urgente (anterior proceso sumarísimo). Conviene preguntarse si alguno de estos dos tipos de procesos contenciosos administrativos puede brindar una protección iusfundamental igualmente satisfactoria a la brindada por el amparo. La respuesta a la cuestión planteada necesariamente exige dirigir nuestra atención a la organización del proceso mismo.

En lo que respecta al proceso contencioso administrativo especial, se han previsto unas reglas procesales (etapas y plazos) propios de un procedimiento judicial ordinario que razonablemente lo aleja de la protección que brinda el amparo constitucional. En particular, la etapa de actuación de pruebas (con las consiguientes tachas u oposiciones a los medios probatorios) y el dictamen fiscal. De hecho, el mismo Tribunal Constitucional ha admitido que el proceso contencioso administrativo especial no puede ser asemejado a una vía judicial igualmente satisfactoria que el amparo, precisamente por haber previsto la actuación fiscal. Ha recordado el Tribunal Constitucional que «en la sentencia recaída en el Expediente 01387-2009-PA/TC ha precisado que ‘el proceso especial previsto en la Ley 27584 no puede ser calificado como la vía igualmente satisfactoria para la resolver la controversia planteada, pues a diferencia de la regulación actual del proceso de amparo, incluye la participación del Ministerio Público, lo cual no asegura que dicho proceso sea verdaderamente una manifestación de la tutela de urgencia (sumarización del proceso)’». ⁶³

En lo que respecta al proceso contencioso administrativo urgente el asunto cambia considerablemente. En el artículo 24 de la Ley 27584 se ha dispuesto que se tramiten como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones «3. Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión». En el segundo párrafo de la mencionada disposición, se ha establecido que la tutela urgente se concede solo si «del mérito de la demanda y sus recaudos, se advierta que concurrentemente existe: a) Interés tutelable cierto y manifiesto, b) Necesidad impostergable de tutela, y c) Que sea la única vía eficaz para la tutela

⁶² Expediente 0206-2005-PA/TC, Fundamento 24.

⁶³ Expediente 02997-2009-PA/TC, del 21 de agosto de 2009, Fundamento 5.

del derecho invocado». Mientras que en el artículo 24.A de la referida Ley se han previsto las siguientes reglas de procedimiento del proceso administrativo urgente:

Cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días. El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo. Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan los requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial.

De esta regulación legal se puede concluir que el proceso contencioso administrativo urgente está llamado a ser vía igualmente satisfactoria que el amparo solo para cuando se trata de la defensa del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión de los servidores públicos. Razonablemente es posible admitir que se trata de una vía judicial específica (no es genérica), destinada a la protección de un determinado derecho fundamental, e igualmente satisfactoria, en la medida que exige no solo la manifiesta agresión del contenido esencial del mencionado derecho fundamental, sino también porque el proceso previsto es uno sumario que permite obtener una sentencia (no una mera declaración cautelar) en un tiempo breve otorgando una protección urgente semejante a la del amparo.

Aunque siempre se ha de tener en cuenta las concretas circunstancias, es posible sostener de modo general que el proceso contencioso administrativo urgente es vía igualmente satisfactoria para cuando se trata de la defensa del contenido esencial del derecho a la pensión de servidores públicos. Este es un caso de vía igualmente satisfactoria que se obtiene a partir de una interpretación constitucionalmente permitida del artículo 5.2 CPConst., y ha de servir de referencia a la hora de buscar y encontrar otras vías específicas igualmente satisfactorias en el ordenamiento jurídico peruano.⁶⁴ Así, por ejemplo, otro procedimiento que tiene características que de modo general —luego habrá que tomar en consideración las concretas circunstancias del caso— permite calificarla de vía específica igualmente satisfactoria 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

⁶⁴ Otro procedimiento que tiene características que de modo general —luego habrá que tomar en consideración las concretas circunstancias del caso— permite calificarla de vía específica igualmente satisfactoria es la revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva de deudas no tributarias (artículo 23, Ley 26979), y de deudas tributarias (artículo 40, Ley 26979).

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 Constitución,⁶⁵ el examen judicial incluirá también la revisión del cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso. Este objeto haría de la revisión judicial una vía específica, en la medida que se destina a la protección del (contenido esencial del) debido proceso en el proceso de ejecución coactiva.⁶⁶ Este procedimiento de revisión judicial se ha de tramitar mediante las reglas del proceso contencioso administrativo urgente, lo que haría de esta vía —siempre *prima facie*— una vía igualmente satisfactoria que el amparo.⁶⁷ Aunque habrá que tomar en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, de modo general, esto predicado de los procedimientos coactivos para cobro de deudas no tributarias, puede extenderse a las de deudas tributarias, con base en el artículo 40 de la Ley 26979.

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 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 en algunos casos puedan terminar protegiéndolo), sino 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

⁶⁵ Expediente 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, Fundamento 11.

⁶⁶ De este parecer ha sido el Tribunal Constitucional, el cual ha manifestado que este procedimiento judicial de revisión, «a) resulta ser la vía procedimental *específica*, en tanto proceso que tiene por objeto la revisión de la regularidad y el cumplimiento de las normas previstas para la iniciación y trámite del procedimiento de ejecución coactiva». Expediente 02612-2008-PA/TC, del 24 de noviembre de 2008, Fundamento 7.

⁶⁷ Tiene dicho el Tribunal Constitucional en relación con el procedimiento de revisión judicial que «b) resulta ser la vía igualmente *satisfactoria*, pues su sola interposición conlleva la suspensión automática del procedimiento de ejecución coactiva, según prevé el literal 3 del artículo mencionado, así como el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran trabado, de acuerdo al artículo 16°, numeral 5, de la norma bajo comentario». *Ibidem*.

tenga del altísimo valor del objeto protegido por el amparo. A partir de aquí es posible justificar que el amparo solo pueda atender agresiones manifiestas, como exigencia esencial de la urgente tutela que ha de brindar.

Estos dos son los elementos que se desprenden como exigencias naturales de la esencia del amparo. 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.

En este contexto, es posible admitir que aun existiendo la pretensión de hacer cesar la agresión manifiesta del contenido esencial de un derecho fundamental, ella no deba ser tramitada a través del amparo sino a través de la vía judicial ordinaria. Esta admisión será constitucionalmente válida solo si acudir a esta vía no supone un impedimento o un entorpecimiento en la consecución de la exigida protección rápida y eficaz del contenido esencial del derecho fundamental. Por eso, el intérprete ha de tener cuidado especial a la hora de crear la norma a partir del texto contenido en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Tal norma no puede obviar que se cumple la causal de improcedencia del amparo solo si existe una vía «igualmente satisfactoria» para el logro de la finalidad del amparo. Obviamente, no se trata de una igualdad matemática, sino jurídica que necesariamente tiene que ver con lo razonable, y lo razonable con las circunstancias concretas, estas influirán en la medida razonable de una decisión.

En cualquier caso, no se ha de perder de vista que la «razonable igualdad» en la satisfacción tiene un componente subjetivo conformado por las legítimas aspiraciones de quien se dice agredido en el contenido esencial de su derecho fundamental; a la vez que un componente objetivo conformado por las exigencias institucionales que la efectiva vigencia del estado constitucional de derecho demanda, ambos componentes exigidos por la doble dimensión de los derechos fundamentales. Por esta razón el riesgo de irreparabilidad no puede ser el único factor a tomar en consideración en cada caso concreto para decidir si existe o no vía igualmente satisfactoria. Por desgracia el entendimiento del Tribunal Constitucional de lo igualmente satisfactorio, se ha dirigido por sendas que lo alejan de lo constitucionalmente correcto, en la medida que decide la improcedencia del amparo al margen

de la «razonable igualdad» en el cese de la agresión iusfundamental; o —lo que es igualmente grave— sin justificar porqué una determinada vía resulta siendo igualmente satisfactoria que el amparo. Influye en ello la errónea equiparación que el Alto Tribunal de la Constitución hace entre lo igualmente satisfactorio y lo meramente idóneo o eficaz, sin percatarse que la esencia del amparo reclama que solo se impida el acceso a este proceso constitucional cuando exista una vía no solo idónea o eficaz, sino igualmente protectora que el amparo.

No existe demasiada esperanza de que esto cambie en un futuro próximo. Así lo demuestra una reciente sentencia del Tribunal Constitucional⁶⁸ en la que, además de otros notorios errores,⁶⁹ una vez más se manifiestan estas dos denunciadas fallencias: equiparar lo igualmente satisfactorio con lo meramente idóneo o eficaz;⁷⁰ y no dar las razones por las que se ha de asumir que una concreta pretensión encontrará igual satisfacción en la vía ordinaria que la que hubiese encontrado en el amparo.⁷¹ Mientras tanto, serán los particulares (naturales o personas jurídicas) quienes tengan que soportar las decisiones injustas que les niegan la posibilidad de acceder al amparo, negándoles la protección urgente que reclama el contenido esencial del derecho fundamental agredido al obligarles —sin justificación suficiente y a veces sin justificación aparente— transitar un proceso judicial desigualmente satisfactorio que el amparo, con el grave perjuicio que ello supone para la persona y para la vigencia efectiva del Estado constitucional de derecho.

⁶⁸ Expediente 03792-2010-PA/TC, del 18 de noviembre de 2010, hecha pública en la web del Tribunal Constitucional el 3 de enero de 2011.

⁶⁹ Uno manifiesto y también reiterado lo conforma la afirmación del Tribunal Constitucional que «en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios» (Ídem, Fundamento 6). No se percató el mencionado Tribunal que eso que dice es así en aquellos ordenamientos jurídicos en los que, como el español, el amparo es un recurso, y que deja de ser así en los ordenamientos jurídicos como el peruano en los que el amparo es una acción.

⁷⁰ Así, tiene dicho que «si hay una *vía efectiva* para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo» (Ídem, Fundamento 5); o «solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho» (Ídem, Fundamento 7).

⁷¹ Sin justificación alguna el Tribunal Constitucional se limita a decir que «estima que los actos presuntamente lesivos pueden ser perfectamente cuestionados en la vía ordinaria a través del proceso sumarísimo antes referido. Dicho procedimiento constituye una 'vía procedimental específica' para la remoción del presunto acto lesivo de los derechos constitucionales invocados en la demanda y, a la vez, resulta también una vía 'igualmente satisfactoria', respecto al 'mecanismo extraordinario' del amparo, razón por la que la controversia planteada debió ser dilucidada en el referido proceso». Ídem, Fundamento 9.

Bibliografía

AA. VV.

2003 *Código Procesal Constitucional, anteproyecto y legislación vigente*. Lima: Palestra editores.

2004 *Código Procesal Constitucional, comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra editores.

ABAD YUPANQUI, Samuel

2004 «El proceso constitucional de amparo. Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso». En Susana Castañeda Otsu (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 2ª edición. Lima: Jurista editores.

AGUILÓ, Joseph

2001 «Sobre la Constitución del Estado Constitucional». *DOXA*, N° 24.

ALEXY, Robert

2002 «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», *VVDStRL* 61.

2004 *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España.

BACHOF, Otto

2008 *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra editores.

BERNAL PULIDO, Carlos

2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BLECKMAN, Albert

1997 *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Berlín: Auflage, Karl Heymanns.

BOREA ODRÍA, Alberto

1996 *Evolución de las garantías constitucionales*. Segunda edición. Lima: Grijley.

CAIRO ROLDÁN, Omar

2004 *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra editores.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005 «Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales». *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio, pp. 144-149.

2006a *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Segunda edición, Tomo I. Lima: Palestra editores.

- 2006b «El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser». *Justicia Constitucional*. N° 2, junio. Lima.
- 2006c «Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo». *Diálogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Jurídica). Tomo 89, febrero.
- 2006d «Comentarios a la sentencia del EXP. N° 0206-2005-PA/TC». *Palestra del Tribunal Constitucional*. N° 1, abril.
- 2007 «La determinación de la vía igualmente satisfactoria en el amparo. A propósito de la reciente recomendación de la Sala Penal de la Corte Suprema». *Jus doctrina & Práctica*. N° 12.
- 2008a «Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos». *Gaceta Constitucional*. Tomo 5, mayo.
- 2008b «Las relaciones entre las modalidades de amparo y las causales de improcedencia». *Actualidad Jurídica*. Tomo 168, septiembre.
- 2009 «Algunas cuestiones en torno al amparo contra resoluciones judiciales». *Gaceta Constitucional*. N° 14, febrero.
- 2010 «El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 14.

CRESCI VASSALLO, Giancarlo

- s/f «¿Constituye el proceso de amparo peruano un recurso rápido y sencillo en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Comentarios a la sentencia del Exp. N° 2732-2007-PA/TC y un amparo interminable». *Jus Constitucional*. N° 6.

DREIER, Horst

- 1994 «Subjektive-rechtliche und objektive-rechtliche Grundrechtsgehalte». *Jura*, Oktober.

EGUIGUREN, Francisco

- 2002 *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara editores.
- 2006 «La opción por un amparo 'estricto' y 'residual' en el Perú». *Estudios Constitucionales*. Año 4, N° 2. Santiago de Chile: Universidad de Talca.

FERRAJOLI, Luigi

- 2001 «Pasado y futuro del Estado de Derecho». *Revista internacional de filosofía política*, N° 17.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo

- 2002 *La acción constitucional de amparo en México y España*. Tercera edición. México D.F.: Porrúa.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

- 2001 *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Temis.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier

1996 «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales». En Oscar Alzaga Villaamil (coordinador). *Comentarios a la Constitución española de 1978*.

LANDA, César

2006 *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra editores.

MAURER, Hartmut

1999 *Staatsrecht*. München: Verlag C. H. Beck.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos

2005 *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Róger

2005 «Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjctiva y objetiva) del artículo 5º.2 del Código Procesal Constitucional». *Justicia Constitucional*. N° 2.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R.

2005 «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*. Lima: Jurista editores.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1995 *Derecho procesal constitucional*. Acción de amparo, Vol. 3. Cuarta edición. Buenos Aires: Astrea.

SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador)

2009 *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.