

LA OPCIÓN POR UN AMPARO “ESTRICTO” Y “RESIDUAL” EN EL PERÚ

*The option for a “strict” and “residual” action for the protection
of constitutional rights in Peru*

Francisco José Eguiguren Praeli *

RESUMEN

El autor analiza la acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales en el Perú, considerando su regulación en el reciente Código Procesal Constitucional peruano que entró en vigencia el 1° de diciembre de 2004.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo. Amparo residual.

ABSTRACT

The author analyzes the constitutional action for the protection of fundamental rights in Peru, considering its regulation in the recent Constitutional Procedural Law, enacted on December 1, 2004.

* Profesor Principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de dicha Universidad. Coautor del Proyecto de Código Procesal Constitucional peruano. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. feguiguren@speedy.com.pe Recibido el 15 de agosto de 2006. Aprobado el 14 de septiembre de 2006.

KEY WORDS

Constitutional procedural law. Action for the protection of fundamental rights. Residual constitutional action.

INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú (Ley N° 28237), vigente desde el 1° de diciembre del 2004, ha buscado garantizar que *el Amparo opere como un verdadero proceso constitucional de tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales*. Con este propósito, se han incorporado al Código diversos principios procesales y mecanismos que hagan más efectiva la ejecución de las sentencias. Pero también se ha procurado corregir muchas de las distorsiones que han desnaturalizado al Amparo, tanto por obra del desconocimiento o inescrupulosidad de muchos abogados y litigantes, como por la permisividad, complacencia o, no pocas veces, corrupción del aparato judicial.

En este sentido, el Código ha regulado con mayor rigurosidad las *causales de improcedencia* del proceso de Amparo, incorporando algunos nuevos supuestos a partir de la experiencia de veinte años de aplicación de la Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Amparo (sus normas complementarias y modificatorias) con la intención de dar respuesta a los principales problemas surgidos en este campo, recogiendo los aportes de la jurisprudencia y de la doctrina especializada nacional y extranjera.

Dos de las novedades más importantes y decisivas, que marcan un punto de ruptura respecto a la legislación precedente, están referidas al establecimiento de que el Amparo no resultará procedente: 1) Cuando los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos, en forma directa, a un derecho reconocido en la Constitución o al contenido constitucionalmente protegido del mismo; 2) Cuando existan otras vías procesales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

En el presente trabajo analizaremos el significado y las implicancias de la incorporación de estos nuevos criterios que reforman la legislación peruana de la materia, configurando un proceso de Amparo restringido a la tutela de urgencia del contenido constitucionalmente protegido de un derecho y de carácter residual o extraordinario. Se trata de asuntos que tienen un tratamiento aún muy escaso y reciente en la doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que recogeremos los aportes incipientes que se vienen haciendo en este campo, sabiendo que el debate recién empieza y que sólo el tiempo y el funcionamiento concreto de estas medidas demostrarán sus aspectos positivos y negativos.

1. EL ABANDONO DE LA OPCIÓN POR UN AMPARO “AMPLIO” Y COMO VÍA PROCESAL “ALTERNATIVA”, A ELECCIÓN DEL ACCIONANTE

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla en el inciso 2 de su art. 200°, dentro de las “Garantías Constitucionales”, a la Acción de Amparo, “*que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución...*”, con excepción de los protegidos por las acciones de Hábeas Corpus (libertad y seguridad personales y derechos conexos) y de Hábeas Data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el Amparo “*no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*”.

La Ley N° 23506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su art. 6° que el Amparo resultaba improcedente “*cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*”. Se entendía que esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del Amparo, por propia decisión, había acudido previamente a interponer una acción judicial por una “*vía paralela*”, lo que tornaba inviable recurrir ulteriormente el Amparo. Como señalan los autores del Proyecto de Código Procesal Constitucional, deben tenerse en cuenta los motivos y las circunstancias que explican la decisión de los autores del proyecto que luego se convirtió en la Ley N° 23506 de dar carácter “*alternativo*” al Amparo, respecto a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes, sujeto a la mera determinación del accionante. Tras doce años de gobierno militar y con un Poder Judicial intervenido y falta de suficiente independencia política, la experiencia evidenciaba que la mayoría de procesos de Hábeas Corpus habían sido sistemáticamente desestimados por el órgano jurisdiccional, alegando razones formales para eludir la protección del derecho vulnerado y evitar confrontación con el poder de turno. Así se señala que:

“La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley (la 23506), era facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías” judiciales disponibles y más apropiadas. Si bien esta intención era loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, para la discusión de asuntos

*que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales”.*¹

Es por ello que el Código Procesal Constitucional abandona la opción por un Amparo “amplio” para la protección de derechos constitucionales y de su carácter de vía alternativa frente a los procesos judiciales ordinarios o especiales existentes. Así, al regular las *causales de improcedencia* de esta acción se introducen nuevos supuestos y se establece que el Amparo no será viable, entre otros, en los casos siguientes:

– (Cuando) *“Los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”* (art. 5.1).

– Respecto a los derechos tutelados por el Amparo, *“No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”* (art. 38°).

– (Cuando) *“Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...”* (art. 5.2).

2. EL AMPARO DEBE REFERIRSE DIRECTAMENTE A UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y A SU CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

Debe tenerse presente que, en el Perú, el proceso de Amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, mas *no así derechos emanados de la ley*. Sin embargo, es frecuente que cuando la Constitución establece los derechos fundamentales, los mencione de manera general y sin precisar el contenido y alcance concreto de su ámbito protegido, aspecto que debe ser completado y concretizado mediante leyes de desarrollo constitucional y el aporte de la jurisprudencia. Ello ha incidido en que una de las principales distorsiones producidas en la utilización (indebida) del proceso de Amparo, haya sido instru-

¹ Abad Yupanqui, Samuel; Danós Ordóñez, Jorge; Eguiguren Praeli, Francisco; García Belaúnde, Domingo; Monroy Gálvez, Juan; y Oré Guardia, Arsenio. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Primera edición, Palestra, Lima, 2004, p. 68.

mentarlo para pretensiones que no se referían, en rigor, a los aspectos constitucionalmente protegidos o relevantes del derecho invocado.²

Un ejemplo de las distorsiones a que estamos haciendo referencia, puede observarse respecto al caso del derecho a la libertad de contratación. Así, la Constitución la reconoce como derecho en el art. 2º, inciso 14, señalando que toda persona tiene derecho: “*A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”. A su vez, en el primer párrafo del Art. 62º de la Constitución se dispone: “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley*”.

Pero si bien la Constitución reconoce y garantiza la libertad de contratación, ¿cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de este derecho fundamental? Conforme ha establecido el Tribunal Constitucional, la libertad de contratación tiene como “contenido esencial” la autodeterminación de la decisión de celebrar un contrato, la potestad de elegir a la contraparte, y la autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual. También se garantiza la intangibilidad de lo pactado, salvo que vulnere leyes de orden público, contenido que no podrá ser modificado por normas o leyes ulteriores. En consecuencia, quedan fuera del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación, y por tanto no podría defenderse mediante el proceso de Amparo, todo lo referido al cumplimiento o la ejecución del contrato. Para dilucidar o exigir estos asuntos, se deberá recurrir a los procesos judiciales ordinarios y especiales o al arbitraje, pero no al Amparo.

Ese es el sentido de los artículos 5.1 y 38º del Código Procesal Constitucional respecto al Amparo. Se trata de “*una especificación legislativa de un presupuesto consubstancial a tales procesos, proyectado desde el propio Art. 200º de la Constitución, y que consiste en reconocer que aquellos se encuentran orientados a proteger derechos reconocidos de manera directa (explícita o implícitamente) por la Norma Fundamental, y no derechos de origen legal (...) que, más allá del grado de relación que puedan ostentar con algún derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido*”.³

² Cfr. Eguiguren Praeli, Francisco. “Las distorsiones en la utilización del Amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿Cabe un amparo contra otro amparo?”, en *Estudios Constitucionales*. ARA Editores, Lima 2002, pp. 219-220.

³ Rodríguez Santander, Roger. “Amparo y residualidad”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año I, N° 2, agosto-diciembre de 2005, p. 99.

Siendo el Amparo un proceso de tutela de urgencia de un derecho constitucional, se quiere evitar que se lleve a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas o el proceso arbitral. Dada la habitual “generalidad” con que la Constitución suele recoger estos derechos, corresponderá a la jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, determinar y delimitar dicho “*contenido constitucionalmente protegido*”, así como a los órganos jurisdiccionales verificar su presencia en la demanda y cuestión controvertida, lo que será decisivo para la procedencia o improcedencia del Amparo promovido.

3. EL AMPARO COMO PROCESO CONSTITUCIONAL “RESIDUAL”

3.1. El carácter residual o subsidiario del Amparo en los casos de Argentina y Colombia

En la Argentina, la Ley Nº 16.986, del año 1966, estableció la regulación básica de la Acción de Amparo. El desarrollo doctrinal del tema en ese país, ha ejercido importante influencia en el caso peruano. Y debe tenerse en cuenta que el inciso a) del art. 2º de dicha ley señala que el Amparo no será admisible si existieran para atender idóneamente el acto lesivo otros “*remedios o recursos judiciales o administrativos*”. Conforme explica Néstor Pedro Sagüés, se trata de la tesis del Amparo subsidiario o supletorio del Amparo, que surgió de la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego fue consagrada legislativamente.⁴ Debe advertirse que en la vigente Constitución argentina, tras la reforma de 1994, el art. 43º regula la Acción de Amparo en los términos siguientes:

“Art. 43º. Acción de Amparo

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)” (énfasis añadido).

⁴ Sagüés, Néstor Pedro. “El derecho de amparo en Argentina”, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*. Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coordinadores), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, 2006, p. 62.

Afirma Sagüés que una interpretación literal de la norma constitucional podría dar pie a pensar que introduciría un cambio respecto a la disposición legal precedente que establece el carácter residual o subsidiario del Amparo, tornándolo viable en forma directa o principal, como regla, a menos que exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para el amparista. Pero precisa el maestro argentino que ello no es así, porque en el debate del proceso constituyente se rechazó este criterio y se aprobó expresamente el carácter excepcional y subsidiario del Amparo, debiendo primar en la interpretación la voluntad del constituyente por encima de cualquier ambigüedad del texto, siguiendo lo ya establecido por la jurisprudencia más arraigada. En tal sentido, agrega este autor que:

*“De todos modos, situaciones especiales de cada caso, objetivas y subjetivas, generalmente de especial urgencia, explican (y no sin alguna frecuencia) que los trámites ordinarios y sus medidas cautelares puedan provocar a quien los deba transitar un agravio irreparable, y que entonces sea perfectamente viable la acción de amparo. Al respecto, basta que el interesado acredite razonablemente y prima facie la falta de idoneidad para atacar eficazmente al acto lesivo en los trámites comunes, administrativos y judiciales, para que deba operar el amparo”.*⁵

En el caso de Colombia, el Amparo recibe la denominación de Acción de Tutela. La Constitución de 1991, en su art. 86º, establece dicha acción en los términos siguientes:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable (...) (énfasis añadido).

Como se puede apreciar, la acción de tutela procede también de manera *residual o subsidiaria*. Conforme señala Julio César Ortiz, “se trata de un proceso

⁵ Ibid., p. 63.

judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en este sentido, la acción de tutela no es una institución procesal alternativa, y cuando procede, se activan mecanismos inmediatos, se surten actuaciones perentorias, se adelanta una subsanciación preferente y los términos se hacen improrrogables. El propósito del constituyente al incorporar la acción de tutela, como lo establece el artículo 86° de la Carta Política, es que el juez constitucional administre justicia de manera expedita en el caso concreto, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan a esta vía excepcional, residual, supletoria y sumaria (...)” (énfasis añadido).⁶

3.2. La supuesta inconstitucionalidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional

Como ya hemos señalado, el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional establece que el Amparo no será procedente cuando existan otras vías procesales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Esta norma, sin embargo, es considerada inconstitucional por el profesor Luis Castillo Córdova, distinguido estudioso de la materia, quien sostiene que, a partir de lo prescrito en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200° del texto constitucional, es posible afirmar que: 1) Las garantías constitucionales únicamente proceden para la defensa de derechos fundamentales; y, 2) que todos tienen a su disposición dichos mecanismos constitucionales, a fin de lograr la defensa y salvaguarda de sus derechos fundamentales. Por ello, concluye que el carácter alternativo del proceso de Amparo fluye de lo prescrito en la Carta Política, de allí que *“incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afectación real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental”*; precisando que, *“la manera de que sea constitucional el acceso al procedimiento judicial ordinario por parte del perjudicado en su derecho constitucional, será si él decide libremente acudir a la vía judicial ordinaria”*.⁷

⁶ Ortiz Gutiérrez, Julio César. “La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, en *Derecho de Amparo en el Mundo*, p. 221.

⁷ Castillo Córdova, Luis. “El Amparo Residual en el Perú”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año I, N° 2, agosto-diciembre de 2005, p. 71.

El profesor Castillo Córdova agrega que la tutela de los derechos fundamentales mediante el uso de las garantías consagradas constitucionalmente establece –en sí misma– un derecho fundamental. Para ello, se apoya en lo establecido en el artículo 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho *“a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*. Dicha norma habría sido concretada por el constituyente peruano mediante la regulación de los procesos de Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data.

Por ello estima Castillo Córdova que el artículo 5.2 del CPC vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del mencionado derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva); y, porque lejos de promover la correcta y plena vigencia de este derecho –de acceso a los procesos constitucionales– lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva). Adicionalmente, señala que la norma cuestionada no es respetuosa del Principio de Proporcionalidad, pues la finalidad de esta medida consistente en *“lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado”*, no sería alcanzada mediante la previsión incorporada por el artículo 5.2. CPC. En esta línea, afirma: *“(…) nada dice acerca de la indispensabilidad del empleo del amparo. Esta (...) viene definida por (...): la exigencia que sólo procederá el proceso constitucional cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 CPC) y que la agresión a ese contenido sea clara y manifiesta debido a la inexistencia de etapa probatoria (artículo 9º CPC)”*.⁸

Finalmente, 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. Desde su postura la especificidad debe ser concebida como “singularidad o individualidad”, por lo que sostiene que *“ningún proceso general –civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.– servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPC. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria, defina en algún proceso de defensa de los derechos fundamentales”*.⁹

⁸ Castillo Córdova, Luis, obra citada, p. 77.

⁹ Ibid., p. 82.

Aunque comprendemos la preocupación del profesor Castillo Córdova sobre los riesgos y restricciones que conlleva adoptar un proceso de Amparo con carácter residual y extraordinario, lo que obliga a un manejo razonable y prudente de esta causal de improcedencia por parte de las decisiones judiciales y de la jurisprudencia, *no consideramos que el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional sea inconstitucional*. No sólo porque el carácter de tutela de urgencia del proceso de Amparo autoriza a reservarlo sólo para asuntos estrictamente constitucionales del derecho protegido, sino que habilita a diferenciarlo de otros procesos judiciales ordinarios o especiales, conforme también hacen ordenamientos jurídicos, como el argentino y el colombiano, que han inspirado a nuestro proceso de Amparo o incidido en su regulación.

Si bien la opción por un Amparo como vía alternativa, sujeta a decisión del accionante, frente a los procesos judiciales ordinarios (“vías paralelas”) pudo tener fundamento en la experiencia anterior a su regulación legislativa, la realidad ulterior ha sido muy diferente y, a la postre, demuestra que la continuidad de este criterio resulta contraproducente e inconveniente, pues propicia la “inflación” y desnaturalización del Amparo, congestionando los despachos judiciales y favoreciendo la corruptela en su utilización. Por lo demás, como se señala en la Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, *cada proceso tiene una racionalidad y una naturaleza propia, a ser precisadas y reguladas por la ley procesal. En consecuencia, el empleo de un determinado proceso no puede quedar librado a la mera elección discrecional del demandante*.

Puede ocurrir que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, a pesar de lo cual el Amparo no resulte ser la vía adecuada o más idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza.¹⁰ Así, si el demandante “escogió” la vía del Amparo, ello le resultará perjudicial pues su pretensión será a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el Amparo.

Tampoco consideramos que la opción por un amparo residual o subsidiario vulnere el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho Pacto obliga a los estados a prever en sus legislaciones medios procesales (que pueden ser el Amparo y otros distintos) que resulten rápidos, sencillos, eficaces y adecuados para la defensa de los derechos fundamentales de las

¹⁰ Eguiguren Praeli, Francisco, obra citada, pp. 220 a 224.

personas. Por lo que, además del Amparo, pueden existir procesos judiciales ordinarios u específicos que justifiquen su utilización, en vez del Amparo, al estar dotados también de celeridad y medidas cautelares, idóneos por tanto para garantizar tutela oportuna y adecuada del derecho afectado.¹¹

Y es que no puede olvidarse que el art. 2.5 del Código Procesal Constitucional impide la procedencia del Amparo *cuando existan otros procesos judiciales igualmente satisfactorios* para la protección y defensa del derecho amenazado o conculcado. En consecuencia, no basta que existan “otros” procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo; para que deban ser utilizados, y quede cerrado el acceso al Amparo. Tales procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante. Tampoco compartimos la idea de que tales procesos ordinarios o especiales, para resultar “equiparables” al Amparo, deban estar específicamente referidos a la protección de derechos fundamentales; basta que alguno de los otros procesos judiciales disponibles resulte igualmente satisfactorio. No se trata, entonces, que tengan que existir en los distintos ámbitos jurídicos procedimientos judiciales especiales, de carácter “*preferente y sumario*”, al estilo español, para la protección de tales derechos fundamentales por una vía distinta al Amparo. En dicho sistema jurídico, por lo demás, también el Amparo es subsidiario, siendo obligatorio acudir a dicho proceso judicial especial antes de recurrir al Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, consideramos que la opción legislativa por un Amparo residual, excepcional o subsidiario, como toda opción puede resultar opinable y discutible. Pero ello no la torna irrazonable ni menos inconstitucional. Ciertamente que su aplicación disminuirá el número de amparos que se interpongan o admitan, limitando significativamente su acceso y procedencia, pero ello pretende circunscribir su utilización a asuntos que se estima propios de un proceso constitucional de tutela de urgencia de derechos.

3.3. ¿Cuándo es posible acudir al Amparo?

Habiendo optado el Código Procesal Constitucional por establecer el carácter residual del Amparo, determinar bajo qué criterios y en qué supuestos resulta procedente acudir a él constituye un asunto de vital importancia. Para ello, será necesario distinguir aquellos casos en los que la tutela al derecho fundamental

¹¹ Rodríguez Santander, Roger, obra citada, p. 121.

vulnerado o amenazado se podrá alcanzar mediante la utilización del Amparo o a través de otra vía judicial “*igualmente satisfactoria*”. Al respecto, diversos autores nacionales que han abordado recientemente este problema, coinciden en señalar que la existencia de un *peligro de agravio irreparable*, sería el factor que justifique acudir al Amparo y no a la vía judicial ordinaria. Así, Roger Rodríguez señala:

*“Cuando el legislador del CPConst. ha previsto en su art. 5.2 que el amparo no procederá cuando existan vías procesales igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional invocado, ha incorporado un requisito de procedencia (...). Es decir, 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?”*¹²

Por su parte, Christian Donayre señala: “(...) será procedente el amparo si a pesar de tener a disposición un proceso ordinario para la tutela del derecho que se invoca como amenazado o lesionado, el seguirlo, por el tiempo que puede demandar su tramitación hasta la decisión final por otras razones en función del caso en específico, puede conducir a un agravio irreparable”.¹³

También resulta ilustrativa la explicación que hace Samuel Abad, respecto al significado e implicancias de la excepción a la regla del agotamiento de la vía previa, exigida para la procedencia del Amparo, a fin de evitar que la agresión se convierte en irreparable. Así comenta que “(...) cuando ella no pueda revertir la situación jurídica al estado en que se hallaba antes de la lesión, es decir, cuando de acceder a dicha vía la restitución de las cosas al estado que tenía antes de la violación resulte materialmente imposible”.¹⁴ No debe olvidarse, entonces, el papel restitutorio y reparador del proceso de Amparo, el cual persigue reponer las cosas al estado anterior que existía antes de que se produjera la amenaza o violación del derecho afectado. Por ende, cuando de acuerdo a las circunstancias del caso la posibilidad de alcanzar dicha reparación en la vía judicial ordinaria se vea gravemente amenazada, también se deberá admitir la procedencia del Amparo.

Obviamente, la determinación de cuándo nos encontramos ante un supuesto en el que es necesario acudir al amparo, se debe ponderar de acuerdo a las

¹² *Ibid.*, p. 118.

¹³ Donayre Montesinos, Christian. “El carácter residual del Amparo en el Código Procesal Constitucional peruano”, en *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista Editores, Lima, p. 185.

¹⁴ Abad Yupanqui, Samuel. “El proceso constitucional de amparo”. *Gaceta jurídica*, Lima, 2004, p. 251.

características y circunstancias que rodean a cada caso concreto. Así, por ejemplo, explica Omar Cairo que “(...) *si una persona en situación de indigencia interpone una demanda de amparo solicitando que se ordene a su empleador el pago de sus remuneraciones, el Juez no podrá declarar improcedente esta demanda argumentando que existe un procedimiento laboral ordinario que también protege el derecho a la remuneración. Sólo podrá rechazar la demanda en el caso que exista otro proceso que, con la misma eficacia que el amparo (brevedad y actuación inmediata), sirva para evitar que el demandante sufra un daño irreparable por no recibir de manera oportuna –en esa situación concreta de indigencia– el pago de la retribución por su trabajo realizado*”.¹⁵ Es evidente que el Amparo será procedente siempre que la relación laboral del trabajador y el monto de su remuneración estén claramente acreditadas, sin necesidad de probanza compleja o adicional.

Si bien compartimos la opinión de quienes sostienen que el Amparo “(...) *no puede ser empleado válidamente para enfrentar las controversias jurídicas que ordinariamente suceden en la sociedad*”,¹⁶ creemos que la virtualidad de adoptar un modelo residual, no consiste en evitar que se tramiten por esta vía conflictos que carecen de relevancia constitucional. Para este propósito está el art. 5.1 del Código Procesal Constitucional. La residualidad (art. 5.2 CPCConst.) evita la utilización del amparo en casos en los que, estando comprometido el ejercicio de un derecho fundamental, no se justifica acudir a este proceso constitucional debido a la ausencia de peligro de un daño irreparable. Este requisito de procedibilidad actúa como una suerte de “*segundo filtro*”, luego que la evaluación de la pretensión del demandante haya superado la exigencia de estar referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho cuya tutela se invoca, en aplicación del referido artículo 5.1 del Código.

3.4. ¿Se debe probar la existencia de una vía igualmente satisfactoria?

Otro punto en debate, es el referido a la *probanza de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria*: Así, para Christian Donayre es el demandante quien debe acreditar este aspecto, señalando: “*Respecto de quién debiera acreditar o probar la inexistencia de otra vía igualmente satisfactoria, pues en estos casos la carga de la prueba recae en el demandante, es él quien se encargará de demos-*

¹⁵ Cairo Roldán, Omar. “El amparo residual en el Código Procesal Constitucional”, en *Proceso y Justicia*, N° 5, abril de 2005, p. 23.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 23-24.

trar tal situación. (...) no es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que para el caso en concreto no existe otra vía igualmente satisfactoria (...).¹⁷

Desde otra posición, Roger Rodríguez distingue entre dos elementos, de los cuales, en su opinión, sólo uno debe ser objeto de probanza por el demandante: “Una errónea lectura (...) llevaría a la conclusión de que son dos cosas las que deben correr por cuenta del recurrente: por un lado, la demostración de que no existe otra vía regulada por el ordenamiento que permita conseguir aquello que pretende (...), y, de otro, la demostración (*prima facie*, claro está) de que, en atención a las concretas circunstancias del caso, existe riesgo razonable de que el daño, producido o por producirse, se torne irreparable (...). A nuestro criterio, lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es sólo lo segundo. (...) pretender que sea el individuo –y no el juez– quien deba sustentar la inexistencia en el ordenamiento procesal de vías idóneas para satisfacer su pretensión, significa invertir la presunción que da lugar al principio *iura novit curia* (...) conforme al cual el juez debe aplicar el derecho (procesal o sustantivo) que corresponda al proceso, “aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente” (art. VIII Título Preliminar CPCConst)”.¹⁸

Coincidimos con Rodríguez en que lo esencial que debe acreditar el demandante es el riesgo de irreparabilidad de la violación o amenaza de su derecho fundamental. Naturalmente, si el demandante es conciente que su caso presenta alguna dificultad para apreciar si las otras vías judiciales disponibles puedan resultar igualmente satisfactorias para la protección del derecho afectado, sería más que recomendable que explicitase las carencias o insuficiencias de éstas. Ante un caso de duda razonable respecto de la procedencia del Amparo, compartimos la opinión de Donayre acerca de que, en aplicación del *principio favor processum o pro actione*, la demanda debe ser admitida.¹⁹

Ahora bien, además de los supuestos “normales” en los que las demandas de Amparo deben ser admitidas a trámite satisfaciendo el criterio de residualidad, es decir, cuando su improcedencia ocasionaría un perjuicio irreparable, Roger Rodríguez propone dos casos en los que también debieran admitirse, relativizando la exigencia contenida en el artículo 5.2. Estos supuestos, si bien no

¹⁷ Donayre Montesinos, Christian, *op. cit.*, p. 186.

¹⁸ Rodríguez Santander, Roger, *op. cit.*, pp.113, 114.

¹⁹ Donayre Montesinos, Christian, *op. cit.*, p. 186.

tendrían gran trascendencia subjetiva, contarían con una importancia de orden objetivo que explicaría su adopción. El primero buscaría que el Tribunal Constitucional actúe como unificador o integrador de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria, cuando ésta no brinde adecuada tutela. Así sostiene que *“(..). es posible que a pesar de no ser casos de real apremio para los individuos, la jurisdicción ordinaria no identifique adecuadamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, no dispense debida protección al derecho; o, por el contrario, estime pretensiones manifiestamente infundadas”*.²⁰

Al propio autor sostiene que *“(..). en estos supuestos se justificaría una interpretación objetivo-sustancial del art. 5.2 CPConst, de manera tal que, cuando menos en un caso (aunque podría ser más), el TC prescinda del “factor de urgencia” en perspectiva subjetiva y deje de considerar una concreta vía procesal como igualmente satisfactoria, de forma tal que pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, proyectando el precedente vinculante (art. VII Título Preliminar CPConst) que resulte necesario para encausar o reencausar en la jurisdicción ordinaria la debida tutela del derecho o los derechos constitucionales de que se trate”*.²¹ En los casos referidos, el TC actuaría escogiendo *“las causas que, a pesar de no exigir un pronunciamiento urgente por la gravedad que reviste el asunto en perspectiva subjetiva, merecerán una decisión sobre el fondo, en aras de integrar el orden normativo jurisprudencial en materia de protección de derechos constitucionales”*.²²

Pero además, pese a la inexistencia de una línea jurisprudencial confusa, el autor propone otra suerte de excepción a la regla de la residualidad, sugiriendo la pertinencia de que el Tribunal Constitucional *“(..). conozca los procesos de amparo planteados con relación a derechos fundamentales que aún no han merecido pronunciamientos, o que se encuentran inmersos en circunstancias novedosas, y que, por tales motivos, requieren de una línea jurisprudencial dictada por el supremo intérprete de la Constitución que permita delimitar su ámbito protegido y asegurar su protección satisfactoria por parte de la jurisdicción ordinaria”*.²³ Consideramos que se trata de propuestas bastante interesantes y que cumplen una función correctiva o previsor, según los casos, de las decisiones judiciales.

²⁰ Rodríguez Santander, Roger, *op. cit.*, p. 124.

²¹ *Ibid.*, p. 125.

²² *Ibid.*, p. 130.

²³ *Ibid.*, p. 131.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Entre los pronunciamientos expedidos recientemente por el Tribunal Constitucional peruano, que han delineado criterios para comprender los alcances del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del Amparo, destaca la sentencia dictada con ocasión del proceso promovido por César Baylón Flores,²⁴ en donde se estableció lo siguiente:

“6. Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate” (énfasis añadido).

Conforme puede apreciarse, el Tribunal resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuándo la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el Amparo, y cuándo no lo es. En segundo lugar, el Tribunal considera que sobre el demandante recae la demostración de que el Amparo es la vía idónea para la tutela de su(s) derecho(s), en defecto de la vía judicial ordinaria; o, en todo caso, que él deberá desvirtuar el carácter igualmente satisfactorio de las otras vías judiciales disponibles. Como ya señalamos, consideramos que el demandante debe demostrar fehacientemente la existencia de riesgo razonable de que la amenaza o vulneración de su derecho fundamental devenga en irreparable; y, a partir de ello, el juez deberá decidir si la vía adecuada es el Amparo o la judicial ordinaria.

Sin perjuicio de ello, merece especial atención lo señalado por el TC en los fundamentos jurídicos 14, 15 y 16 de la referida sentencia, los cuales son transcritos a continuación:

“14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo

²⁴ Expediente N° 0206-2005-PA/TC, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005.

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente” (énfasis añadido).

De este modo, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya ha venido aplicando el carácter residual o extraordinario del proceso de Amparo en numerosos casos referidos a derechos laborales, seguridad social o cuestionamientos de actos de la Administración, así como de su atingencia sobre la necesidad de efectuar un análisis y ponderación en el caso concreto, estaría otorgando una suerte de acceso “alternativo” a este proceso a favor de grupos específicos de la sociedad, dada su condición de especial vulnerabilidad. Entre estos grupos se encontrarían los sindicatos, las personas con discapacidad física o mental, y la

mujer en caso de embarazo; añadiéndose a ellos los casos de despido en supuestos de discriminación, que podrían admitirse en el Amparo a pesar de existir otros procesos judiciales que puedan resultar igualmente satisfactorios.

En definitiva, si bien la opción por un Amparo residual o extraordinario conlleva riesgos, que habrá que evaluar en función de su funcionamiento, consideramos que resultaba una medida indispensable ante las graves distorsiones que desnaturalizaban dicho proceso e impedían que actúe como una verdadera tutela de urgencia de derechos constitucionales. Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando y modulando su exigencia, a partir de los casos concretos, señalando criterios que encaucen adecuadamente y racionalicen la pertinencia de los procesos de Amparo, sin caer en la adopción de fórmulas dogmáticas o rígidas que restrinjan injustificadamente su utilización o la tornen en virtualmente inaccesible e ineficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel; Danós Ordóñez, Jorge; Eguiguren Praeli, Francisco; García Belaúnde, Domingo; Monroy Gálvez, Juan; y Oré Guardia, Arsenio. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Primera Edición, Palestra, Lima, 2004.
- Abad Yupanqui, Samuel. “El proceso constitucional de amparo”. *Gaceta Jurídica*, Lima, 2004.
- Castillo Córdova, Luis. “*El Amparo residual en el Perú*”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año I, N° 2, agosto-diciembre de 2005.
- Cairo Roldán, Omar. “El amparo residual en el Código Procesal Constitucional”, en *Proceso y Justicia*, N° 5, Perú, abril de 2005.
- Donayre Montesinos, Christian. “El carácter residual del Amparo en el Código Procesal Constitucional peruano”, en *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista Editores, Lima.
- Eguiguren Praeli, Francisco. “Las distorsiones en la utilización del Amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso: ¿Cabe un amparo contra otro amparo?”, en *Estudios Constitucionales*. ARA Editores, Lima, 2002.
- Ortiz Gutiérrez, Julio César. “La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, en *Derecho de Amparo en el Mundo*, México, 2006.

Rodríguez Santander, Roger. "Amparo y residualidad", en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año I, N° 2, agosto-diciembre de 2005, Lima, Perú.

Sagüés, Néstor Pedro. "El derecho de amparo en Argentina", en Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coordinadores). *El Derecho de Amparo en el Mundo*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, 2006.