

Amparo y Residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º 2 del Código Procesal Constitucional peruano

ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER

Profesor de los PostTítulos en Derechos Fundamentales y en Derecho Procesal
Constitucional de la PUCP

Asesor del Tribunal Constitucional

Miembro del Comité de Redacción de esta Revista

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 5º 1 Y 5º 2 DEL CPConst; III. LA RESIDUALIDAD EN EL TIEMPO; IV. LAS INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 5º 2 DEL CPConst: A) INTERPRETACIÓN SUBJETIVO-FORMAL, B) INTERPRETACIÓN SUBJETIVO-SUSTANCIAL, C) INTERPRETACIÓN OBJETIVO-FORMAL, D) INTERPRETACIÓN OBJETIVO-SUSTANCIAL; V. ¿AMPARO RESIDUAL O SUBSIDIARIO?. VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La innovación más importante que trae consigo el Código Procesal Constitucional —Ley N.º 28237— (en adelante, CPConst) en lo que al establecimiento de requisitos de procedencia de la demanda de amparo se refiere, es la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la denominada *cláusula de residualidad*, conforme a la cual dicha demanda será declarada improcedente en aquellos supuestos en los que exista otro proceso *específico* que resulte *igualmente satisfactorio* para la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado.

Dicha cláusula se encuentra prevista en el art. 5º 2 CPConst: «*No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus*».

1. Art. 43º Const. argentina: «*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 (...)*».

Como es sabido, este artículo tiene su inspiración en los artículos 43° y 86° de las Constituciones argentina y colombiana, respectivamente¹. Se trata de un giro de 180 grados con relación a la regulación anterior (Ley N.º 23506), según la cual ante la afectación de un derecho constitucional, el amparo resultaba viable en tanto y en cuanto la víctima no hubiese «optado» por recurrir a la vía judicial ordinaria a solicitar la tutela de su derecho². En otras palabras, ante la alternativa de acudir a un proceso en el que se pudiese alcanzar el mismo objetivo perseguido por el proceso de amparo³ o acudir a éste, quedaba librada a la absoluta discrecionalidad del afectado, optar por una u otra vía, sin que el hecho de preferir el amparo derivara en causal alguna de improcedencia.

Hoy la historia es distinta. En mérito del art. 5° 2 CPConst, el proceso de amparo no es más un proceso alternativo. Se ha convertido en un proceso «excepcional» o «residual», términos que, según veremos hacia el final de estas líneas —tal vez, no sin algún exceso de rigurosidad—, nos parecen más apropiados que el de «subsidiario».

Nos proponemos realizar un análisis interpretativo del referido art. 5° 2 CPConst, en aras de determinar su finalidad y alcances, su aplicación en el tiempo y el rol que desempeña en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

II. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 5° 1 Y 5° 2 DEL CP-CONST.

Corresponde, en primer término, diferenciar las reglas de improcedencia previstas en los arts. 5° 1 y 5° 2 CPConst. Confesamos que no consideraríamos necesario detenernos —cuando menos brevemente— en distinguir los

Art. 83° Const. Colombiana: «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, (...) mediante un procedimiento preferente y sumario (...), 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. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).»

2. Art. 6° 3 Ley N.º 23506: «No proceden las acciones de garantía: (...) 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria».
3. «[R]eponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional», tal como refería el art. 1° Ley N.º 23506, y establece ahora el art. 1° CPConst.
4. Art. 5° 1 CPConst.: «No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado».
5. Art. 38° CPConst.: «No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento

alcances de estos artículos, si no hubiésemos advertido —como veremos luego— alguna tendencia a confundirlos.

El art. 5° 1 CPConst⁴ —que tiene singular relación con el art. 38° del mismo Código⁵— no constituye, *strictu sensu*, una «nueva» regla de procedencia de los procesos constitucionales. Se trata, tan sólo, de la especificación legislativa de un presupuesto procesal consubstancial a tales procesos, proyectado desde el propio art. 200° de la Constitución (C), 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 o que configuran atributos subjetivos que, más allá del grado de relación que puedan ostentar con algún derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido⁶.

Así lo ha advertido el TC al sostener que «*con los dispositivos citados [arts. 5° 1 y 38°], el legislador del CPConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal*»⁷.

Incluso, se trata de una regla de improcedencia que pudo darse por sobreentendida a partir del mismo art. 1° CPConst, en cuanto establece que

constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo».

6. Es evidente que este objeto no es extensible al proceso de cumplimiento, motivo por el cual, a pesar de su inclusión en el art. 200° 6 del Texto Constitucional (desacertada, por cierto) y de su autonomía, no puede ser considerado como un proceso constitucional. Y decimos esto muy a pesar de lo expuesto por el Tribunal Constitucional (TC) en su reciente sentencia N.° 0168-2005-PC; en especial, en su FJ. 9, que parece ser el núcleo de todo cuanto más se dice en ella y en el que se señala lo siguiente: «...conforme a los artículos 3.°, 43.° y 45.° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos...». Si esto fuese cierto, ¿cuál sería la diferencia entre un derecho constitucional y un derecho legal? Sinceramente, no lo sabemos. (Para una visión crítica de esta sentencia, Cfr. Castillo Córdoba, Luis. *El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 145, Diciembre, 2005, pp. 129 a 136).
7. Cfr. STC 1417-2005-PA, FJ. 8.
8. Cabría incluso aquí preguntarnos si en el ordenamiento peruano todo derecho constitucional es un derecho fundamental, para luego interrogarnos — ante una

«[l]os procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales...». ¡No otros; sólo los constitucionales!⁸.

Cierto es que el deslinde entre aquello que pertenece al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental y aquel ámbito subjetivo que, aunque tutelado por el ordenamiento, es tributario directo de la mera legalidad o, en general, del Derecho infraconstitucional, no es tarea sencilla. Haciendo alusión a la dificultad que dicha tarea conlleva, Manuel Aragón, en similar sentido al pensamiento de I. Díez-Picazo⁹, sostiene que «[e]n materia de derechos fundamentales no hay una relación de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sino de jerarquía. Querer sustentar la supuesta distribución competencial en la distinción entre cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de legalidad conduce al fracaso, porque (sin perjuicio de que, cuando esa diferencia se dé netamente, el Tribunal Constitucional se autocontenga e inadmita o desestime el recurso de amparo si el problema se reduce estrictamente a la interpretación, por así decir, «legal» y no «constitucional» de la ley), resulta que en la mayor parte de los casos de amparo la distinción entre constitucionalidad y legalidad se hace prácticamente imposible, entre otras razones porque al Tribunal Constitucional le corresponde ser el intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley y porque precepto constitucional de derechos fundamentales y legislación de concreción o desarrollo de éstos forman un bloque que el Tribunal Constitucional no puede escindir y ha de utilizar para resolver»¹⁰.

Por su parte, y con relación al escenario alemán, Rainer Wahl y Joachim Wieland¹¹ destacan cómo, a su criterio, las sentencias Elfes¹² (en

-
- eventual respuesta negativa a la primera pregunta — a cuál de ambos protege el amparo. Pero con ello desviaríamos de la finalidad de este artículo, en el que — con las disculpas por la falta de rigurosidad — los trataremos como sinónimos.
9. Cfr. Díez-Picazo/Giménez, Ignacio. *El artículo 53.2 de la Constitución. Interpretación y alternativas de desarrollo*. En: Tribunal Constitucional, *Jurisdicción Ordinaria y derechos Fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 174 y ss.
 10. Cfr. Aragón Reyes, Manuel. *Problemas del recurso de amparo* (Ponencia presentada en el Seminario sobre la Reforma del Recurso de Amparo, organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 25 de abril de 2003). En: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm
 11. Cfr. Wahl, Rainer y Wieland, Joachim. *La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht*. En: *Revista Española de Derechos Constitucional (REDC)*, Año 17, N.º 51, Septiembre-Diciembre, 1997, pp. 14 a 18.
 12. Cfr. *BverfGE*, 6, 32 (del 16 de enero de 1957). Versión resumida y traducida al español en Schwabe, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo: Bogotá: Konrad Adenauer-Stiftung/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Trad. Marcela Anzola Gil, 2003, p. 20 a 22.

la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán —TCFA— adopta un concepto sumamente amplio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, previsto en el artículo 2º 1 de la Ley Fundamental alemana, y reconoce el derecho de toda persona a solicitar, vía recurso de amparo, la exclusión del orden constitucional de una ley que «limite su libertad de actuar») y Lüth¹³ (en la que se consagra la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales y la necesidad de interpretar también el derecho privado, *prima facie*, ordinario, de conformidad con el Derecho de la Constitución), dieron lugar a que la distinción entre derechos fundamentales y Derecho ordinario no pueda ya trazarse en el plano teórico. En concreto, estos autores refieren que «*sólo ya con el potencial de recursos que inauguran las Sentencias Elfes y Lüth, el acceso al Bundesverfassungsgericht [TCFA] se ha abierto de tal forma, la infracción de la legalidad ordinaria se ha entrelazado de tal modo con la vulneración de derechos fundamentales, que no cabe esperar que tenga éxito ningún intento de delimitación de carácter material. El resultado de estas dos líneas jurisprudenciales estriba ni más ni menos que en la imposibilidad teórica de distinguir jurídico-materialmente entre vulneración de la Constitución e infracción de la legalidad ordinaria*»¹⁴.

Con todo, los propios autores advierten cómo el «aluvión» de amparos generado por la apertura de sus criterios, pronto dio lugar a que el propio TCFA volviera sobre sus pasos y restringiera su procedencia exigiendo que la afectación alegada se encuentre referida al ámbito protegido por un dere-

13. Cfr. BverfGE, 7, 198 (del 15 de enero de 1958). Versión resumida y traducida al español en Schwabe, Jürgen. Op. cit. pp. 132 a 137.

14. Cfr. Wahl, Rainer y Wieland, Joachm. Op. cit. pp. 16 a 17.

15. Este criterio de procedencia fue denominado «fórmula Heck», en alusión al magistrado ponente de la sentencia que le dio vida. Dicha sentencia fue expedida el 10 de junio de 1964 (BverfGE 18, 85) y a partir de entonces ha sido recurrentemente traída a colación por el TCFA con el ánimo de advertir que sí existe una línea a trazar entre constitucionalidad y legalidad.

En la sentencia se señala lo siguiente: «La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto en el marco de un recurso de amparo (...). No se considera, por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en la omisión de los derechos fundamentales (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación

cho «específicamente constitucional»¹⁵. Al establecer el concepto, antes que dar por solucionada cualquier problemática, el TCFA se exige a sí mismo un esfuerzo hermenéutico en aras de no identificar necesariamente la errónea aplicación del Derecho con la afectación de un derecho constitucional. Ambos implican quebrantar el orden jurídico, pero, sin duda, no son sinónimos.

Consideramos que si bien las citas de los autores recién reseñados, son adecuadamente descriptivas de algunas de las causas que pueden tornar compleja la distribución entre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y cualquier otro ámbito protegido por el Derecho, no son justificativas para condenar de antemano dicho intento al «fracaso», a carecer de éxito alguno o considerarlo «prácticamente imposible».

Sin perjuicio de los interesantes criterios utilizados por los profesores Bustamante Alarcón¹⁶ y Castillo Córdova¹⁷ para determinar la esfera protegida por los derechos reconocidos en la Norma Fundamental, entendemos que el punto de inicio para emprender dicha labor se encuentra en la adecuada comprensión de la estructura de los derechos fundamentales (disposición, norma y posición de derecho fundamental), para que, a partir de ello, en aplicación de un ejercicio interpretativo —objetivable sólo mediante los límites consubstanciales a la metodología hermenéutica, y a través de la doctrina del precedente—, cada caso concreto sirva para identificar las normas adscritas a cada disposición constitucional que reconoce un derecho fundamental, configurando el contenido constitucionalmente protegido por éste¹⁸.

relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto.» (Vid. Schwabe, Jürgen. Op. cit. p. 6).

Es imposible soslayar las grandes similitudes que existen entre la referencia a un «derecho específico o directamente constitucional», instituida por el TCFA, y la alusión a la necesidad de acusar afectaciones referidas «en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (art. 5º CPConst) o «con sustento constitucional directo» (art. 38º CPConst), establecida por el legislador del CPConst, para determinar la procedencia de la demanda de amparo.

16. Cfr. Bustamante Alarcón, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 113 y ss.
17. Cfr. Castillo Córdova, Luis. *Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. En: *Actualidad Jurídica*. N.º 139, Lima, 2005, pp. 144 a 149.
18. Sobre la diferenciación entre disposición, norma y posición de derecho fundamental, Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 48 a 73; Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos

Lamentablemente no es este el lugar en el que tengamos posibilidad de extendernos sobre el particular. Baste señalar que, aunque podamos compartir que en el plano teórico el asunto alcanza ribetes de singular complejidad, no se trata de un cometido utópico, sino, por el contrario, plenamente verificable a la luz de cada caso concreto, y objetivable a modo de principio bajo la técnica del precedente. Siendo además imprescindible al momento de calificar la procedencia de la demanda, delimitando la competencia material del proceso de amparo.

Por ello, entendemos saludable que el legislador del CPConst. haya recalcado este presupuesto en el art. 5° 1 CPConst. Es preciso que la judicatura deje de concebir al amparo como un proceso sobredimensionado, protector, incluso, de derechos legales; es decir, como un proceso, por así decirlo, «a la mexicana»¹⁹.

Problemas como estos, fueron los que llevaron a que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, el art. 121° 2 de la Ley N.º 29/1998²⁰, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establezca: «*La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (...) y como consecuencia de la misma, vulneren un derecho de los suscep-*

y Constitucionales, 2003, pp. 175 a 184; Borowski, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 26 a 30. También, Vid. STC 1417-2005-PA, FF. JJ. 23 a 27.

19. Y es que tal como refiere Héctor Fix-Zamudio «en el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria» (Cfr. Ensayos sobre el derecho de amparo. México D.F. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 30). Con excepción de los dos primeros, en el resto de supuestos la judicatura mexicana no se detiene en una valoración constitucional del asunto, sino que tiene competencias para examinar su legalidad. Así, por ejemplo, el amparo contra resoluciones judiciales es concebido como un recurso casatorio, en el que cabe reclamar, además de la afectación de derechos fundamentales, la indebida interpretación de la ley por parte del juez. (Cfr. Op. cit. pp. 39 a 41).
20. El Capítulo I de esta Ley, se inserta dentro de la gama de diversos dispositivos (entre ellos, el art. 518° de la Ley Orgánica 2/1989; los arts. 175 a 182° del Real Decreto Legislativo 2/1995; y el art. 249° de la Ley 1/2000) que configuran legislativamente los procesos basados en los principios de preferencia y sumariaidad a los que el artículo 53° 2 de la Constitución española (CE) reserva la protección *ab initio* de los derechos fundamentales («amparo judicial»), bajo el presupuesto de que su «tutela general» (art. 41° de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional español — LOTCE —) corresponde a los Tribunales ordinarios y, sólo subsidiariamente, al Tribunal Constitucional español (TCE), a través del denominado «amparo constitucional».

tibles de amparo». Al respecto, María Luz Martínez Alarcón señala que dicho artículo «pretende, a pesar de los confusos términos en los que aparece redactado el mismo, dar respuesta a unos de los más graves problemas que se había planteado (...) y que ya había sido apuntado por una parte de la doctrina: la imposibilidad o cuando menos grave dificultad para discernir dónde terminaba la infracción genérica del ordenamiento jurídico y dónde comenzaba la estricta violación del derecho fundamental»²¹.

Es pertinente agregar que para aplicar el art. 5º 1 CPConst, y en mérito suyo, declarar la improcedencia de la demanda de amparo, no es necesario ingresar en ningún juicio probatorio. En otras palabras, para tal efecto, no es preciso valorar la veracidad de cuanto ha sido mencionado en la demanda, sino tan sólo determinar que el ámbito que se acusa violado no encuentra sustento en el contenido normativo de los derechos reconocidos por la Constitución.

Así como no cabe, insistimos, que se conciba al art. 5º 1 CPConst. como una regla de improcedencia incorporada *ex novo* por el CPConst, tampoco se justifica confundirla con la prevista en el inciso 2 del mismo artículo. Como quedó dicho, el inciso 1 exige que el derecho afectado se encuentre directamente reconocido por la Constitución y, desde luego, que el ámbito subjetivo que se considera lesionado pertenezca al contenido protegido por dicho derecho; por su parte, el inciso 2, inhabilita el amparo constitucional en aquellos supuestos en los que, a pesar de encontrarse cumplidos los anteriores requisitos, pueda alcanzarse igual satisfacción constitucional en otro proceso.

Es posible que un ejemplo ayude a clarificar cuanto se acaba de afirmar. Imaginemos que un trabajador, luego de haber entrado en vigencia el CPConst, presenta una demanda de amparo alegando una vulneración de los arts. 10º y 11º C, puesto que, a pesar de haber cumplido con los requisitos legales de acceso al sistema de seguridad social (ser trabajador formal en actividad pública o privada, dependiente o independiente), su empleador no ha llevado a cabo la respectiva incorporación; en consecuencia, solicita que se ordene a éste obrar en dicho sentido. A nuestro entender dicha demanda sería improcedente, pero no por aplicación del art. 5º 1 CPConst, sino del 5º 2. Y es que a pesar de que la relevancia constitucional del asunto —de conformidad con el numeral 1 del FJ. 37 de la STC

21. Cfr. Martínez Alarcón, María Luz: *Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo*. [En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N.º 107, Enero-Marzo 2000, p. 221, nota 19.
22. Dice así el FJ. 37.1) de la STC 1417-2005-AA: «*forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar*

1417-2005-PA— se encuentra fuera de discusión²², la falta de necesidad de una tutela de urgencia (¿qué urgencia reviste iniciar un período de aportación pensionaria que sólo generará beneficios concretos luego de varios años?) justifica que el asunto sea ventilado en la vía ordinaria, en la que, demostrada la veracidad de cuanto se afirmó en la demanda, el recurrente alcanzará igual satisfacción a su pretensión.

Se trata, pues, de dos presupuestos procesales distintos y que deben ser observados preclusivamente, de manera tal que, sólo cumplido el primero, pueda ingresarse a valorar el segundo. Este orden no sólo deriva del modo enumerativo en el que han sido expuestos en el art. 5º CPCConst, sino también de un detenido análisis del inciso 2, en el que se expone que la pertinencia de la vía procesal distinta del amparo, lo sea «*para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado*». Dicho de otro modo, un requisito inexcusable para ingresar en la evaluación de si resulta aplicable o no el art. 5º 2 CPCConst, es que no queden dudas de que la esfera subjetiva que se acusa afectada o amenazada pertenezca al contenido protegido por un derecho previsto en la Constitución. Si esto último no se cumple, la demanda será improcedente, pero no en aplicación del art. 5º 2 CPCConst, sino del art. 5º 1. Que se respete este orden analítico tendrá repercusiones relevantes en la jurisprudencia constitucional. Pues si se actuara del modo contrario, es decir, evaluando primero la existencia o no de una vía igualmente satisfactoria para proteger aquello que se alega afectado, sin haber determinado previamente si se subsume en el contenido normativo de un derecho fundamental, en muchos casos, se perderá la oportunidad de que el TC continúe delineando interpretativamente las normas adscritas (ámbito normativo protegido) a los preceptos constitucionales que reconocen tales derechos, al margen de si luego de ello entienda aún improcedente la demanda, en aplicación del art. 5º 2 CPCConst.

Y es que si se tiene en cuenta que la determinación de tales normas adscritas, pasa, necesariamente, por la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, se llegará fácilmente a la conclusión de que la resolución en la que el TC delimite el ámbito protegido por un derecho fundamental —a pesar de la declaración de improcedencia de la demanda en virtud del 5º 2 CPCConst— tendrá efectos vinculantes, en aplica-

inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social».

23. No obstante, consideramos que lo expuesto no es óbice para que una vez emitida reiterada jurisprudencia con relación a un mismo supuesto referido al contenido normativo de un derecho fundamental susceptible de ser protegido debidamente por la jurisdicción ordinaria, el TC, en aras de ahorrar tiempo y esfuerzo, acuda

ción del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst, que establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones [entiéndase, autos o sentencias] dictadas por el Tribunal Constitucional»²⁵.

Debe reiterarse que esta forma de actuación no significa que el art. 5º 1 CPConst. imponga previamente al juez constitucional constatar la efectiva afectación de un derecho fundamental, para luego renunciar a su protección en aplicación del art. 5º 2. La existencia de relevancia constitucional en lo que se alega en la demanda, no implica ningún grado de evaluación sobre la eventual estimación o desestimación del petitorio, puesto que tal relevancia nada dice sobre la titularidad del derecho, ni menos aún sobre la efectiva existencia del acto reclamado o su lesividad.

A pesar de las sendas distancias entre las dos reglas de procedencia comentadas, la confusión parece haber sido inevitable. Lo curioso es que parece que de ella ha sido víctima incluso algún autor del CPConst, cuando señala que el artículo 6º 3 de la Ley N.º 23506 «*facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de 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. Es por ello positivo que el Código Procesal Constitucional, en el artículo 5 numeral 2, establezca que el amparo será improcedente cuando `existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del dere-*

directamente al art. 5º 2 CPConst. para declarar la improcedencia de la demanda. Pero — insistimos — ello sólo resultaría pertinente una vez que el TC tenga jurisprudencialmente consolidada su posición en torno al alcance constitucional del asunto.

De este modo, a pesar de que en aplicación del art. 5º 2 el asunto deba ser conocido por la jurisdicción ordinaria, ésta se encontrará al tanto del rango constitucional directo de la temática, debiendo merituar el asunto atendiendo a las consecuencias que de dicha constatación derivan, las cuales, siendo diversas, van desde una tramitación preferente hasta la incorporación al análisis de los singulares criterios de interpretación constitucional y de interpretación de los derechos fundamentales. (Con relación a los primeros, Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 33 y ss. También, Vid. STC 5854-2005-PA, F. J. 12. Respecto de los segundos, Cfr. Carpio Marcos, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004).

24. Cfr. AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Lima: Palestra, 2004, pp. 68 a 69 la inexistente

cho constitucional amenazado o vulnerado...'. En consecuencia, el amparo adquiere un carácter excepcional o residual, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos que deben ventilarse por las vías procesales comunes»²⁴.

La confusión salta a la vista. Se pretende justificar la pertinencia del art. 5º 2 CPConst, en base a las razones que, antes bien, son las que explican la existencia del art. 5º 1, puesto que no se comprende en qué medida la incorporación de un amparo residual contribuye a que el justiciable o, en su caso, la judicatura, comprendan mejor cuándo se está ante el contenido constitucionalmente protegido de un derecho y cuándo ante un asunto que no alcanza relevancia constitucional.

El mismo atisbo de confusión se ha apreciado en algunos comentarios doctrinales emitidos con ocasión de la expedición de la STC 1417-2005-PA, al considerar que dicha resolución tiene alguna vinculación con la actual residualidad del amparo constitucional²⁵.

La STC 1417-2005-PA se ocupa del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (art. 11º C), es decir, de sentar pautas con relación a las pretensiones que, por encontrarse referidas a dicho contenido, cumplen con el presupuesto procesal del artículo 5º 1 CPConst. Sin embargo, nada dice, —y desde luego, no aplica— el art. 5º 2. Y es que —según explicaremos en el siguiente acápite— no podría haberlo hecho, puesto que la demanda que dio lugar a dicho proceso fue planteada antes de la entrada en vigencia del CPConst. De hecho, con la aplicación de la cláusula de residualidad, según hemos referido líneas arriba, algunas de las pretensiones que son consideradas por la sentencia como pertenecientes al contenido normativo de derecho a la pensión, tendrían que ser conocidas

-
- relación que pretende defenderse entre el art. 5º 2 CPConst. y el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, no ha sido corregida por los autores en la segunda edición del libro (Lima: Palestra, 2005, p. 72).
25. Vid. Montoya Chávez, Víctorhugo. *Amparo subsidiario y vías igualmente satisfactorias*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. N.º 82, Año 11, Julio, 2005, pp. 53 a 61. También, Vid. Luna Cervantes, Eduardo. *Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo. La configuración legal del derecho a la pensión y algunas riesgosas interpretaciones respecto a la eficacia de los derechos sociales*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N.º 83, Año 11, Agosto 2005, pp. 39 a 45. Sin perjuicio de reconocer que en ambos trabajos hay interesantes aportes para el estudio tanto de la residualidad del amparo como del contenido protegido de los derechos constitucionales.
26. Vid. [nota 22], *supra*.

en el proceso contencioso-administrativo (v.g. la establecida en el numeral 1 del FJ. 37²⁶).

III. LA RESIDUALIDAD EN EL TIEMPO.

La Segunda Disposición Final (SDF) del CPConst. establece: «*Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado*».

Dicha disposición, así como la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, expresa, a nivel positivo, la regla pacíficamente aceptada por la doctrina procesal, conforme a la cual el proceso es una secuencia de actos singulares (procedimiento), cada uno de los cuales se regula por la ley vigente al momento de su verificación o ejecución²⁷. En otras palabras, la ley procesal resulta aplicable a los actos cuya realización tenga lugar luego de la entrada en vigencia de dicha ley, más no a aquellos actos realizados con anterioridad a tal evento.

Sin embargo, una regla como la expuesta debe ser interpretada de conformidad con el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, previsto en el art. 139º 3 C. Este derecho no tiene mayor registro en el orden constitucional comparado, no obstante lo cual, por encontrarse recogido en nuestra Constitución, es preciso adjudicarle el rango respectivo, con las consecuencias que ello pudiera generar.

El ámbito protegido por dicho derecho constitucional debe ser determinado a la luz del principio de seguridad jurídica. Sobre el particular, el TC ha referido que «*[e]l principio de la seguridad jurídica forma parte substancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/*

27. Cfr. Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires: Universo, 1984, p. 154; Vescovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Themis, 1984, p. 103; Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Bogotá: Themis, 1992, p. 188.

1991, FJ 5). (...) Así pues, (...) la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general (...) y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) (...) y 139º, inciso 3, («Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (...)»²⁸.

En tal sentido, el derecho al procedimiento preestablecido por la ley no puede ser concebido como el derecho al respeto inexorable de todas y cada una de las reglas procesales que se encontraban vigentes al momento en el que el proceso fue promovido, pero sí como el derecho a que dicha mutabilidad no supere el margen de lo razonable, en atención a la expectativa formada por el justiciable al inicio de la causa.

Tal expectativa tiene su primera materialización al interior del proceso, en el derecho a que, cumplidos los requisitos de admisibilidad positivizados al momento de su presentación, la demanda sea tramitada, así como en el derecho a lograr un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, satisfechos los presupuestos procesales previstos en la misma fecha. De ahí en adelante, no sería posible que cualquier ampliación de tales elementos alcance al recurrente previamente incurso en el proceso, so pena de mellar el derecho al procedimiento predeterminado por la ley, además de restringir más allá de lo constitucionalmente aceptable el derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3 C), y actualmente previsto en el ordenamiento legal como componente de la denominada «tutela procesal efectiva» (art. 4º CPConst²⁹).

Lo expuesto, desde luego, no significa que pertenezca al contenido protegido del derecho constitucional al procedimiento preestablecido por la ley, la petrificación *pro futuro* de «todas» las disposiciones procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, pues una visión tan estricta no sólo contravendría el principio conforme al cual ningún derecho constitucional tiene carácter ilimitado, sino que incluso llevaría al absurdo de negar a las partes la posibilidad de someterse a disposiciones

28. STC[0016-2002-AA, FF.JJ. 3 y 4. El subrayado es nuestro.

29. Art. 4º CPConst: «El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y

procesales más beneficiosas a su causa en mérito a que ellas cobraron vigencia luego de la instauración del proceso.

Así las cosas, consideramos inconstitucional la interpretación de la SDF CPConst, en virtud de la cual se considere aplicable el art. 5° 2 CPConst. a los procesos cuya demanda se encontraba ya tramitada en el momento en que el Código entró en vigencia (1 de diciembre de 2004)³⁰. Prohibición que, desde luego, no alcanza al artículo 5° 1, por ser consubstancial al proceso de amparo previsto en la Constitución, y, consecuentemente, anterior al CPConst.

Debe quedar claro, sin embargo, que la referida SDF CPConst, no adolece de vicio de inconstitucionalidad en lo que establece, sino, en todo caso, en lo que deja de establecer. Motivo por el cual, dejando de lado, por inconstitucional, la norma implícita que se deriva de ella, la referida disposición debe ser interpretada en el sentido de que los preceptos del CPConst. resultan inmediatamente aplicables a todos los procesos constitucionales, incluso a aquellos que se encontraban en trámite el 1 de diciembre de 2004, con las excepciones expresamente en ella contempladas y aquellas que se derivan de su interpretación «conforme a la Constitución»; específicamente, conforme al derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley.

IV. LAS INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 5° 2 DEL CP-CONST.

Con lo hasta aquí dicho, sin embargo, aún no hemos abordado el punto neurálgico que trae consigo el art. 5° 2 CPConst, y que puede quedar resumido en la siguiente pregunta: ¿cuándo una vía procesal es «igualmente sa-

el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

30. Por ello, no nos queda más que reprobar que en la STC 0206-2005-PA, el TC haya optado por aplicar dicha cláusula en un proceso iniciado antes de la entrada en vigencia del CPConst.

tisfactoria» al proceso de amparo «para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado»?

Consideramos —a efectos de no desatender el importante rol que debe cumplir la jurisprudencia constitucional en la adecuada protección de los derechos fundamentales, tanto como derechos individuales (faz libertaria), así como garantías institucionales de la estabilidad y consolidación constitucional (faz valorativo-institucional)— que el asunto debe ser abordado desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva. Por lo demás, entendemos que la dualidad de la lectura viene impuesta por la también doble dimensión de los procesos constitucionales, los cuales, más allá de sus «naturales» propósitos (objetivos, en el caso de los procesos constitucionales «a la norma», y subjetivos, en lo que a los procesos constitucionales «al acto» se refiere), en última instancia, se fusionan en una única finalidad: garantizar la plena vigencia de la Constitución, cuyas disposiciones —en su totalidad—, por vía directa o indirecta, se encuentran orientadas a resguardar los derechos fundamentales³¹. Es por ello que Gustavo Zagrebelsky, refiere que las dos vocaciones del proceso constitucional, son «mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro»³².

A su vez, tal como buscaremos sustentar en las próximas páginas, cada una de las perspectivas (subjetiva y objetiva) puede ser enfocada desde un punto de vista formal (que supone un análisis abstracto de la legislación procesal aplicable a cada caso) y sustancial (que implica el análisis cualitativo de la relevancia constitucional fundamental que cada caso concreto pueda tener, sea para la protección específica de quien se considere afectado en sus derechos fundamentales, sea para la consolidación del derecho fundamental en la integridad del ordenamiento jurídico y del orden social), dando lugar, en suma, a cuatro fórmulas interpretativas y, por ende, aplicativas, del art. 5° 2 CPConst: subjetivo-formal, subjetivo-sustancial, objetivo-formal y objetivo-sustancial. Revisemos cada una de ellas.

31. Como bien apunta Manuel Aragón Reyes: «En realidad, no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para garantizar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una forma de asegurarla». (Cfr. «La Constitución como paradigma». En: AA.VV. El significado de la Constitución. México D.F.: UNAM, 1998, p. 121).
32. Zagrebelsky, Gustavo. «Derecho Procesal Constitucional?». En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N.º IV, Diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy, p. 404. Sobre

A) Interpretación subjetivo-formal.

A partir de una comprensión subjetivo-formal del art. 5° 2 CPConst, para que una vía ordinaria pueda ser considerada tan satisfactoria como el amparo, debe encontrarse orientada - en abstracto- a conseguir la satisfacción del interés subjetivo inherente al proceso de amparo, es decir, situar al afectado o amenazado, en posición idéntica o sustancialmente idéntica a aquella en la que se encontraba antes de que la violación o amenaza tuviera lugar. Ello, desde luego, no descarta las vías en las que puedan conseguirse fines adicionales o accesorios al mencionado.

No obstante, si solamente fuese este el elemento a tener en cuenta, sencillamente, no existiría causa revisable a través del proceso constitucional que situados en el plano etéreo, teórico o meramente teleológico, prácticamente, toda pretensión en el amparo tendrá satisfacción en algún proceso ordinario, sea civil, laboral, contencioso-administrativo o de alguna otra índole.

Así pues, abordar el asunto desde esta orientación sólo será útil para cubrir un requisito formal exigido también por el artículo 5° 2 CPConst, consistente en que, para efectos de su aplicación, la vía ordinaria deberá ser «específica», es decir, autónoma y claramente configurada por el ordenamiento jurídico.

Es pertinente detenerse aquí, entonces, en un requisito para habilitar el amparo que suele exigirse por la judicatura argentina, y que ha sido bien

la doble dimensión de los procesos constitucionales, puede revisarse también la STC 0020-2005-AI/ 0021-2005-AI (acumulados), FF. JJ. 16 a 18.

Cabe mencionar que Pablo López Pietsch defiende la tesis de que no existe una necesaria correspondencia entre la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, y la dimensión subjetiva y objetiva de los procesos constitucionales. En efecto, el autor señala que «una cosa es el contenido de un determinado derecho fundamental (vertiente subjetiva/objetiva del derecho), y otra bajo qué condiciones se va a proteger ese derecho cuando se alegue su vulneración mediante el recurso de amparo (vertiente subjetiva/objetiva del recurso de amparo)» (Cfr. *Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español*. Año 18, N.º 53, Mayo-Agosto, 1998, p. 143). Desde un punto de vista rigurosamente técnico la afirmación parece tener sustento. Empero, la subjetivación del amparo suele encontrarse referida a aquellos supuestos en los que el proceso reduce su finalidad a la protección individual del agredido, mientras que por objetivación del amparo se alude a la necesidad de que éste se encuentre orientado a asegurar la plena vigencia del derecho en la integridad del ordenamiento o a resolver aquellos casos de especial relevancia social, es decir, cuando la cuestión controvertida trasciende de los intereses de la persona afectada. Por ello, para los fines de nuestro análisis asumiremos la vertiente subjetiva del proceso de amparo como aquella puesta fundamentalmente al servicio de la faz libertaria o individual del derecho, y su vertiente objetiva como aquella dirigida a garantizar la presencia del derecho como valor o institución proyectada en la sociedad toda.

recibido por un sector de la doctrina, pero que si no se le entiende en sus justos alcances, puede llevar a alguna confusión de consecuencias trascendentes. Un par de citas serán de utilidad para explicarnos.

Néstor Pedro Sagüés, sostiene, por ejemplo, lo siguiente: «*Si se acepta al amparo o tutela como ruta procesal subsidiaria, la acreditación de la inexistencia de otras vías para atender al derecho constitucional lesionado, o en su caso, de la falta de idoneidad de ellas para protegerlo adecuadamente (es decir, la presencia de agravio irreparable si ellas se usan), importa como regla un requisito o presupuesto de admisibilidad formal, cuya demostración compete al promotor de tutela, como carga procesal suya*»³³. En similar sentido, Eloy Espinosa-Saldaña, reseñando una tendencia hoy consolidada en la jurisprudencia argentina, refiere: «*La evaluación de la irreparabilidad del daño, debía hacerse con criterio objetivo, sin poder alegarse a la demora normal propia de cada proceso, los inconvenientes y molestias habituales para quien debe iniciar un proceso ordinario o la inactividad del afectado para plantear oportunamente los medios ordinarios de tutela de sus derechos como elementos para justificar la inmediata interposición de una demanda de Amparo. Era responsabilidad del demandante de Amparo alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho, si no su demanda será declarada inadmisibile*»³⁴.

Una errónea lectura de lo expuesto por estos reconocidos profesores (y que se deja entrever en diversas sentencias dictadas por la Corte Suprema Argentina³⁵), 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 (lo que supondría exigirle un conocimiento más o menos claro de la legislación procesal que resulte pertinente), 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.

33. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. *El rol subsidiario de la acción de amparo*. En: *Prudentia Iuris*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Mayo, 1993, p. 53.

34. Cfr. Espinosa-Saldaña, Eloy. *La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones*. En: AA.VV. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, 2005, pp. 151 y 152.

35. Para revisar algunos ejemplos, Vid. Revista Jurídica *La Ley*. Buenos Aires, 1983-B-100 y 1987-B-242.

A nuestro criterio, lo que en estricto debe pesar sobre los hombros del justiciable es sólo lo segundo. Y no por un exceso de «paternalismo jurisprudencial», sino porque 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* —aplicable en todo proceso, y no sólo en los constitucionales—, 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 CPConst).

Es justamente una aplicación del art. 5° 2 CPConst. contraria al criterio recién expuesto, la que está llevando a la judicatura a rechazar liminarmente demandas de amparo, sin tener siquiera la mínima consideración de comunicar al demandante cuál es aquella supuesta vía igualmente satisfactoria en virtud de la cual sólo se le ha permitido mirar la puerta del proceso de amparo sin poder abrirla.

Y consideramos que este problema no es de ribetes simplemente legales, puesto que afecta el canon de *suficiencia argumentativa* exigible a toda resolución judicial, so pena de vulnerar el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 139° 5 C); además de incidir sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139° 3 C), puesto que, como tempranamente expuso el TCE, para que la tutela judicial sea efectiva «*ha de ser explícita y fácilmente determinable, y no se puede obligar a un litigante a que averigüe y casi adivine en el conjunto del complejo ordenamiento procesal qué medios tiene para obtener la protección de sus derechos e intereses legítimos*»³⁶.

En tal sentido, entendemos que lo que verdaderamente constituye carga para el recurrente (entre otros factores, como demostrar la titularidad del derecho y la existencia del acto reclamado), es acreditar que, a la luz de las circunstancias del caso, existe un alto grado de posibilidades de que el daño constitucional alegado se torne irreparable. Este elemento, que podríamos denominar «factor de urgencia», será el protagonista del análisis subjetivo-sustancial del art. 5° 2 del CPConst. que expondremos en el acápite siguiente.

Finalmente, cabe otra interpretación subjetivo-formal de la cláusula de residualidad, ya no desde la perspectiva del modo cómo se encuentran reguladas las vías ordinarias, sino atendiendo a las particularidades del proceso de amparo. En efecto, el legislador del CPConst, atendiendo a la especialización

36. STCE[30/1984, F]. [3]

de la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales, ha dotado a ésta de una serie de mecanismos que no encontraremos en ningún proceso ordinario. Y, evidentemente, no nos referimos a las medidas cautelares (art. 15º CPConst) ni a la actuación inmediata de la sentencia (segundo párrafo art. 22º CPConst), pues ambas herramientas (más la primera que la segunda), también podremos encontrarlas en determinadas vías judiciales ordinarias.

Hacemos alusión, por ejemplo, a los distintos mecanismos que ofrece la actual legislación procesal constitucional para exigir el cumplimiento de una sentencia (art. 22º y 59º CPConst³⁷), a su obligatoria tramitación preferente (art. 13º CPConst³⁸) y a la posibilidad de reprimir, sin necesidad de instaurar un nuevo proceso principal, actos homólogos a aquél que dio lugar a la interposición de la demanda de amparo (art. 60º CPConst³⁹).

Ninguna de estas peculiaridades del proceso constitucional, es comparada por los procesos ordinarios, de modo tal que si circunscribimos el análisis comparativo a estos factores, difícilmente encontraremos una vía que goce

37. Art. 22º CPConst: «(...) Para su cumplimiento [el de la sentencia], y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial (...)».
- Art. 59º CPConst: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. (...)».
38. Art. 13º CPConst: «Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes».
39. Art. 60º CPConst: «Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez

de las mismas capacidades del proceso constitucional de amparo para satisfacer la pretensión.

Empero, si así actuáramos, nuevamente estaríamos realizando un estudio abstracto de una regla que exige un examen concreto, es decir, a la luz de las circunstancias del caso. Y es que si —como se verá a continuación— el proceso de amparo ha pasado a ser un proceso de urgencia, resulta evidente que las particularidades recién reseñadas, son privativas de esta clase de vías y no extensibles a procesos que, sin perjuicio de encontrarse «equipados» para la protección de derechos constitucionales, no requieren gozar de un *plus* de medios heroicos de protección, por el sencillo motivo de que no tendrán que enfrentarse a aquellas causas reservadas al proceso de amparo por el apremio que les es inherente.

B) Interpretación subjetivo-sustancial.

El proceso de amparo tiene tres prepuestos o exigencias procesales substanciales a su naturaleza y finalidad: a) que el derecho que se alega afectado sea constitucional; b) que se encuentre acreditada su titularidad; y, c) que también lo esté la existencia del acto reclamado⁴⁰.

Ello ha sido expuesto en estos términos por el TC: «[m]ediante este proceso [el de amparo] no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [El sistema del derecho de amparo, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] `en el (...) am-

de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente».

40. Es cierto, sin embargo, que a estas reglas de procedencia se pueden sumar otras, ya no consubstanciales, sino instituidas por una política legislativa desenvuelta dentro del marco de lo constitucionalmente posible. Nos referimos, por ejemplo, a la necesidad (salvo determinadas excepciones) de agotar la vía administrativa previa (5° 4° CPConst), a la previsión de un plazo de prescripción (art. 5° 10 CPConst), entre otras. (Sobre las reglas de procedencia del amparo Cfr. — por todos — Abad, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 100 a 131).

pero hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador. Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses `subjettivos´ contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación `tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores´ [BverfGE, 82, 30 (38-39)]. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso»⁴¹.

Así pues, desde luego, incumplida alguna de las reglas de procedencia, la demanda será declarada improcedente. Sin embargo, una vez constatada su existencia, el asunto se reduce a una valoración de puro derecho, consistente en evaluar si el acto reclamado incide o no en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental titularizado por quien se dice afectado. De ser así, la demanda será estimada. En caso contrario, será declarada infundada.

Entre los presupuestos procesales inherentes al proceso de amparo, no hemos mencionado la necesidad de sustentar el denominado «factor de urgencia». ¿Por qué?. La respuesta es sencilla: porque no lo es. Incorporar ese requisito es un asunto de política legislativa.

Y es que una cosa es afirmar que el amparo es un proceso sumario —que lo es⁴²— y otra muy distinta afirmar que, «de modo natural», todo lo que en él se resuelve exige absoluta sumariedad. Decir que el proceso de amparo se encuentra destinado a la protección de derechos constitucionales, no es sinónimo de afirmar que se configura como una «tutela jurisdiccional de urgencia»⁴³, por el sencillo motivo de que no toda causa en la que se encuentre en debate la posible vulneración de un derecho constitucional exige una resolución urgente!. Varias sí, pero no todas.⁴⁴

41. STC 0976-2001-AA, FF.JJ. 3.

42. Vid. arts. 53°, 57°, 58°, 18° y 20° CPConst (en ese orden).

43. Sobre este concepto, Vid. Cairo, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra, 2004, pp. 174 a 179.

44. Como se deduce de la naturaleza del amparo, su sumariedad deriva de la cuestión de mero derecho que se discute en él, pero no necesariamente del hecho (incuestionable, por cierto) de que se encuentra orientado a proteger derechos constitucionales, pues —insistimos— no toda afectación de un derecho constitucional requiere una resolución sumaria.

De este modo, que la afectación o amenaza de un derecho constitucional requiera una tutela de urgencia es una presunción *iuris tantum*, sólo susceptible de convertirse en una presunción *iure et de iure*, si no se exige constitucional o legislativamente al demandante acreditar, siquiera *prima facie*, la necesidad de acudir a un proceso sumarísimo como el amparo, para tutelar su derecho constitucional.

Cuando el legislador del CPConst. ha previsto en su art. 5º 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 *ex novo* —es decir, no derivable de la propia naturaleza del proceso de amparo— conforme al cual, es deber del recurrente demostrar que de un análisis sustancial de los hechos que rodean su caso, se deriva la necesidad de una resolución pronta a efectos de garantizar la adecuada protección de su derecho constitucional. 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?. Una respuesta afirmativa impedirá la aplicación del artículo *sub examine*, la respuesta contraria dará lugar a la improcedencia de la demanda.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la tentación de acudir a una lectura subjetivo-formal de la cláusula, hará que alguno considere que incluso en los supuestos de «tutela de urgencia», el artículo 5º 2 CPConst resulta aplicable, pues casi siempre existirá en la vía ordinaria la posibilidad de atender debidamente la pretensión del recurrente, dada la existencia de medidas cautelares.

Consideramos, empero, que dicha lectura (como todas las formales), implica una absoluta abstracción de la realidad, en desmedro del análisis sustantivo del asunto. Nos explicamos: Ciertamente es que teóricamente a través de las medidas cautelares innovativas o las de no innovar, es posible alcanzar, con la misma prontitud, aquello que pudiera pretenderse en un proce-

Como bien ha referido Francisco Rubio Llorente, en materia de derechos fundamentales también puede haber «parvedad de materia» (Cfr. *El trámite de admisión del recurso de amparo*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 60, Octubre-Diciembre, 1988, pp. 507 y ss). Comparte la afirmación Pedro Cruz Villalón (Cfr. *Sobre el amparo*. En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo-Agosto, 1994, p. 19). Siendo así, la pregunta no es si en dichos casos se hace precisa o no la defensa del derecho conculcado (pues, definitivamente, la respuesta es afirmativa), sino si es preciso encomendar a un proceso de características tan excepcionales como el amparo, la dilucidación del asunto.

so de amparo. No obstante, quienes defienden la tesis de que ello enerva la procedencia del amparo constitucional, olvidan que será justamente el peligro en la demora —necesariamente existente para dictar una medida cautelar— el que impedirá exigir al justiciable replantear su demanda en otro proceso, más allá de que teóricamente, por las herramientas de las que goza éste (medidas cautelares), pueda aparecer como igualmente satisfactorio. Y es que a la luz de las circunstancias concretas (perspectiva subjetivo-sustancial), y al margen de lo que diga el papel, en los hechos el proceso ordinario se habrá tornado potencialmente no satisfactorio.

Es por ello que no podemos compartir la postura del profesor argentino Sagüés, cuando señala que *«si el perjudicado por un acto lesivo tiene un trámite procesal para exigir la conclusión del agravio, y en ese trámite tiene la posibilidad de plantear medidas de no innovar (que pueden paralizar la ejecución de aquel acto lesivo) o medidas innovativas (que retrotraen el estado de las cosas al estado anterior de la lesión, v.gr., levantando la clausura de un local) la necesidad de recurrir supletoriamente al proceso de tutela se desvanece»*⁴⁵. Eso es en teoría; se olvida que en la práctica, para cuando el juez constitucional deba razonar sobre el particular, el caso de urgencia ya estará planteado, y que, justamente, por ser de urgencia, se encontrará constitucionalmente proscrita la posibilidad de derivar la protección del derecho fundamental a proceso ordinario alguno.

Por el contrario, entonces, debemos sumarnos a la conclusión del profesor peruano Castillo Córdova, cuando afirma que *«[n]o sirve como argumento para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario idóneo para la salvación de un derecho constitucional, el que en su interior pueda interponerse una medida cautelar»*⁴⁶, aunque, ciertamente, por razones parcialmente distintas a las por él expresadas⁴⁷.

Asunto distinto es que la existencia de medidas cautelares en los procesos ordinarios sea una razón de mayor abundamiento para justificar el rechazo de un amparo que tiene por objeto solicitar una tutela que en la fecha de interposición de la demanda, no evidencia requerimiento de solución fulminante.

45. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. Op.cit. p. 155.

46. Cfr. Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Piura/Lima: Universidad de Piura/ARA Editores, 2004, p. 182.

47. Son dos las razones que tiene Castillo para no aceptar la tesis de las medidas cautelares como criterio para ubicar vías igualmente satisfactorias: *«Primero, que la respuesta que se obtenga mediante una medida cautelar no es una respuesta definitiva; y segundo, que el proceso constitucional también prevé medidas cautelares aún dentro de un proceso sumarísimo»* (Ibid. loc.cit.). No obstante, que la adopción de una medida cautelar sea, por antonomasia, provisional, en nada invalida su condición

Por otra parte, el hecho de que en otros ordenamientos jurídicos la incorporación del «factor de urgencia» como presupuesto para dar lugar al proceso constitucional *de la libertad*, se encuentre previsto en sus propias Constituciones, ha llevado a que se alegue que su ausencia en la Constitución peruana, genera la inconstitucionalidad del art. 5° 2 CPConst.

Así, por ejemplo, el profesor Castillo Córdova, tras un análisis del art. 200° C, sostiene que «*si en los hechos ocurre una amenaza o una violación efectiva de un derecho constitucional, el mecanismo procesal constitucional previsto por la misma Constitución son las garantías constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Será inconstitucional toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a este mecanismo ante la afectación de un derecho constitucional*». Para luego referir que «*el único modo 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 él (...). Lo que está prohibido es obligarle. Y es que del texto constitucional brota la alternatividad en los procesos constitucionales que defienden derechos constitucionales*»⁴⁸.

Esta afirmación, llevada al extremo, bien podría significar que en el art. 200° C, además de preverse mecanismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos constitucionales, se ha constitucionalizado el capricho, pues, literalmente, si al justiciable que considera afectado un derecho constitucional «le viene en gana» acudir al proceso de amparo, poco importará que entre los procesos ordinarios existan vías instauradas para otorgar plena (y, por tanto, oportuna) satisfacción a su pretensión. Sencillamente, no existiría modo constitucional de impedirsele.

De ser esto cierto, en efecto, el art. 5° 2 CPConst. o cualquier otro que se le parezca, sería inconstitucional. Ocurre, sin embargo, que encontramos muy difícil (en realidad, imposible) que lo sea.

de vía incidental plenamente satisfactoria, en el correcto entendido de que si posteriormente es variada, será sencillamente porque desapareció la apariencia del derecho que, en principio, la justificó; en otras palabras, porque durante el proceso habrán surgido elementos razonables o concluyentes para afirmar que no existe afectación constitucional de ningún orden.

Reafirmamos que la razón por la que queda excluida la medida cautelar prevista en una vía ordinaria, como una vía satisfactoria, es sustancial y no formal: siendo que al caso ya planteado en amparo es consubstancial el peligro en la demora, el tiempo impedirá derivarlo a la vía ordinaria, aún cuando la previsión legislativa de medidas cautelares, formalmente, la hagan aparecer como igualmente satisfactoria.

48. Ibid. loc. cit. pp. 183 y 184.

Lo que pretende el art. 200° C, es la necesaria institucionalización de procesos *ad hoc* orientados a la adecuada protección de los derechos constitucionales, pero de ello en modo alguno podría derivarse la proscripción de que dicha defensa pueda ser llevada a cabo también por medio de otros procesos, en la medida, claro está, de que resulten, para tales efectos, y en atención a las particularidades de cada pretensión, «adecuados» y «eficaces».

Considerar inconstitucional el art. 5° 2 CPConst, a nuestro criterio, supone una incorrecta interpretación del derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y una irrazonable restricción de las competencias del legislador para regular derechos que, como el de tutela jurisdiccional efectiva (art. 139° 3 C), son de configuración legal.

Dichas competencias, desde luego, tienen como límite el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, pero a ellas en modo alguno les son oponibles restricciones que van más allá de las constitucionalmente exigibles, pretendiendo limitar el ámbito de desenvolvimiento válido de la política legislativa.

Por otra parte, para hacer frente a una supuesta incompatibilidad entre la cláusula de residualidad del amparo y el art. 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁹, hacemos nuestra la siguiente reflexión de Espinosa-Saldaña: «*En realidad, si analizamos lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como el Velásquez Rodríguez (con sentencia del 29 de Julio de 1988) y sobretudo a lo prescrito en sus párrafos 60 y 66, apreciaremos que lo requerido por el Alto Tribunal Internacional no es solamente la existencia de medios procesales, sino la certeza de que estos son adecuados y eficaces para determinar si se ha incurrido en una violación de los derechos involucrados y se han tomado las medidas necesarias para recuperar su pleno ejercicio. Fíjense que no se habla de estar ante medios procesales ordinarios o especiales y específicos para la tutela de*

49. Art. 25° CADH.- «1. Toda persona tiene 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 por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso
b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

dichos derechos: solamente debe asegurarse una defensa adecuada y eficiente. El hecho de que el amparo pase a ser residual y deje de ser alternativo no afecta per se esta situación, siempre y cuando pueda acreditarse que los medios ordinarios de protección previstos satisfagan los requerimientos de adecuación y eficacia (...)»⁵⁰.

Y es que lo que le interesa al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es que la protección jurisdiccional sea, en todo caso, «efectiva», al margen del «rótulo» con el que venga presentado el proceso encargado de dispensarla.

Ante cada afectación de los derechos fundamentales debe existir una vía jurisdiccional encargada de invalidarla. La configuración procesal que deba tener dicha vía para hacerlo con efectividad, vendrá determinada por las características concretas que la alegada afectación presente. Lo que no puede decirse es que al margen de las condiciones que rodeen la susodicha vulneración, el sistema constitucional y/o internacional imponga una única fórmula procesal con la cual hacerle frente.

Es inevitable sospechar que en la alegada inconstitucionalidad de la *cláusula de residualidad*, subyace un temor o poca fe frente a lo que el Poder Judicial pueda hacer en lo que a la defensa de los derechos fundamentales respecta. Resulta, sin embargo, que dicha desconfianza no desencadena en modo alguno la inconstitucionalidad del art. 5º 2 CPConst.

Cabe recordar que incluso cuando el amparo era alternativo, y toda afectación de los derechos constitucionales debía necesariamente meritarse a través del amparo (si así lo deseaba el recurrente), el Poder Judicial estaba llamado a ser el primer protector de dichos derechos (en instancia doble), y sólo en caso de resoluciones denegatorias (art. 202º 2 C), el TC. Y es que en el sistema constitucional peruano —tal como ocurre, por ejemplo, en España⁵¹— la tutela de los derechos fundamentales, tanto desde un punto de vista orgánico como procesal, es difusa y no concentrada. Pues la Constitución no ha confiado sólo al TC su defensa, ni tampoco ha establecido que sólo a través del proceso de amparo puedan ser protegidos.

C) Interpretación objetivo-formal.

Tal como señaláramos, los procesos constitucionales tienen también una dimensión objetiva, que pretende garantizar una protección adecua-

50. Cfr. Espinosa-Saldaña, Eloy. Op. cit. p. 154, nota 16.

51. Cfr. Cruz Villalón, Pedro. Op. cit. pp. 11 a 12. En el mismo sentido, Vid. Aragón Reyes, Manuel. *Problemas del recurso de amparo*. Op. cit.

da, uniforme y constante del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, de forma tal que cada caso no se agote en la justicia constitucional administrada en la esfera subjetiva del demandante, sino que sea el instrumento que viabilice la consolidación de tales derechos como un sistema de valores, y que, a su vez, contribuya a pacificar y ordenar no sólo un conflicto intersubjetivo de intereses, sino un mayor ámbito de la sociedad.

Un artículo del CPConst. que se encuentra particularmente destinado a la protección de esta dimensión objetiva, es el primero, en el extremo que señala: *«Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza [del derecho constitucional] por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda»*.

Dicho de otro modo, a pesar del decaimiento del interés subjetivo al interior del proceso (porque por vía de los hechos la pretensión ha sido satisfecha, o porque nunca podrá serlo), el juez constitucional se encuentra en capacidad de dictar una sentencia estimatoria, con el objeto de lograr que el emplazado se abstenga de incurrir en actos similares en el futuro, no sólo con relación a la esfera subjetiva del recurrente, sino de la colectividad en general.

Este precepto, que desafía a la teoría general del proceso, y que sólo puede ser entendido desde la teoría del Derecho Procesal Constitucional, no tiene parangón en ningún proceso ordinario. De ahí que quepa afirmar que si de lo que se trata es de conceder una satisfactoria protección a los derechos fundamentales en sus dos dimensiones, ningún proceso habrá en el ordenamiento que sea capaz de conseguir lo mismo que el amparo, pues a diferencia del primero, éste último garantiza proyectar una protección institucional de su faz objetiva, incluso en aquellos casos en los que su vertiente subjetiva se encuentre ya protegida o no pueda serlo. Así pues, siendo que ningún proceso distinto del constitucional puede alcanzar tal cometido, el art. 5° 2 CPConst. no tendría supuesto de aplicación.

Tentadora lectura. Sin embargo, consideramos que si el sólo texto del art. 1° CPConst. pretendiese ser utilizado como argumento para desechar toda vía ordinaria como igualmente satisfactoria, se estaría incurriendo en el error de olvidar que aunque la finalidad del artículo es, en efecto, de alcance objetivo, su aplicación se encuentra sometida a un análisis subjetivo.

En efecto, no sólo resulta que la disposición no tiene posibilidad de aplicarse si no desaparece el interés para obrar del afectado, sino que, según reza el precepto, es «*atendiendo al agravio producido*», y no en todos los casos, que el juez constitucional puede aplicarlo. ¿Agravio producido a quién? cabría preguntar. Pues al recurrente.

De este modo, son la desaparición del interés subjetivo y la gravedad o levedad del agravio producido a la esfera subjetiva del afectado, las variables que permiten o niegan la posibilidad de aplicar el art. 1° CPConst. Y si es un análisis caso por caso el que condiciona su aplicación, cuanto dispone no puede ser utilizado, sin más, como un argumento que pretenda negar de manera absoluta la existencia de vías procesales que puedan resultar igualmente satisfactorias al proceso constitucional de amparo.

D) Interpretación objetivo-sustancial.

Ante todo, debemos advertir que a diferencia de la interpretación subjetivo-sustancial del art. 5° 2 CPConst, en la que, por evidentes razones, el protagonista es el juez constitucional de la primera instancia del amparo, en la interpretación objetivo-sustancial, corresponde al TC situarse en el centro del análisis.

Descartadas las interpretaciones formales (tanto subjetiva como objetiva) del art. 5° 2 CPConst, y acogida su interpretación subjetivo-sustancial, hemos tratado de demostrar, hasta el momento, que el amparo constitucional se ha convertido en un proceso excepcional o extraordinario, sólo viable en aquellos casos en los que se encuentre presente el «factor de urgencia». Se ha dicho que toda otra causa deberá ser resuelta por las vías procesales ordinarias, capaces también de proteger derechos fundamentales.

Sin embargo, bien puede ocurrir que los asuntos de relevancia constitucional no urgentes desde una dimensión subjetiva, sean indebidamente resueltos por la jurisdicción ordinaria. En otras palabras, 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 manifestamente infundadas. Ello puede suceder, entre otras razones, por no seguir la jurisprudencia vinculante del TC, o, simplemente, porque ella no existe o se encuentra confusamente formulada.

En estos casos, las vías que desde una perspectiva subjetivo-sustancial aparecían como igualmente satisfactorias, en realidad no lo están siendo. A partir de una visualización de la tendencia de la jurisprudencia, es decir, de

aquello que la doctrina italiana ha denominado *diritto vivente*⁵², se observa cómo la protección de los derechos constitucionales se debilita con el cotidiano actuar del Poder Judicial. ¿Qué hacer en estos casos?

Consideramos que en estos supuestos se justificaría una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, de manera tal que, cuando menos en un caso (aunque podrían 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 CPConst⁵³) que resulte necesario para encausar o reencausar en la jurisdicción ordinaria la debida tutela del derecho o los derechos constitucionales de que se trate.

Y dado que en estas circunstancias, antes que como un órgano tutelar de derechos subjetivos, el TC actuaría como un unificador o integrador de la jurisprudencia, sería preciso que no mantenga una apreciación clásica del concepto de precedente⁵⁴, sino, antes bien, una visión más amplia de la institución.

Como bien señala Michele Taruffo, la definición de lo que en una sentencia constituye *ratio decidendi*, no está sujeta a supuestas verdades irrefutables: «*Tal vez se trata del criterio usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en*

52. Sobre los alcances de este concepto, Vid. De la Vega, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 184 a 212.

53. Art. VII Título Preliminar CPConst.: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)».

54. A pesar de que algunos — merced a una lectura sesgada del concepto de precedente — se lo exigen. (Vid. Ariano Deho, Eugenia. ¿Principio de «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional? Algunas glosas a la sentencia del «caso Anicama». En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N.º 85, Año 11, Octubre 2005, pp. 33 a 35). Decimos sesgada, pues nos sorprende la facilidad con la que pretende hacerse extensivo el concepto estadounidense de precedente (que, por cierto, ni siquiera en sí mismo es pacífico) a ordenamientos sustancialmente distintos como el nuestro. Cabe recordar que, sin dejar de lado las significativas similitudes que hoy por hoy existen entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Tribunales Constitucionales, sus realidades y funciones no dejan de tener diferencias importantes (Cfr. Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (el estudio preliminar). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 20 a 58).

vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la regla *iuris*, o ambas»⁵⁵.

A nuestro juicio, es importante que el TC, cuando menos en los primeros años de vigencia del CPConst, no de la espalda a ninguno de estos conceptos de *ratio decidendi*, pues en la medida de que respete la claridad que le exige el art. VII Título Preliminar CPConst, todos ellos, en algún momento, podrían ser de utilidad en la necesidad de cumplir debidamente sus funciones de valoración, ordenación y pacificación⁵⁶.

Por otra parte, una acepción flexible de la regla o principio normativo que pueda ser considerado precedente vinculante en una sentencia del TC, no desembocaría en la imprevisión, puesto que a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos comparados en los que la definición de aquello que constituye precedente usualmente corre por cuenta del juez sucesivo, en el caso del ordenamiento jurídico peruano corre por cuenta del TC, a quien se le ha encomendado precisar «el extremo de su efecto normativo» (art. VII Título Preliminar CPConst).

Que sea el juez emisor y no el sucesivo, el encargado de fijar razonablemente el contenido normativo vinculante de la decisión, no es novedad en nuestro medio. A nivel administrativo y en mérito del artículo 43° del Decreto Legislativo N.º 807, esa ha sido la tendencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Lo propio ha ocurrido en el caso de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, en aplicación del art. 301-A del Código Procesal Penal.

Entre nosotros, Luis José Díez Canseco califica el fenómeno como una «feliz adaptación del sistema romano al anglosajón»⁵⁷, mientras que en España un eximio defensor de esta tendencia ha sido Rubio Llorente, quien reclama al TCE la incorporación al fallo de las *rationes decidendi*, de modo tal que sea plenamente reconocible para el Poder Judicial el precedente contenido en la

55. Taruffo, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. En: Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación / Escuela Judicial Electoral, 2003, p.199.
56. Sobre estas funciones del TC, Vid. Jiménez Campo, Javier. ¿Qué hacer con la ley inconstitucional?. En: AA.VV. La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 24 a 33.
57. Cfr. Díez Canseco, Luis José. *Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial*. En: Revista de Economía y Derecho. Lima: Fondo Editorial UPCB-Sociedad de Economía y Derecho. N.º 2, Otoño 2004, p. 19.

sentencia y sea posible garantizar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento constitucional⁵⁸. En la misma dirección apunta López Pietsch, quien haciendo alusión a los magistrados del TCE, refiere que «*son ellos quienes (...) pueden identificar con mayor facilidad las rationes decidendi de sus sentencias y, en general, conocen mejor que nadie el complejo entramado de cuestiones funcionales y sustantivas que subyace a la jurisprudencia constitucional, y que no siempre sale a relucir en toda su amplitud en los fundamentos jurídicos de las sentencias*»⁵⁹.

Es justo reconocer, sin embargo, que, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene una tesis contraria, refiriendo que no es el propio juez o tribunal que dicta la sentencia el encargado de determinar cuál es su *ratio decidendi*, sino el juez posterior⁶⁰. Tesis que es defendida por Bernal Pulido, criticando un proyecto para la reforma de la justicia en Colombia que pretende incorporar al ordenamiento una disposición que exija a la Corte fijar explícitamente los contenidos normativos vinculantes de sus sentencias⁶¹.

No obstante, consideramos que en esta postura subyace una confusión: una cosa es que el juez sucesivo tenga la capacidad de determinar si el precedente sentado en un caso anterior es aplicable al caso que debe resolver⁶², y otra muy distinta que un Tribunal no tenga las potestades para explicitar la *ratio decidendi* de sus propias sentencias. Consideramos que en un sistema que recién empieza a conocer la valía de la sentencia constitucional como fuente de derecho, tal potestad no sólo resulta posible, sino necesaria.

En un sistema jurídico como el nuestro que carece de raigambre jurisprudencial, el *principle of percolation* que rige en el sistema norteamericano y conforme al cual la interpretación de las normas por parte de los jueces comúnmente es consecuencia de un precipitado de resoluciones judiciales⁶³,

58. Cfr. Rubio Llorente, Francisco. Ponencia recogida en AA.VV. La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994. Madrid: Tribunal Constitucional / CEC, 1995, pp. 153 a 154.

59. López Pietsch, Pablo. Op. cit. p. 139.

60. Cfr. SU-047 de 1999; C-039 de 2003.

61. Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El precedente constitucional*. En: El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176 a 180.

62. En el sistema de los Estados Unidos, el elemento diferenciador (*distinguish*) es fundamento válido para que el tribunal inferior pueda considerar no aplicable al caso que debe resolver el precedente dictado en un caso similar por el Tribunal Supremo.

63. Vid. Ahumada Ruíz, María Ángeles. *El «Certiorari». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo-Agosto, 1994, p. 120 y ss. Aún cuando esta misma autora expone cómo incluso en el sistema norteamericano

difícilmente tendría posibilidad de éxito. Es por ello que en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de interpretación constitucional, en general, no sólo resulta vital que los precedentes se proyecten verticalmente desde el TC de manera expresa, sino que ellos deben ser fundamento para deconstruir el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (art. 2º 2 C) —analizado «relacionalmente» con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º 3)—, de modo tal que el alejamiento arbitrario del precedente por parte de los jueces, dé lugar a la afectación de aquél y, consecuentemente, a habilitar el proceso de amparo, en el correcto entendido de que acreditada la inobservancia del precedente, no sólo quedará acreditada, a su vez, la ausencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho fundamental cuya afectación dio pie a la demanda planteada en la vía ordinaria, sino también una nueva afectación constitucional al interior del proceso ordinario, sólo susceptible de ser reparada a través del proceso constitucional de amparo.

Asimismo, tal como ocurre con los casos de «insumisión» judicial en los Estados Unidos⁶⁴ o en España⁶⁵, consideramos imprescindible que los casos flagrantes y deliberados de apartamiento del precedente vinculante dictados por el TC, sean debidamente sancionados.

También será necesario, desde luego, que, tal como ha venido sucediendo en casos recientes⁶⁶, el TC sea lo suficientemente preciso en definir el contenido normativo vinculante de su decisión, justificando debidamente el modo cómo se ha arribado a él. La legitimidad de la regla o principio que pretenda proyectarse como precedente reposará en la constitucionalidad y razonabilidad de la argumentación que le sirva de sustento. El juez ordinario debe reconocer la legitimidad del precedente normativo, de modo tal que se sien-

existen casos en los que el Tribunal Supremo no espera a que el proceso de *percolation* culmine (ni siquiera que se inicie) e ingresa a definir inmediatamente el asunto con efectos vinculantes (Ibid. loc. cit. p. 121).

64. País en el que la inobservancia injustificada y deliberada del precedente dictado por el Tribunal Supremo puede ser sancionada con la separación temporal o permanente del servicio (Vid. Ibid. loc. cit. p. 125, nota 73).
65. El art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, establece que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»; y el art. 417 de la misma ley señala que «Son faltas graves: 1. El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el art. 5.1 de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme».
66. V.g. los fallos de las STC 4677-2004-PA; 1417-2005-PA; 5854-2005-PA, entre otros.

ta vinculado por él, aunque no lo comparta. El TC debe ser consciente que la institucionalización de la doctrina del precedente no queda garantizada con su sola previsión legal, sino además, y fundamentalmente, con el razonable uso que de ella se haga. Un TC no tiene garantizado el respeto con su nombre, sino con sus decisiones y la debida fundamentación que en ellas resida. La precisión, razonabilidad y publicidad del precedente son pues factores imprescindibles para su consolidación.

De otro lado, cabe recordar, tal como lo ha precisado el TC en reciente sentencia, que *«cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)»*⁶⁷. Y es que, como resulta evidente, en salvaguarda de una pretendida independencia judicial absoluta, desvinculada de la jerarquía material constitucional que existe al interior del Poder Jurisdiccional y que se encuentra liderada por el TC, no puede desprotegerse el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela jurisdiccional efectiva⁶⁸.

En este orden de ideas, a través de una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, se institucionalizaría una suerte de *writ of certio-*

67. STC[0030-2005-PI, FJ. 48.

68. Como bien apunta Carrasco Durán, «no cabría pensar en supuesto más patente de resolución judicial irrazonable que el de aquella que, teniendo la obligación de aplicar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se apartara conscientemente de ella para interpretar algún derecho fundamental de forma distinta» [Cfr. El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo. En: REDC. Año: 21, N.º 63, Septiembre-Diciembre, 2001, p. 104. En sentido similar, David Giménez Gluck refiere que «el único precedente judicial que están obligados a observar, y de manera rígida, los Tribunales ordinarios es el que se constituye por las Sentencias del Tribunal Constitucional» [Cfr. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona: Bosch, 2004, p. 49, nota 40). Más audaz es López Guerra, al sostener que «el juez se encuentra ante una pirámide normativa en la que ya no ocupa en todo caso la ley el escalón superior. Pues, aparte de la

rari que permitiría al TC, con algún grado de discrecionalidad, escoger 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.

Debe recordarse que esta institución de origen estadounidense, ha tenido eco, con particularidades propias, en ordenamientos como el colombiano⁶⁹, el alemán⁷⁰ y el español, en el que tras algunos intentos de objetivar (por

misma Constitución, por encima del texto legal puede situarse la interpretación que de él haga el Tribunal Constitucional, mediante su doctrina» (Cfr. El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*. En: El Tribunal Constitucional. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, p. 1, 439, nota 6).

69. El art. 33º del Decreto N.º 2591 (del 19 de noviembre de 1991) que regula la acción de tutela (similar del proceso de amparo) en Colombia, establece: «Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión pueda aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses».

70. El artículo 93a de la Ley Orgánica del TCFA, tras la reforma realizada el 11 de agosto de 1993, establece lo siguiente:

«1. Las demandas de amparo requerirán admisión a trámite.

2. Deberán ser admitidas a trámite:

a) En la medida en que les corresponda relevancia constitucional fundamental.
b) Cuando esté indicado para hacer valer los derechos mencionados en el artículo 90, ap. 1.º; podrá también ser éste el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave.»

(Para una descripción sobre los avatares y expectativas de esta reforma Vid. Rodríguez Álvarez, José Luis. *Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde*. En: REDC. Año 14, N.º 41, Mayo-Agosto, 1994, pp. 139 a 148.)

La insuficiencia de esta reforma para descongestionar la enorme carga procesal que ha impedido racionalizar los esfuerzos del TCFA en la resolución de las causas verdaderamente merecedoras de una sentencia sobre el fondo, dio lugar a que en 1997, a petición de los propios magistrados del TCFA, se formara una comisión encargada de proponer una nueva reforma en el trámite de admisión del recurso de amparo. La propuesta — que se inspiró mucho en los trabajos doctrinales de Rainer Wahl y Joachim Wieland. Op. cit. pp. 11 a 35 — fue finalmente presentada en diciembre de 1997. El texto que sustituiría al actual artículo 93a de la LOTCFA, es el siguiente: «El Tribunal Constitucional puede admitir un recurso de amparo. Para ello tendrá en cuenta si su decisión resulta de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos fundamentales.» Como es evidente, la idea es pasar de una discrecionalidad relativa a una discrecionalidad absoluta en materia de recursos de amparo al más puro estilo norteamericano. (Un análisis completo de esta propuesta de reforma y su incidencia en el debate español, en López Pietsch, Pablo. Op. cit. pp. 115 a 151.)

vía jurisprudencial) el proceso de amparo constitucional ante el TC⁷¹, hoy se pretende lograrlo por vía legislativa⁷².

A partir de una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPCConst, también cabría que el TC conozca los procesos de amparo planteados con relación a derechos fundamentales que aún no han merecido pronunciamiento, 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 ordinaria⁷³. Asimismo, el TC tendría la obligación de asumir nuevamente un asunto respecto del cual es preciso modificar el precedente anteriormente establecido (*overruling*).

En suma, a partir del análisis conjunto de las lecturas subjetivo-sustancial y objetivo-sustancial, se propone reservar la actuación de la jurisdicción constitucional en el proceso de amparo, para asuntos de real trascendencia subjetiva u

71. En efecto, a partir de una reinterpretación de lo previsto en el artículo 50º c) de su Ley Orgánica («La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia, la inadmisión del recurso [de amparo] cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: (...) c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional»), han existido intentos jurisprudenciales del TCE (v.g. STCE 147/1994; STCE 174/1994; STCE 247/1994; STCE 113/1995) por instaurar un margen amplio de discrecionalidad en la admisión del recurso de amparo constitucional. (Vid. Requejo Pages, Juan Luis. *Hacia la objetivación del amparo*. En: REDC, Año 14, N.º 42. Septiembre-Diciembre, 1994, pp. 153 a 161. También Cfr. Girón Reguera, Emilia. *Semejanzas y diferencias entre el proceso de amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana como instrumentos de protección de los derechos fundamentales*. En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. N.º 20/21, Valencia, 1997, pp. 97 a 117)
72. De conformidad con el art. 20º del Proyecto de Ley N.º 121/000060, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de España, publicado el 25 de noviembre de 2005, el artículo 50º b) de la LOTCE, quedaría redactado del modo siguiente: «El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: (...) b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».
73. Aunque es cierto que en estos supuestos la ausencia de una vía igualmente satisfactoria tendría origen en una presunción del TC sustentada en el hecho de que la materia adolece de algún referente jurisprudencial que garantice su debida protección en los procesos judiciales ordinarios.

objetiva, bajo el presupuesto de que, en la generalidad de los casos, la defensa de los derechos fundamentales puede recaer en la jurisdicción ordinaria.

Y es que, tal como ha señalado el TC, «*debe recordarse que en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le compete a este Tribunal, sino que la comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos*»⁷⁴.

V. ¿AMPARO RESIDUAL O SUBSIDIARIO?

Se podría pensar que en realidad no hará falta adoptar una interpretación objetivo-sustancial del art. 5º 2 CPConst, en los términos que acaban de ser expuestos, puesto que si en la vía ordinaria no se remedia la afectación constitucional que dio lugar a la presentación de la demanda, siempre será posible iniciar un proceso de amparo contra la resolución judicial firme (art. 4º CPConst) que no otorgó adecuada protección a un derecho fundamental.

Dicho de otro modo, algunos podrían pensar que tratándose o no de una causa en la que se encuentre incorporado el «factor de urgencia», potencialmente siempre será posible que llegue al TC, pues incluso en aquellos casos carentes de apremio, será viable interponer una demanda de amparo contra la resolución judicial firme que no concedió protección constitucional al derecho.

No obstante, dicha posibilidad se encuentra proscriba por el art. 5º 3 CPConst, conforme al cual tampoco proceden los procesos constitucionales, «*cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional*».

Difícilmente podría interpretarse que en realidad la resolución judicial firme expedida en el proceso ordinario, constituye un «nuevo» acto lesivo del derecho fundamental, el cual, en estricto, nunca ha sido cuestionado en vía judicial alguna, por lo que el amparo resultará plenamente procedente⁷⁵. Consideramos que dicha interpretación llevaría a la instauración de un amparo subsidiario allí donde se ha proclamado un amparo residual o excepcional.

En efecto, una interpretación conjunta de los arts. 5º 2 y 5º 3 CPConst, denota la clara intención del legislador de que la vía ordinaria judicial no resulte

74. STC 0006-2003-AI, FJ. 1.

75. Recuérdese que el TC «recurre a esta suerte de «ficción» para permitir evaluar la constitucionalidad de los actos llevados a cabo por particulares, pues su Ley Orgánica sólo permite interponer el recurso de amparo constitucional contra los poderes públicos» (art. 41º 2).

una mera vía previa para la posterior e indefectible procedencia del amparo ante la supuesta afectación de un derecho constitucional (subsidiariedad)⁷⁶, sino de que su debido y justificado uso configure una causal de improcedencia para volver a merituar un asunto que ha sido considerado por la jurisdicción ordinaria como desestimable.

Desde luego, situación distinta se presentará cuando la supuesta afectación constitucional tenga su origen en el mismo proceso judicial (o como consecuencia de impedir el acceso a éste). En estos supuestos (a los que se refiere el art. 4º CPConst), el amparo presentado contra la resolución judicial firme deberá proceder, pues dicha resolución será, en todo el sentido del término, «el acto lesivo», y no la mera confirmación de un acto supuestamente inconstitucional suscitado antes del proceso ordinario y con ocasión del cual éste fue promovido.⁷⁷

Por ello consideramos que la residualidad o excepcionalidad del amparo impone que su procedencia contra resoluciones judiciales firmes quede circunscrita a aquellos supuestos de vulneraciones de derechos fundamentales originadas *intra processum*, contra aquellas resoluciones que impidan

76. Esta articulación subsidiaria entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, se aprecia en el ordenamiento jurídico español, en el que la impugnación de los actos administrativos inconstitucionales debe realizarse primero ante la jurisdicción ordinaria (sea acudiendo al «amparo judicial» o, alternativamente, al proceso contencioso-administrativo ordinario), y sólo agotada ésta (es decir, subsidiariamente), ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo constitucional. La exigencia de agotar la vía judicial para impugnar los actos administrativos a través del recurso de amparo constitucional, se encuentra prevista en el art. 43º I LOTC. Ciertamente, sin embargo, que en España también cabe el recurso de amparo «directo» ante el TCE, para impugnar, por ejemplo, los actos del Poder Legislativo (art. 42 LOTC) o las decisiones de la Mesa del Congreso que inadmite una iniciativa legislativa popular (art. 6º de la LO 3/1984). (Sobre lo expuesto en esta nota Vid. — entre otros muchos trabajos — Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat. Los procesos constitucionales de amparo. Madrid: Colex, 1994, pp. 31 a 37; 94 a 95; y 189 a 195).

77. Sobre la sustancial diferencia entre la impugnación de un acto inconstitucional originado fuera de un proceso judicial y aquel que tiene su verificación dentro de éste, y la relación de esta diferencia con la subsidiariedad del amparo constitucional en el ordenamiento jurídico español, nos remitimos al excelente trabajo de Juan Luis Requejo Pages. *La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos*. En: REDC. Año 22, N.º 66, Septiembre-Diciembre, 2002, pp. 189 a 211. En realidad, en España, para la impugnación de los actos inconstitucionales en los que incurren los órganos judiciales, no opera la regla de la «subsidiariedad», sino la de «definitividad», puesto que en tales supuestos, a efectos de poder interponer el recurso de amparo constitucional, no se requiere instaurar un nuevo proceso judicial en el que se ventile el asunto, sino, simplemente, agotar todos los recursos utilizables dentro de la misma vía procesal en la que tuvo origen el acto reclamado (art. 44º I. a. LOTCE).

el acceso al proceso, o cuando resulte imprescindible una interpretación objetivo-sustancial de la residualidad, en aras de establecer el precedente normativo.

VI. REFLEXIONES FINALES.

El art. 5° 2 CPConst, constituye un verdadero desafío tanto para la jurisdicción constitucional como para la jurisdicción ordinaria. Por un lado, se ha confiado al criterio del juez constitucional la identificación de aquellos casos de relevancia constitucional que merecen una pronta dilucidación, a efectos de evitar la irreparable incidencia sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental. En esa medida, el juez constitucional debe comprender que de su adecuada o incorrecta valoración del «factor de urgencia», y de lo que en su criterio pueda constituir una vía ordinaria *igualmente satisfactoria*, dependerá si se concede protección oportuna a los derechos fundamentales o se les condena al despojo de la garantía jurisdiccional que hace de las disposiciones que los reconocen, verdaderos preceptos vinculantes.

Por otra parte, se ha reservado a la jurisdicción ordinaria la debida tutela de los derechos fundamentales en el resto de casos. Ello exige que el juez ordinario comprenda, hoy más que nunca, que la adecuada y eficiente protección de los derechos fundamentales no son funciones exclusivas de algún órgano *ad hoc*, sino que a él, en tanto miembro del Poder Jurisdiccional, competen también, en igual intensidad, dichas tareas. Para tales efectos, será deber de todos los jueces capacitarse para una pertinente valoración del contenido protegido por los derechos fundamentales, pues sólo así se encontrarán en condiciones de determinar cuándo corresponde declarar la inconstitucionalidad de algún acto. De otra parte, es deber del Estado adoptar medidas legislativas y logísticas que permitan potenciar a la jurisdicción ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales, sin perjuicio de implementar, cuanto antes, los juzgados especializados encargados de conocer los amparos en primera y segunda instancia, a los que hace alusión la Tercera Disposición Final CPConst.

Asimismo, el art. 5° 2 CPConst. representa una herramienta vital para que el TC, además de tutelar los derechos fundamentales en circunstancias de grave afectación subjetiva, logre objetivar el proceso de amparo, convirtiéndolo en un cauce orientado a unificar la jurisprudencia constitucional y a irradiar, a través del instituto del precedente, la protección de los derechos fundamentales de la colectividad en general.

Del desenvolvimiento eficiente y armónico de todos estos elementos depende el éxito de la incorporación en nuestro ordenamiento procesal constitucional de la *cláusula de residualidad* del amparo.

Por razones obvias, este estudio se ha encontrado circunscrito al proceso de amparo. Por otra parte, nuestro análisis se ha desenvuelto en la normativa vigente y no en alguna potencial reforma o complementación que pudiera haber. Sin embargo, ante el progresivo crecimiento de causas que llegan al TC⁷⁸, no nos son ajenas ciertas interrogantes: ¿Cabe incorporar al ordenamiento un instituto similar al *certiorari* para regular el acceso al TC en la totalidad de los procesos constitucionales *de la libertad*? Para tales efec-

78. A partir del año 2002, las causas ingresadas al TC cada año han ido en franco aumento. En el referido año, la totalidad de expedientes ingresados fueron 3,094, prácticamente el doble que el año anterior (1,585). Mientras que en el año 2005, sólo entre hábeas corpus y amparos, sumaron 8,571. Y el futuro inmediato no parece promisorio, pues sólo en los dos primeros meses del año 2006, ya han ingresado 1,587 expedientes. Lo curioso es que las causas que han merecido una sentencia total o parcialmente estimatoria, lejos de aumentar se han reducido: en el año 2002, fueron 782 y en el año 2004, 434. (Fuente: Oficina de Planeamiento y estadística del TC).

De esta manera, el aumento de causas que ingresan al TC, no parece ser sinónimo de una mayor cantidad de vulneraciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, lo que sí resulta evidente es que las improcedencias o causas manifestamente infundadas están demandando un tiempo que bien podría ser dedicado a analizar con tanto rigor como prontitud, los asuntos verdaderamente relevantes. «La justicia tardía no es justicia», suele decirse. El derecho a la duración razonable del proceso se encuentra reconocido implícitamente en nuestra Constitución (art. 139°(3)) y explícitamente en el artículo 8°(1) CADH, cuya vulneración ha dado lugar a cuatro sentencias estimatorias dictadas por la Corte Interamericana en los Casos Genie Lacayo vs. Nicaragua (párrafos 77 a 81), Suárez Rosero vs. Ecuador (párrafos 70 a 73), Ricardo Canese vs. Paraguay (párrafos 141 a 151) y Tibi vs. Ecuador (párrafos 168 a 177). (Cfr. Landa, César — compilador —. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2005, pp. 182 a 183, 369 a 370, 1167 a 1170 y 1248 a 1250).

Asimismo, tal como se refiere en el informe de la Comisión Benda, el retraso de los recursos de amparos ha dado lugar a sentencias estimatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Alemania, emitidas el 1 de julio de 1997 (Cfr. López Pietsch, Pablo. Op. cit. p. 121). Mientras que el retraso en la tramitación de un amparo se ha visto involucrado en la condena a España por vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (Vid. Sentencia TEDH, 7 de julio de 1989, Caso Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España. En: Díaz Revorio, Francisco Javier — compilador —. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2004, pp. 609 a 623. También, Cfr. Borrajo Iniesta, Ignacio. Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público. En: Cuadernos de Derecho Público. N.º 10, Mayo-Agosto, 2000, pp. 133 a 151; en especial pp. 134 a 137).

El Perú no debe esperar a que le ocurra algo similar para adoptar las medidas que permitan reducir el tiempo en la tramitación de los procesos, máxime si se

tos, ¿es necesario reformar la Constitución?⁷⁹ ¿Existe un derecho de acceso al TC en estos casos o la Constitución admite que ésta sea una posibilidad graciable? ¿Acaso la tutela jurisdiccional con todos sus alcances no queda agotada con la pluralidad de instancias cumplida en las dos instancias previas antes de llegar al TC? Esa famosa palabra «denegatorias», establecida en el artículo 202º 2 C ¿admite una interpretación en clave objetiva, distinta de aquella que hasta ahora ha prevalecido?

Nuestros propósitos inmediatos han quedado cumplidos con todo lo dicho hasta ahora. Reservemos alguna reflexión sobre estas interrogantes para un futuro cercano.

trata de aquellos orientados por antonomasia a la defensa de los derechos fundamentales.

79. Cabe recordar cómo en el Informe de la CERIAJUS, así como en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución elaborado por el Congreso, se ha propuesto una reforma constitucional orientada a que el TC escoja discrecionalmente los procesos de la libertad que considere necesario resolver. Por su parte, el 13 de marzo de 2006 ha ingresado al Departamento de trámite documentario de Congreso un proyecto de ley con idéntico propósito (Proyecto N.º 14470/2005-CR); mientras que el 2 de marzo de 2006 se ha publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, la modificación del artículo 11º del Reglamento Normativo del TC, en la que se establece que el TC tiene la posibilidad de declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento «si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse».

Más allá de los diversos comentarios que esta modificación pueda originar y que por ahora quedan en el tintero, denota la clara intención del TC de ganar espacio hacia un margen de discrecionalidad que le permita un respiro frente a una carga procesal que se muestra agobiante y que le impide concentrar sus esfuerzos en los procesos de real trascendencia.