

EL AMPARO FRENTE A ACTOS DE PARTICULARES

Mijail Mendoza Escalante*

SUMARIO: I. Introducción; II. Modalidades o tipos de amparo contra particulares: directo e indirecto; III. El acto lesivo: tipología; IV. Amparo directo; IV.1 Contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; IV.2 El principio de residualidad; IV.3 Vía previa frente a actos administrativos de particulares; V. Amparo indirecto; V.1 Amparo mixto; V.2 Amparo contra resoluciones judiciales; V.2.1 El efecto de la sentencia estimatoria; V.2.2 “Amparo-proceso” y “amparo-recurso” para el examen material de resoluciones judiciales; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la dominación de amparo contra particulares se ha abordado, a veces, la problemática de los efectos horizontales de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Debe aclararse no obstante que se trata de dos problemas diferentes. El del efecto de los derechos entre particulares concierne a un problema de orden sustantivo, consistente en el de la sujeción de las relaciones entre particulares a los derechos fundamentales y la recíproca delimitación de éstos; por el contrario, en el proceso de amparo contra particulares la problemática es eminentemente procesal y plantea cuestiones distintas a las tesis que se han aportado para abordar la cuestión del *efecto interprivatos* de los derechos fundamentales.

El proceso de amparo en nuestro ordenamiento procede tanto frente a actos lesivos provenientes del Estado como también frente a los provenientes de particulares (art. 200, inc. 2, Const.). El procedimiento es único en ambos casos, con excepción del amparo contra resoluciones judiciales donde el único aspecto particular es la competencia del juez que ha de conocer el proceso. En tal sentido, no existe una particularidad del proceso de amparo cuando el demandado es un particular. La única singularidad residirá en el objeto del proceso: un acto lesivo proveniente de un particular y no del poder público.

Desde una primera aproximación el amparo frente a particulares parecería estar circunscrito a una mera cuestión de legitimidad procesal pasiva. Sería, sin embargo, erróneo restringir la protección de los derechos en las relaciones entre particulares a ese ámbito, debido a que los procesos donde se plantea controversias relativas a derechos fundamentales en relaciones entre particulares tiene lugar además en casos donde la legitimidad procesal pasiva corresponde a un poder público y, no obstante ello, el objeto es una controversia relativa a derechos fundamentales en las relaciones entre

* Doctor en Derecho por la *Universidad Complutense de Madrid*, Diplomado de Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España, Consultor en Derecho Constitucional.

particulares. Por ello, desde una perspectiva más amplia, el amparo frente a particulares puede conceptuarse en función de la naturaleza de la controversia que se plantea en el proceso, antes que en función de la legitimidad procesal pasiva.

Tal perspectiva de tratamiento resulta necesaria a efectos de explicar dogmáticamente por qué aun en ordenamientos jurídicos donde el amparo no procede frente a actos de particulares, el amparo tiene también como objeto controversias relativas a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De lo contrario, no podía explicarse cómo en ordenamientos como el alemán, el austriaco y el propio español, donde el amparo no procede frente a actos de particulares, el conocimiento de controversias relativas a la afectación de derechos fundamentales en relaciones entre particulares ha sido objeto de un vasto desarrollo jurisprudencial.

Lo anterior conduce a sostener que desde la perspectiva del **objeto de la controversia** la comprensión del amparo contra particulares es mucho más amplia que la perspectiva de la **legitimación procesal pasiva**. En consecuencia, para una comprensión más completa del problema abordaremos el amparo frente a particulares desde la perspectiva del objeto de la controversia y no restrictivamente desde la perspectiva de la legitimación pasiva. En tal sentido por amparo contra particulares debe entenderse aquél donde el objeto de la controversia es si un particular ha afectado o no derechos fundamentales de otro.

II. MODALIDADES O TIPOS DE AMPARO CONTRA PARTICULARES: DIRECTO E INDIRECTO

En base a lo anterior se tiene que el amparo contra particulares puede ser de dos tipos:

- Amparo directo
- Amparo indirecto

El amparo directo tiene como objeto un acto lesivo proveniente de un particular y la legitimación procesal pasiva corresponde a la persona natural o jurídica, de derecho privado. Se trata de un amparo directo porque el objeto de él lo constituye el acto lesivo del particular.

El amparo indirecto, por el contrario, tiene como objeto un acto del poder público que ha resuelto una controversia entre particulares y la legitimación procesal pasiva corresponde al poder público que ha resuelto la controversia entre particulares. Se trata de un amparo indirecto porque el objeto de él no es el acto lesivo del particular, sino una resolución (judicial o administrativa) en la que se ha resuelto una controversia entre particulares. En tal sentido, la controversia entre particulares no constituye el objeto directo del proceso, sino que es conocido de manera indirecta, con motivo de que en el amparo se examine la resolución (judicial o administrativa) donde se ha resuelto la controversia entre particulares. Aquí, el objeto directo del amparo es el acto del poder público e indirectamente la controversia entre particulares.

En el amparo directo la sentencia repara inmediatamente la lesión del derecho, ordenando al particular. En el amparo indirecto, en cambio, la sentencia puede, como no también, reparar inmediatamente el derecho lesionado. Dos soluciones se plantean al respecto. La anulación de la resolución judicial o administrativa que ha lesionado el derecho, con la consiguiente reparación inmediata del derecho lesionado, o su declaración de nulidad con la consiguiente orden de un nuevo pronunciamiento con arreglo a los parámetros establecidos en la sentencia del proceso de amparo.

En el amparo directo el particular detenta legitimación procesal pasiva, en cambio, en el amparo indirecto ha de participar sólo a título de *tercero*.

III. EL ACTO LESIVO: TIPOLOGÍA

El acto lesivo de particulares puede estar representado por actos o amenazas de actos, o por actos y omisiones –no hay amenaza de omisión-. Ello no obstante, nos circunscribiremos aquí a los actos. El amparo frente a particulares presenta una diversidad de actos cuya sistematización resulta imprescindible. Ellos pueden ser reconducidos a los siguientes¹:

- actos sustentados en ejercicio de la autonomía privada
- actos de ejercicio de derechos constitucionales (o derechos de rango legal)
- actos normativos (potestad normativa)
- actos sancionatorios (potestad sancionatoria)
- actos administrativos de autoridades particulares

Actos derivados de negocios jurídicos. Se trata de actos sustentados en la autonomía privada. Incluye todo tipo de actos, unilaterales, bilaterales, plurilaterales, así, los contratos, constitución de personas jurídicas y demás actos que se efectúan en base al artículo 140º del Código Civil. Se incluye también aquí las cláusulas generales de contratación².

Actos de ejercicio de derechos constitucionales. Son actos que devienen en ilegales aún cuando, en principio, son manifestación o ejercicio de derechos fundamentales o legales, así, las consecuencias del ejercicio de la libertad de trabajo o de la libertad de empresa con respecto al derecho a la tranquilidad o el medio ambiente, el derecho a la seguridad frente al derecho a la igualdad, la libertad de tránsito frente al derecho a la integridad, etc.

Actos normativos o normas privadas. Se trata de normas expedidas en base a la potestad normativa privada. Así, los estatutos, reglamentos de estatutos, convenios colectivos, reglamentos de empresa, etc³, que eventualmente pueden ser contrarios a derechos constitucionales.

Actos sancionatorios. Se trata de actos sustentados en la potestad sancionatoria privada, donde se aplican diversos tipos de sanción (multa, suspensión o expulsión). Se tiene aquí las aplicadas por entes corporativos de derecho privado (asociaciones, clubes, cooperativas, etc.)⁴, por empleadores⁵ o por partidos políticos.

Actos administrativos de autoridades privadas o particulares. Se trata de actos sustentados en la potestad administrativa privada, esto es, actos orientados al cumplimiento de las finalidades propias de personas jurídicas de derecho privado y efectuados por los órganos de éstas. Se tiene aquí la diversidad de actos provenientes de las facultades de dirección y organización de los empleadores que, eventualmente, pueden afectar derechos constitucionales.

En resumen, todos los actos provenientes de los cinco tipos descritos y que lesionan derechos fundamentales, configuran, supuestos de actos lesivos provenientes de particulares. Son éstos los “hechos” “por parte de cualquier” “persona” que “vulneran”

¹ V. Mendoza Escalante, Mijail “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N.º 11, PUCP, Lima, 2005, pp. 261 y sgte.

² V. El caso Montori Alfaro, STC, Exp. 328-2001-AA/TC, sobre nulidad de transferencia de acciones, aunque declarando improcedente la demanda.

³ Cfr. STC 3312-2004-AA/TC, donde se examina si el Estatuto de una asociación es o no contrario a un derecho constitucional.

⁴ Cfr. el clásico caso Arnillas Gamio STC 067-93-AA/TC.

⁵ Cfr. el caso Cossío Tapia STC 1124-2001-AA/TC.

“derechos constitucionales”, que hallamos como presupuesto de procedencia del proceso de amparo, en la Constitución (art. 200°, incs. 1,2 y 3) y en el artículo 2° del CPCConst⁶.

IV. AMPARO DIRECTO

IV.1 CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO INVOCADO

La Constitución ha establecido que el presupuesto para instar el proceso de amparo es que la *causa petendi* de la demanda sea un derecho constitucional (art. 200, inc. 2, Constitución)⁷. Sin embargo, este *presupuesto procesal* ha sido configurado por el Código Procesal Constitucional (arts. 5, inc.1 y art. 38, CPCConst)⁸ de una forma que requiere alguna precisión⁹.

El concepto “contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” parecería indicar que hay un “contenido no constitucionalmente protegido”, es decir, un contenido del derecho que no está constitucionalmente protegido o, mejor aún, un “contenido del derecho *legalmente* protegido”, pero no constitucionalmente, o también, un “contenido del derecho *sólo legalmente* protegido”. En conclusión, el derecho constitucional detentaría dos tipos de contenidos: los contenidos constitucionalmente protegidos y los contenidos no constitucionalmente protegidos. Según el CPCConst, sólo los primeros pueden ser tutelados por los procesos constitucionales y, en especial, por el proceso de amparo, los segundos no.

Este desarrollo es incompatible con la Constitución y es contraria a una teoría consistente de los derechos fundamentales.

⁶ “Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.”

⁷ “La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *los demás derechos reconocidos por la Constitución*, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.” (cursiva nuestra).

⁸ Art. 5, inc. 1: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) Los hechos y el petitorio de la demanda no están *referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*.” (cursiva nuestra).

Art. 38: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de *sustento constitucional directo* o que *no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*.” (cursiva nuestra).

⁹ Al respecto V. Abad Yupanqui, Samuel *El proceso constitucional de amparo*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 107 y ss.; Mesía, Carlos *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 140 y sgte.; Castillo Córdova, Luis *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, ARA Editores, Lima, 2004, pp. 174 y ss.; Id. “Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica*, T. 139, Junio, 2005, pp. 144 y ss.; Hakanson Nieto, Carlos “El contenido de los derechos fundamentales como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Justicia Constitucional*, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año 1, N.º 2, agosto-diciembre, Lima, 2005, pp. 47 y ss.; Rodríguez Fuentes, Clementina “El contenido constitucionalmente protegido de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 1, N.º 8, pp. 399 y ss. En el derecho comparado puede verse: Pérez Tremps, Pablo “Comentario” al artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en Requejo Pagés, Juan Luis (coordinador) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, pp. 633 y ss.; Requejo Pagés, Juan Luis “Derechos de configuración legal”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Madrid, 1995, pp. 2385 y ss.; Schlaich, K. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 4. neuarbeitete Auflage, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pp. 63 y ss.

El problema que plantea esta formulación es cómo debe ser entendido el “contenido sólo legalmente protegido” del derecho constitucional. Una primera interpretación conduciría a adjudicar tal condición a cualquier aspecto relacionado a un derecho constitucional, pero que está enunciado o establecido en una ley o norma de rango análogo. El inconveniente que plantea esta respuesta es el desconocimiento de dos premisas importantes de la teoría: la *función de la legislación* con respecto a los derechos fundamentales y el *efecto de irradiación* de estos últimos.

La legislación detenta doble función: *limitación y configuración* (o delimitación) de los derechos fundamentales¹⁰. La limitación supone una restricción del derecho, por ello, aquí no es relevante; por el contrario, la configuración supone la definición de su contenido o sus contenidos así como el establecimiento de normas que los garantizan y que resultan instrumentales de aquéllos. La legislación aparece en este último caso como un instrumento que garantiza los derechos constitucionales. No puede haber, desde esa perspectiva, una interpretación aislada del derecho fundamental, sin consideración de la legalidad ordinaria¹¹. Según esto, las normas ordinarias que desempeñan tal función instrumental pueden presentar una variedad tipológica, así “normas aclaratorias”, “normas definitorias”, “normas de garantías frente a abusos” y “normas resolutorias de conflictos”¹².

Desde esta perspectiva, las infracciones de la legislación no están desprovistas de consecuencias en el contenido de los derechos constitucionales. No lo están cuando ella detenta una función de garantía o de instrumentalidad respecto del contenido de los derechos constitucionales. Ahora bien, si la legislación no desempeña tal función, resulta evidente que se está ante un aspecto de mera legalidad ordinaria, desprovista de implicancia o relevancia constitucional.

La premisa de la que parte esta comprensión es que no hay contenidos “legales” de un derecho constitucional. Sólo hay un contenido, él es constitucional, por definición no hay contenido legal. Según esto no hay contenidos “legales” o “no constitucionales” de los derechos constitucionales. No define el contenido constitucional de un derecho la fuente de la que proviene, sino su relación de instrumentalidad o *función de defensa o protección* del bien jurídico que garantiza o que es objeto del derecho fundamental. En consecuencia, aun cuando un contenido esté reconocido por una Ley, un reglamento o una norma particular (o norma no estatal), la cuestión será si la norma contenida en alguna de estas disposiciones desempeña o no una función de defensa o de protección del derecho fundamental.

Una cuestión no es de mera *legalidad ordinaria* porque una determinada garantía esté reconocida en una ley y no en la Constitución, sino porque tal garantía no desempeña

¹⁰ Esta distinción es expuesta por Häberle en 1961 en su clásico trabajo. V. Häberle, Peter *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs.2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellem Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1983, pp. 180 y ss.

¹¹ Müller, Friedrich *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 45: “El que la interpretación simplemente no puede aislar las garantías del derecho infraconstitucional resulta del hecho de que sus ámbitos normativos –de los derechos fundamentales– son producidos en considerable medida (por el derecho infraconstitucional).”

¹² V. Lerche, Peter *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, pp. 106 y ss. Se prescinde aquí de las que Lerche denomina “normas intervinientes” que, como su nombre lo indica, pertenecen al ámbito estricto de la *limitación* del derecho, antes que a la *delimitación*, como el es caso del resto de normas de la tipología.

ninguna función instrumental de protección o defensa del contenido o contenidos del derecho fundamental. De modo contrario, aún cuando una determinada garantía esté reconocida sólo en la ley, su infracción no representa una cuestión de mera legalidad ordinaria si ella tiene una función instrumental de defensa o de protección del derecho fundamental, ya que en tal caso, se está ante una cuestión de plena *relevancia constitucional*, atinente al ámbito de protección de los derechos fundamentales.

Dado que la legislación desempeña un rol importante en la protección, en la realización de los derechos fundamentales, la infracción de los aspectos previstos por la legalidad ordinaria debe ser analizada con cuidado y no ser descartada de inmediato, por el simple hecho de constituir un “contenido legal”, no constitucional, del derecho fundamental, pues puede tratarse de un aspecto “legal” que, sin embargo, protege un derecho fundamental.

Piénsese en casos donde, por ejemplo, el derecho a la identidad puede verse afectado por la infracción de la ley que regula el otorgamiento del documento de identidad al denegar el otorgamiento del documento de identidad en base a la exigencia de un requisito no previsto por la ley; el derecho a la pensión puede resultar afectado al denegarse el otorgamiento de la misma como consecuencia de la exigencia de un requisito no establecido en la ley o la libertad de trabajo como consecuencia de una denegatoria de una licencia para la apertura de un establecimiento ocasionado también en la exigencia de requisitos no previstos por la ley. Estas hipótesis constituirían lesiones en el contenido mismo de derechos fundamentales como consecuencia de la infracción de aspectos establecidos en la ley, la afectación del contenido del derecho tiene su origen en la infracción de un aspecto establecido en la ley pero incide en el contenido de un derecho constitucional.

El otro aspecto que debe tenerse en cuenta es el *efecto de irradiación* de los derechos constitucionales. El contenido de los derechos fundamentales es *abierto* y *expansivo*. Es abierto en tanto los bienes o valores que protegen constituyen conceptos *axiológica* y *semánticamente* abiertos y, por ello, susceptibles a enriquecer y expandir su contenido originario.

La apertura axiológica significa el enriquecimiento del valor o bien jurídico protegido por el derecho, conforme a estándares cada vez más acordes a la dignidad de la persona. La apertura semántica implica la relativa vaguedad de conceptos contenidos en derechos fundamentales, vaguedad donde el sector de penumbra o dudoso de la aplicación de un concepto es susceptible a expandirse. Esta cualidad suele ser descrita cuando se afirma que los derechos fundamentales constituyen *mandatos de optimización*¹³.

Dotados de esta propiedad, los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva sobre todo el ordenamiento¹⁴, ellos despliegan su contenido sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico, ocasionando ello que todas éstas deban interpretarse bajo el influjo del contenido de los derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, la legalidad ordinaria que, en principio, no tiene una relación de garantía de instrumentalidad o de garantía y defensa de los derechos constitucionales, puede

¹³ Alexy, Robert *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, pp. 95 y ss; Id. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Der Staat*, 29. Band, 1990, pp. 49 y ss.

¹⁴ V. Böckenförde, Ernst-Wolfgang “Grundrechte als Grundsatznormen”, en *Der Staat*, N.º 29, 1990, pp. 21 y ss; Alexy, Robert “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, [Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 2001], Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002, pp. 9 y ss.

adquirir relevancia constitucional si en el caso se advierte que el demandado ha incurrido en una interpretación de la legalidad ordinaria, desprovista del efecto de irradiación de algún derecho constitucional, con la consiguiente lesión del mismo.

Una última observación respecto a la interpretación del artículo 5.1 del CPConst. En ella no se alude en absoluto a la noción de “contenido esencial” de los derechos constitucionales. Esta noción aparece históricamente como un límite de la propia labor de limitación de los derechos fundamentales efectuada por el legislador, pero no para establecer un presupuesto de procedencia de una demanda en un proceso de amparo. Esto implica que las herramientas conceptuales que la teoría ha formulado para resolver la determinación del denominado contenido “esencial” tales como el concepto “absoluto” o relativo (principio de proporcionalidad) no tienen ninguna aplicación en el análisis de la causal de improcedencia del artículo 5.1 del CPConst. El análisis que esta disposición exige efectuar es algo muy diferente, se trata únicamente de analizar si la *causa petendi* de la demanda planteada está constituida o no por el contenido de un derecho constitucional o, si se prefiere, si el acto u omisión, o, amenaza, *presuntamente lesivo* afecta una posición jurídica o contenido del ámbito de protección de un derecho constitucional, en el cual el demandante ampara su pretensión. Ahora bien, para tal efecto lo que se requiere es establecer primero cuál o cuáles son las posiciones iusfundamentales o contenidos de un derecho constitucional y luego examinar si el acto lesivo lo afecta o no. Este último análisis es totalmente preliminar y no supone un análisis definitivo, ya que él está reservado a la sentencia. Lo central de este análisis es establecer si la remoción del acto lesivo tiene o no relación directa con la protección de algún contenido de un derecho constitucional.

V.2 EL PRINCIPIO DE RESIDUALIDAD

El artículo 5, inciso 2, del CPConst¹⁵ ha establecido como presupuesto procesal el que no exista una vía específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional¹⁶.

Resulta obvio que los procesos ordinarios siempre han de proveer una vía tuitiva de los derechos constitucionales, particularmente cuando ellos están dirigidos contra actos lesivos de particulares donde los procesos contemplados en el Código Procesal Civil proveen una tutela general y prácticamente omnituitiva, sin dejar de lado, desde luego, la Ley Procesal del Trabajo¹⁷, dado su relevante significado en la protección de derechos constitucionales en las relaciones laborales. Estas vías tienen también una finalidad reparatoria y, en el caso de la civil, además, la posibilidad de la solicitud de una indemnización, particularmente importante en situaciones donde la lesión del derecho es irreparable, tal como suele suceder en caso de los derechos de la personalidad (vida, integridad, salud, intimidad, honor, etc.). Por otra parte, la vías

¹⁵ “No proceden los procesos constitucionales cuando:” “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

¹⁶ V. Abad Yupanqui, Samuel *El proceso...*, cit., p. 121; Mesía, Carlos *Exégesis...*, pp. 141 y sgte.; Castillo Córdova, Luis *Comentarios...*, pp. 177 y ss.; Castillo Cordova, Luis “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”, en *Justicia Constitucional*, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año 1, N.º 2, agosto-diciembre, Lima, 2005, pp. 61 y ss.; Rodríguez Santander, Roger “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5. 2 del Código Procesal Constitucional peruano”, en *Justicia Constitucional*, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año 1, N.º 2, agosto-diciembre, Lima, 2005, pp. 97 y ss.

¹⁷ Ley N.º 26636.

ordinaria están provistas de medidas cautelares. En razón a lo expuesto, puede afirmarse que las vías ordinarias son, en general, “igualmente satisfactorias” e, incluso, si se atiende a la posibilidad de plantear una indemnización por la lesión del derecho constitucional, las vías ordinarias pueden incluso ser “más satisfactorias”.

Una lectura consecuente de esta disposición conduciría prácticamente a excluir toda demanda de amparo; sin embargo, es preciso interpretar esta disposición bajo el *efecto de irradiación* del artículo 200, inciso 2, de la Constitución, lo cual implica establecer un ámbito que permita la admisión de demandas de amparo. Para tal efecto, la premisa es tener en cuenta la naturaleza del proceso de amparo como una vía urgente¹⁸. Si esto es así, debe examinarse casuísticamente si no obstante existir vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, se requiere de una tutela “urgentísima y perentoria”¹⁹.

Esta premisa permite establecer dos ámbitos específicos de procedencia de una demanda de amparo: 1) cuando el objeto de ella es una amenaza y, 2), cuando el derecho constitucional que conforma la *causa petendi* es de *protección perentoria*. Se trata aquí de destacar la dimensión subjetiva del proceso de amparo a efectos de hacer de ella un instrumento eficaz de tutela jurisdiccional.

Los supuestos de *amenaza* de actos lesivos provenientes de actos particulares no están protegidos por ningún proceso ordinario, al habilitar su conocimiento en el proceso de amparo se trata de potenciar una tutela jurisdiccional *anticipada*, acorde a la urgencia de tutela que supone la amenaza cierta e inminente de un derecho constitucional.

Si bien todos los derechos constitucionales requieren una tutela urgente dada la entidad de los mismos, puede advertirse que la tutela de unos es de mayor urgencia respecto a otros y, por ello, predicarse que unos detentan una *protección perentoria* en relación al resto. Cuando el derecho presuntamente lesionado detenta un *especial valor material* en el sistema de derechos constitucionales dado su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, tal como el caso del derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente, intimidad, inviolabilidad de domicilio, libertad religiosa, libertad de expresión e información y derecho a la participación política. Esto no excluye otros derechos que puedan también considerarse de protección perentoria, lo que importa dejar aquí establecido es la necesidad de efectuar una valoración *material* de la perentoriedad de la protección de otros derechos y, eventualmente, la que podría determinarse en función de otros factores de orden fáctico como la trascendencia colectiva o social de la afectación, tal como el caso de afectaciones masivas de la libertad de trabajo o del derecho a la igualdad.

Si a la anterior delimitación se arribó en función de la dimensión subjetiva del proceso de amparo, puede ahora en base a la dimensión objetiva del mismo explicitarse dos criterios adicionales. Conforme a ésta importa destacar la función que el amparo desempeña en la conservación del derecho constitucional objetivo, entendido éste como el conjunto de principios materiales enunciados en las normas de derechos fundamentales. Según esto, los dos criterios adicionales serían: 3) cuando la afectación procede de una norma o se basa en ella, 4), cuando un caso es de significativa *trascendencia constitucional* para el ordenamiento jurídico.

En los casos en que la afectación procede de una norma o el acto lesivo es aplicación de ésta, la norma puede ser del Estado o una norma particular o no estatal. La norma estatal puede ser una ley, como el caso del Código Civil, el Código del Niño y del Adolescente, la Ley General de Sociedades, la Ley de Cooperativas, las leyes en materia laboral o

¹⁸ V. en tal sentido el Auto recaído en el Exp. N.º 149-2007-PA/TC, fundamento N.º 3.

¹⁹ V. en tal sentido el Auto recaído en el Exp. N.º 149-2007-PA/TC, fundamento N.º 3.

cualquier otra norma de derecho privado expedida por el Estado. En estos casos, es más probable que el acto lesivo sea *aplicación* de alguna de aquellas normas, antes que la lesión provenga directamente de ellas. La norma no estatal puede provenir de un estatuto, de su reglamento, de un convenio colectivo, de un reglamento cualquiera expedido por particulares, etc.

La razón de la procedencia del amparo en estos casos es que de esa forma se posibilita el control de constitucionalidad de normas y, así, potenciar la dimensión objetiva del proceso de amparo, posibilitando incluso que a través de esta vía sea el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo interprete de la Constitución (art. 1 LOTC), el que termine estableciendo de manera definitiva la constitucionalidad o no de la norma, lo cual es significativamente conveniente cuando se trata del control de normas con rango de ley.

La *trascendencia constitucional* para el ordenamiento jurídico se da en supuestos donde se requiere que la jurisdicción constitucional establezca doctrina jurisprudencial que cubra incertidumbres o vacíos de la jurisprudencia en materia de interpretación de derechos constitucionales o, en otro supuesto, cuando el caso es de suma trascendencia constitucional por la complejidad del caso o la riqueza que él ofrece para abordar aspectos importantes en la interpretación de los derechos constitucionales.

VI.3 VÍA PREVIA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS DE PARTICULARES

La exigencia de este requisito sólo procede en dos supuestos: frente a *actos sancionatorios privados* y frente a *actos administrativos particulares*. No procede frente al resto de actos. La vía previa tampoco ha de proceder frente a la *amenaza* de realización de actos lesivos o ante *omisiones* lesivas de derechos fundamentales.

El CPConts no establece tratamiento diferente de la vía previa cuando se trata de actos lesivos provenientes de particulares (Cfr. art. 5, inc. 4 y art. 45º, CPCConst). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido constante en exigir el agotamiento de la vía previa frente a actos sancionatorios impuestos por asociaciones. Sin embargo, consideramos que tal exigencia debe relativizarse y, así, constituir un requisito optativo, a criterio del afectado. De esta forma, corresponderá a él determinar si opta por interponer directamente la demanda o si prefiere antes agotar la vía previa.

La razón del carácter optativo de la vía previa reside en la diferente naturaleza de la vía previa, tal como se la conoce en el derecho público, de la vía previa ante un particular. En efecto, históricamente la vía previa ha sido comprendida como un modo de autocorrección de la misma administración pública antes de que la persona afectada pueda cuestionar sus actos en la vía judicial.

El fundamento del acto del poder público lo constituye una competencia, atribución o potestad de derecho público. Por el contrario, el fundamento de la potestad normativa y sancionatoria de los particulares es sustancialmente diferente. Se trata de potestades que derivan, en general, del principio constitucional de autonomía de la persona y, en especial, del ejercicio de sendos derechos fundamentales. Tal es el caso de la *potestad sancionatoria* de las asociaciones, cuyo fundamento reside en el derecho de asociación, en su dimensión colectiva, y referido concretamente al poder de autoorganización; esto mismo sucede en el caso de la potestad sancionatoria de empleadores frente al trabajador, donde el fundamento de la misma reside en la libertad de empresa, concretamente, en el poder de autoorganización y el de dirección que derivan de dicha libertad. En definitiva, las normas y actos del Estado tienen como fundamento el

ejercicio de competencias, atribuciones y potestades de derecho público; por el contrario, las normas y actos de particulares, tienen como fundamento el ejercicio de derechos fundamentales.

Ahora bien, si esto es así, puede concluirse en que no resulta dogmáticamente correcto proyectar la exigencia del agotamiento de la vía previa a demandas frente a actos provenientes de particulares, basadas en el ejercicio de derechos fundamentales, cuando tal exigencia se originó para actos cuyo fundamento es el ejercicio de una atribución o potestad de derecho público.

Argumento adicional para la adopción de esta tesis es la mejor optimización del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139º, inc. 3, Constitución). La exigencia del agotamiento de la vía previa no resulta necesariamente contraria con el derecho a la tutela jurisdiccional, sin embargo, si consideramos los derechos como *mandatos de optimización* la conclusión es distinta. Resulta constitucionalmente más adecuado para el derecho a la tutela jurisdiccional adoptar la tesis del agotamiento optativo de la vía previa, antes que exigirla. La exigencia del agotamiento de la vía representa una restricción temporal del acceso a la tutela, pero la no exigencia de su agotamiento posibilita un acceso inmediato a la tutela, posibilitando así una mejor optimización o realización del derecho a la tutela jurisdiccional. Entre aquella opción y esta última resulta mejor ésta, máxime cuando no hay un fundamento sustentado en algún principio, derecho o bien de relevancia constitucional, que justifique su exigencia²⁰.

Una observación adicional. Un punto de partida decisivo en la configuración del requisito de la vía previa es el de cómo ha de configurarse el principio de residualidad. Si convenimos en que, aun existiendo vías específicas igualmente satisfactorias, el amparo debe proceder una vez que sea de aplicación alguno de los cuatro criterios establecidos, entonces, también habrá de exceptuarse el agotamiento de la vía previa. Se llega a esta conclusión la constatación del amparo en cuanto proceso de tutela urgente. Si hay necesidad de tutela urgente y ésta se configura en aplicación de alguno de los cuatro criterios antes señalados, entonces no hay necesidad del agotamiento de la vía previa.

V. AMPARO INDIRECTO

El amparo indirecto tiene lugar cuando el objeto del proceso está constituido por un acto del poder público a través del cual se ha resuelto una controversia entre particulares. En estos supuestos, las partes involucradas en la controversia o, al menos una de ellas, justifican sus pretensiones en sendos derechos constitucionales o, si se prefiere, la *causa petendi* de las mismas está sustentada en este género de derechos.

Como es sabido, la atribución de resolución de controversias entre particulares está reservada al Estado, el cual interviene, ya sea través de los órganos jurisdiccionales y de determinados órganos administrativos. Por esta razón, el objeto del proceso de amparo, a diferencia del amparo directo, no lo constituyen actos de particulares, sino actos del poder público, que pueden ser resoluciones administrativas o resoluciones judiciales que, sin embargo, resuelven controversias entre particulares.

En estos supuestos, al margen de que el parámetro para examinar los casos pueda ser básicamente la legislación ordinaria, existe en ellos una evidente relevancia

²⁰ Recuérdese, por otra parte, que el agotamiento de la vía previa frente a actos de personas jurídicas de derecho público resulta facilitado por la aplicación del silencio administrativo negativo, figura que es ajena al agotamiento de los recursos previstos por los estatutos de particulares.

constitucional, debido a que la controversia planteada involucra sendos derechos constitucionales. El amparo indirecto tiene lugar únicamente cuando los órganos administrativos o los jurisdiccionales han lesionado derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, mas no cuando han afectado derechos fundamentales de tipo procesal.

V.1 AMPARO MIXTO

El amparo mixto tiene como objeto del proceso una resolución de un órgano administrativo cuya función es la protección de determinados derechos en las relaciones entre particulares. Esto sucede con el *Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* de INDECOPI, especialmente en lo que concierne a la protección de los derechos del consumidor, el *Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios* de OSIPTEL. Otro órgano importante a nivel nacional es el *Instituto Nacional de Recursos Naturales* (INRENA), encargado de la protección del derecho al medio ambiente.

En cada uno de estos casos el Estado ejerce el denominado “deber de protección” de los derechos constitucionales de alguna de las partes involucradas en el proceso administrativo. Se trata una relación de dos particulares. Se denomina “mixto” a este amparo con el sólo propósito de destacar que en estos casos el análisis del acto lesivo proviene del poder público y, a la vez, de un particular.

Ilustrativo de esta modalidad de amparo es el caso Woll Torres²¹. La Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad de INDECOPI declaró infundada la denuncia que un consumidor interpuso contra una empresa de cobranza. Ésta había requerido mediante una carta el cumplimiento del pago de una deuda dando a entender que de no hacerlo procedería a la adopción de las medidas cautelares –embargo y secuestro de bienes- que la ley les autorizaba. Se trataba de un requerimiento de carácter marcadamente intimidatorio, dado que daba a entender que la ejecución judicial era de inminente realización.

El objeto de este proceso es la resolución de INDECOPI que desestima la denuncia de un consumidor. En este contexto, dicha resolución afecta el derecho al honor y a la dignidad de este último, sin embargo, no porque a él le sea imputable el requerimiento de pago, sino por haber omitido el “deber de protección” que, en cuanto órgano del Estado, le compete con respecto a aquellos derechos frente al requerimiento de pago. Es decir, el deber de protección de derechos constitucionales en una relación jurídica entre particulares: el consumidor y la empresa encargada de la cobranza. Una relación que plantea el conflicto entre el derecho al honor y a la dignidad del consumidor y la libertad de trabajo de la empresa encargada de la cobranza.

En concepto del Tribunal Constitucional: “Si bien INDECOPI no fue quien emitió la carta de notificación, que vulnera derechos del demandante, sí emitió la Resolución (...) que resuelve declarar infundada la denuncia presentada (...)”²². En suma, la lesión de los derechos del consumidor tiene lugar al haber INDECOPI omitido su deber de protección ante la empresa encargada de la cobranza que envió a aquél el requerimiento de pago.

En este caso, la legitimación procesal pasiva corresponde a INDECOPI al haber sido quien expidió las resoluciones impugnadas, la empresa encargada de la cobranza es

²¹ STC, Exp. 5637-2006-PA/TC.

²² STC, Exp. 5637-2006-PA/TC, fundamento N.º 10.

integrada al proceso. En la sentencia se declara fundada la demanda y, luego de dejar sin efecto la resolución desestimatoria de INDECOPI, se ordena a tal empresa la abstención de efectuar al demandante requerimientos de pago, idénticos o análogos, al considerado lesivo del derecho al honor.

El caso Torres del Águila²³ es otro caso ilustrativo de esta modalidad de amparo. El objeto del proceso de amparo es dejarse sin efecto una resolución de OSIPTEL por la que se desestima el reclamo de un usuario de teléfono contra una empresa de telefonía. La cuestión se centra en determinar si la exigencia del pago de un monto fijo mensual que ésta efectúa al usuario por un servicio no prestado afecta o no a éste en su derecho de propiedad. El origen del problema se hallaba en una cláusula general suscrita por el usuario conforme a la cual debía permanecer contractualmente ligada a la empresa de telefonía durante un periodo en el que debía pagarse una especie de “renta mínima”. El usuario no tuvo el servicio debido a la avería del aparato telefónico.

Como se aprecia, el objeto central del proceso lo constituye el análisis de una relación contractual entre un usuario de telefonía y una empresa telefónica y, concretamente, una cláusula general suscrita por el usuario. Se trata de una típica relación entre *particulares*, en el ámbito de la autonomía privada, la cual, sin embargo, es resuelta por el *Estado* a través del órgano administrativo competente en servicios de telefonía (OSIPTEL). Ahora bien, el Tribunal examina el caso bajo el parámetro de la libertad de contratación –en su faz negativa- del usuario y la libertad de contratación –en cuanto libre facultad de estipular las condiciones contractuales- de la empresa de telefonía. Al igual que en el caso anterior, el razonamiento del Tribunal es que OSIPTEL ha lesionado la libertad de contrato –negativa- al haber omitido su *deber de protección* frente a este derecho²⁴.

En este caso, la legitimación procesal pasiva corresponde a OSIPTEL, al haber sido ella quien expidió la resolución impugnada, la empresa de telefonía interviene como codemandada. La sentencia declara fundada la demanda y, luego de dejar sin efecto la resolución de OSIPTEL que desestimó el reclamo del usuario, declaró “improcedente cualquier cobro” que la empresa telefónica “pretenda imponer” al usuario en relación al servicio cuestionado. Adviértase que, al igual que en el caso anterior, la parte resolutive principal de la sentencia, orientada directamente a la protección de los derechos constitucionales del demandante en el proceso de amparo, dispone sendas órdenes, no justamente al órgano administrativo –el demandado-, sino directa e inmediatamente contra el particular que ha intervenido en el proceso, como codemandado o como tercero. Debe resaltarse aquí cómo un proceso de amparo dirigido contra un acto del poder público termina dotando de protección a un particular. No se trata de un amparo directo contra un acto de particular, sin embargo, otorga protección a sus derechos.

El caso de la “cuenca del Mazan” también ilustra gráficamente el amparo mixto²⁵. El objeto del proceso es que se deje sin efecto un concurso público de concesión de explotación de un bosque. El conflicto se halla planteado entre el derecho al medio ambiente de los habitantes de la zona y la libertad de trabajo y de empresa de las personas que se dedican a la explotación de madera. Se trata, entonces, de una relación jurídica entre particulares. La controversia halla su origen en la clasificación de dicha cuenca como “bosque de producción permanente” efectuado por INRENA y, por ello, la disponibilidad de la misma para la explotación de madera.

²³ STC, Exp. 0858-2003-AA/TC.

²⁴ STC, Exp. 0858-2003-AA/TC, fundamento N.º 16 y ss.

²⁵ STC, Exp. 1206-2005-PA/TC.

La legitimación procesal pasiva corresponde al Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y al Gobierno Regional de Loreto (encargada de la concesión); aunque no se desprende de la sentencia, se entiende que las personas que participaron o que debían participar en la concesión intervinieron en el proceso de amparo a título de terceros con interés. La sentencia declara fundada la demanda y deja sin efecto la concesión de la cuenca.

Como se aprecia, aun cuando el objeto del proceso lo constituye un acto del poder público –clasificación de la cuenca como bosque de producción y concesión a particulares para explotación-, la controversia central radica en determinar si la explotación del bosque (libertad de trabajo) afecta o no el entorno ambiental de la zona (derecho al medio ambiente). Nuevamente, se está ante una típica relación entre particulares, en el ámbito del ejercicio o goce de sendos derechos constitucionales, en la que interviene el poder público (INRENA) en ejercicio de su deber de protección. El dejar sin efecto la concesión tiene como consecuencia directa la protección del derecho al medio ambiente de los habitantes de la cuenca del Mazan.

En el caso Sociedad minera “Chaupiloma”²⁶ se discute si la declaración como “zona reservada y protegida” de un área afecta o no la libertad de trabajo de determinadas empresas mineras. El objeto del proceso de amparo es el que se deje sin efecto la Ordenanza Municipal que efectúa tal declaración, esto es, una norma del poder público; sin embargo, el centro de la controversia se halla en determinar si la declaración adoptada para preservar el derecho al medio ambiente de los habitantes de la zona afecta o no el derecho a la libertad de trabajo de las empresas mineras. La demanda fue desestimada.

En este caso, la legitimación procesal pasiva corresponde a la Municipalidad que expidió la norma. Ni la población de la Municipalidad, ni un sector social de protección del medio ambiente intervino en el proceso de amparo. El Tribunal considera que la declaración de zona reservada no afecta la libertad de trabajo.

Los casos descritos muestran la tesis que se intentará demostrar en el trabajo, bajo la modalidad del *amparo mixto*: que si bien ellos tienen como objeto actos del poder público, la *controversia* de ellos es una relación jurídica entre particulares y, por ello, el efecto de la sentencia no se agota, como parecería en principio, en declararse sin efecto el acto del poder público, sino que *alcanza a proteger* los derechos del particular, como si tratara de un proceso de *amparo directo*, esto es, dirigido directamente contra otro particular.

La descripción de estos casos demuestra que los sujetos del proceso que intervienen en este tipo de procesos son, además de un particular como demandante, los particulares, en un caso como codemandado y en otros como terceros²⁷. Se trata, *por definición* de una *estructura trimembre*. La intervención del particular como tercero no se justifica por la sola razón de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa de aquéllos, sino también porque, de declararse fundada la demanda, puede sobre el particular –tercero o codemandado- recaer un mandato concreto (actuación u omisión) que habrá de cumplirse. Piénsese en el caso donde se prohíbe a la empresa de cobranza a cobrar al demandante en forma similar o análoga a la declarada lesiva del derecho al honor o el caso donde se prohíbe a la empresa de telefonía el cobro del servicio de celular por sustentarse en una

²⁶ STC, Exp. 769-2002-AA/TC y otro.

²⁷ CPConst: “Artículo 43.- Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.”

cláusula contractual lesiva de la libertad contractual (negativa). Por ello, la integración de los particulares al proceso cuando se está ante esta modalidad de amparos mixtos resulta un imperativo de cumplimiento inexcusable que debe efectuarse de oficio y en el mismo auto admisorio de la demanda o, al menos, en la etapa postulatoria del proceso de amparo.

V.2 AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

El proceso de amparo frente a resoluciones judiciales cabe también frente a la afectación de derechos constitucionales sustantivos. Tal ha sido tesis que el Tribunal Constitucional ha incorporado en el caso Apolonia Ccollcca²⁸ e insinuado algo en la misma línea antes en el caso Ambev²⁹. Significa esto que a través del proceso de amparo se puede controlar los *errores in iudicando*, errores desde la perspectiva de los *derechos fundamentales*, en los que el cualquier juez ordinario habría podido incurrir en la expedición de una resolución judicial expedida en cualquier clase de proceso y, desde luego, en los procesos ordinarios donde se resuelven controversia entre particulares.

Téngase a modo de ejemplo, la interposición de una demanda de amparo frente a una resolución de un juez laboral que resuelve la nulidad de despido de un trabajador (del régimen privado) sustentado en motivos discriminatorios (derecho a la igualdad) o frente a una resolución de un juez civil que resuelve una pretensión indemnizatoria a causa de la afectación del derecho a la vida privada por un periodista. En ambos supuestos, se trata de auténticas controversias entre particulares resueltas por un juez a través de un proceso ordinario, es decir, un proceso no constitucional.

Este desarrollo jurisprudencial conduce, en definitiva, a una relectura del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, ya que la impugnación de una resolución judicial ya no se circunscribe a lesiones de los derechos que él enuncia, sino a la de derechos constitucionales *sustantivos*, como pueden ser la libertad de tránsito, de religión, de información, el derecho a la integridad, a la vida privada, al honor, al medio ambiente, etc. En cualquier caso, el presupuesto procesal en estos supuestos es la *firmeza* de la resolución judicial impugnada (art. 4º, CPCConst).

La resolución judicial impugnada puede ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión, lo que implica que la legitimación procesal activa corresponde a cualquier parte del proceso ordinario, sea demandante, demandada, litisconsorte o tercero. La *causa petendi* habrá de ser necesariamente la afectación de un derecho fundamental sustantivo como consecuencia del *error in iudicando* ocasionado por la resolución judicial. Cabe destacar que en el proceso de amparo debe incorporarse como tercero (art. 43º, CPCConst) a la parte del proceso ordinario que no ha interpuesto la demanda de amparo o al tercero de dicho proceso, ello con el propósito de salvaguardar su derecho de defensa, lo que implica que éstas deben ser integradas de oficio por el juez del proceso de amparo.

²⁸ STC, Exp. N.º 3179-2004-AA/TC. Sobre esta sentencia V. Castillo Córdova, Luis “Amparo contra resoluciones judiciales. Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 99, Diciembre, 2006, pp. 55 y ss. Posteriormente, se tiene el trabajo de Jorge León Vásquez “El control de las resoluciones judiciales. Nota a la sentencia 3197-2004-AA/TC, de 2 de octubre de 2006”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 100, Enero, 2007, pp. 39 y ss.

²⁹ STC, Exp. N.º 1209-2006-AA/TC.

Cuestión importante en estos casos es determinar cuándo una resolución judicial es *incorrecta*, examinada a la luz de los derechos fundamentales sustantivos. Estos supuestos de *error in iudicando* de una resolución judicial pueden ser³⁰:

- *error de exclusión*, omisión de la aplicación de un derecho fundamental, exigido por la naturaleza de la controversia.
- *error de delimitación* del ámbito de protección del derecho fundamental (error por exceso –determinación excesivamente amplia del ámbito de protección- o error por defecto –determinación restrictiva del ámbito de protección del derecho fundamental-).
- *error de resolución* del conflicto (error en la aplicación del principio de proporcionalidad)
- *aplicación de una norma incompatible con la Constitución*, relevante en la resolución de la controversia (omisión de control difuso); y,
- *inaplicación de una norma válida (constitucional)* (es decir, aplicación errónea de control difuso).

El examen de una resolución judicial en un proceso de amparo habrá de analizarse si ella ha incurrido en alguno de estos supuestos de *error in iudicando*.

V.2.1 EL EFECTO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA

Un problema de singular relevancia en esta modalidad de amparo es el efecto de la sentencia que declara fundada la demanda. Dos posibilidades se plantean: la sentencia puede declarar la nulidad de la resolución judicial y ordenar a la instancia que la expidió la emisión de un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto por el Juez del proceso de amparo; o, por el contrario, puede dejar sin efecto la resolución judicial y con ello resolver directamente la controversia. En el primer caso, la sentencia de amparo tiene un efecto meramente *casatorio*, en el segundo tiene un efecto de *instancia o grado*.

En el caso del modelo alemán, la regla es que el Tribunal Constitucional declara la declaración de nulidad de la sentencia y la retroacción del proceso a la instancia que la expidió, y dispone la expedición de un nuevo pronunciamiento³¹. En el caso “Los soldados son asesinos”³², por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán manifestó que aun cuando juzgaba que la sentencia que había condenado a una persona por la manifestación de estas expresiones constituía lesiva de la libertad de expresión (art. 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental) ello no implicaba su absolución. Afirmó: “Con esto, sin embargo, *no se absuelve a los recurrentes en amparo ni se declara como permitidas las ofensas* a cada uno de los soldados o a miembros de determinadas fuerzas militares a través de expresiones como ‘los soldados son asesinos’. Por el contrario, *tales expresiones deben ser examinadas nuevamente* teniendo en cuenta las exigencias derivadas del Art. 5, primer párrafo, de la Ley Fundamental [libertad de expresión]”³³. Sin embargo, debe observarse que esta fórmula de remisión admite excepciones que el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal

³⁰ V. Mendoza Escalante, Mijail “Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales”, en *Revista jurídica del Perú*, N.º 73, 2007, pp. 11 y ss.

³¹ “Ley del Tribunal Constitucional Federal” (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), art. 95.2. Al respecto, V. Schlaich, Klaus *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. neuarbeitete Auflage, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pp. 258 y ss.

³² Caso “Los soldados son asesinos”: BVerfGE 93, 266.

³³ BVerfGE 93, 266 (p. 312), cursiva nuestra.

considera que carecería de sentido la remisión dado que la Sala a que debe volver a expedir pronunciamiento no haría sino “repetir” lo resuelto por el Tribunal³⁴.

En el caso del modelo español, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la resolución judicial y, por lo general y tratándose de la lesión de derechos constitucionales sustantivos, expide un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia³⁵. Tal es caso, por ejemplo, de la sentencia del caso “Patiño”³⁶, donde en un proceso judicial se condenó a la editorial de una revista por lesión del derecho a la intimidad familiar, el Tribunal Constitucional declara que las resoluciones judiciales han afectado el derecho a la libertad de información y “anula” las resoluciones judiciales.

Ahora bien, la valoración de la utilidad de estos modelos del derecho comparado debe considerar que en ambos casos el amparo constituye un “recurso”, esto es, un “medio impugnatorio” subsidiario al que ha de acudir agotados los medios impugnatorios del propio proceso judicial, pero no un “proceso” como es el caso peruano. Sin embargo, salvado este matiz, las orientaciones que ellos pueden brindar sobre el tema bajo análisis resultan de utilidad, en cuanto marco de referencia.

En nuestro modelo y atendiendo a lo expuesto, el que la sentencia tenga efecto casatorio o de instancia habrá de examinarse en el caso concreto, bajo la directriz de que regla deba ser el efecto de instancia o grado y, la excepción, en cambio, el efecto casatorio. La razón que justifica la adopción de esta regla, de valor *prima facie*, es la *efectividad* del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3, Const.), particularmente significativo cuando en la controversia se halle de por medio derechos cuya naturaleza demande una tutela perentoria (*dimensión subjetiva* del proceso de amparo) o cuando el caso detente trascendente relevancia constitucional de modo que requiera la resolución directa de la controversia constitucional (*dimensión objetiva* del proceso de amparo).

En unos casos, la sentencia de amparo será por definición, una sentencia de instancia, esto sucede cuando se han de examinar resoluciones judiciales donde se ha considerado que se ha lesionado determinados derechos fundamentales, siendo que, de modo contrario, el juez de amparo considera que se trató del ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Tal sería el caso de una sentencia de amparo donde se deja sin efecto una sentencia civil donde se condenó a un periodista por la presunta lesión del derecho al honor de una persona, cuando, en realidad, a juicio del juez de amparo, se trató de un supuesto de ejercicio de libertad de información. La sentencia del proceso de amparo sería suficiente para proteger y reparar la libertad de información.

V.2.2 “AMPARO-PROCESO” Y “AMPARO-RECURSO” PARA EL EXAMEN MATERIAL DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Otro problema de entidad en el amparo frente a resoluciones judiciales por lesión de derechos sustantivos viene a ser la eventual disfuncionalidad del sistema que puede ocasionar el que se cuestione lo resuelto en un proceso ordinario a través de un proceso de amparo. No es ello, sin embargo, razón suficiente para descartar esta modalidad de amparo.

³⁴ V. Schlaich, Klaus *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 259.

³⁵ V. sobre el tema: Pérez Tremps, Pablo “Comentario” al artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en Requejo Pagés, Juan Luis (coordinador) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 864.

³⁶ STC 171/1990.

Para articular adecuadamente el examen de resoluciones judiciales por lesiones de derechos sustantivos sería conveniente la introducción de un recurso de amparo, directo ante el Tribunal Constitucional, articulado con los procesos judiciales ordinarios a través del *principio de subsidiariedad*, tal como el caso del modelo alemán³⁷ o español³⁸. Ahora bien, aun cuando en principio tal opción parecería exigir modificación de las normas vigentes, una posibilidad interpretativa de las mismas podría dar también cabida a la introducción jurisprudencial de una forma de “amparo-recurso” cuando se objete una resolución judicial por lesión de derechos fundamentales sustantivos. El conveniente práctico de esta tesis es que resulta más adecuado el examen de lo resuelto en un proceso judicial ordinario, a través de un “recurso”, un “medio impugnatorio”, antes que efectuarlo a través de otro proceso, aun cuando se trate de un proceso rápido como el de amparo. Este objetivo de evitar una prolongación de los procesos judiciales se justifica en la exigencia de *efectividad* de la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero, ¿cómo es posible esto? La premisa para la introducción jurisprudencial de esta “amparo-recurso” lo constituye el artículo 201° de la Constitución³⁹. Esta disposición constitucional establece una *competencia general de función jurisdiccional en materia constitucional*, la cual es *concretizada* por un conjunto de *competencias específicas* a través del artículo 202°. El resultado de lo anterior es que “las competencias específicas pueden ser complementadas o perfeccionadas en el ámbito de la competencia general”, actividad que puede ser realizada “por el legislador o, en su caso, por el juez superior en materia constitucional: el Tribunal Constitucional.” El límite de esta función estará dado por la condición de que cualquier concretización o complementación deberá enmarcarse en el ejercicio de la competencia general. Esto significa que la competencia de conocer procesos de tutela de derechos en instancia (art. 202, inc. 2, Const.) puede ser *perfeccionada y concretizada*. En este caso, este propósito se realizaría a través de la implementación del “amparo-recurso” para el específico objeto del control de resoluciones judiciales eventualmente lesivas de derechos constitucionales sustantivos.

Se trata de una labor de *concretización* o *complementación* porque la legislación vigente no ha previsto un régimen particular para aquel efecto. Sin embargo, bien visto, no se trata de la implementación de una nueva competencia, sino del perfeccionamiento de la competencia de conocer y examinar pretensiones de la persona respecto a lesiones de derechos fundamentales, enunciada en el art. 202, inc. 2, de la Constitución.

Constituye una labor de *perfeccionamiento* porque a través de ella se optimiza la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (dimensión subjetiva del amparo) y, con ello, el principio de economía y celeridad procesal y, por otra parte, de manera muy importante, porque de esa forma se posibilita que el Tribunal Constitucional pueda desplegar el *efecto de irradiación de los derechos fundamentales* sobre todo el resto del ordenamiento jurídico y las diversas áreas del derecho (dimensión objetiva del amparo). En un país con una cultura jurídica judicial predominantemente legalista tal objetivo constituye un imperativo de los momentos actuales de nuestra jurisdicción constitucional, sólo de esta forma se posibilitará que los derechos fundamentales adquieran su condición de auténticas normas reguladoras de las relaciones jurídicas, en especial, las que tienen lugar en las relaciones entre particulares.

³⁷ “Ley del Tribunal Constitucional Federal” (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), art. 90.2.

³⁸ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 44.1.a.

³⁹ Hemos expuesto esta tesis también para la introducción del recurso de agravio frente a resoluciones estimatorias de amparo de segunda instancia por lesión de derechos constitucionales sustantivos. V. Mendoza Escalante, Mijail “Amparo contra amparo: la reparación de lesiones de derechos fundamentales en un proceso de amparo”, en *JuS Jurisprudencia*, N° 3, Lima, agosto 2007, pp. 52 y sgte.

Ahora bien, converge a la implementación jurisprudencial de este “amparo-recurso” el *principio de autonomía procesal constitucional*⁴⁰, conforme al cual el Tribunal Constitucional tiene la potestad de crear normas procesales constitucionales que tiendan a perfeccionar o complementar las ya vigentes. Por tanto, si es que, como advertimos, este amparo-recurso cumple con el objetivo de perfeccionamiento del nuestro derecho procesal, puede su introducción considerarse como un ejercicio legítimo de dicho principio.

Los aspectos operativos de esta implementación serían los siguientes. El “amparo-recurso” se habría de articular a través de la interposición de un recurso de agravio constitucional ante la Sala que expidió una resolución con la condición de firme (v.gr. la Sala Civil de la Corte Suprema que resuelve un recurso de casación), la que tendría que remitir el expediente al Tribunal Constitucional a efectos de su examen. La eventual denegación del mismo habilitaría la interposición del recurso de queja ante el propio Tribunal. El objeto del recurso sería examinar si la resolución judicial ha lesionado derechos constitucionales sustantivos al haber incurrido en algunos de los supuestos de *error in iudicando* y en su tramitación y vista de causa debería intervenir la otra parte del proceso ordinario –no la que interpuso el recurso de agravio constitucional- y el tercero de ese mismo proceso.

Una objeción que puede plantearse es que de esta forma el Tribunal Constitucional vería sobredimensionada su carga procesal. No debe ser tal, empero, una consecuencia inevitable. La procedencia del amparo-recurso debería sujeta al cumplimiento de determinados criterios que, de modo análogo al *certiorari*, posibiliten al Tribunal Constitucional una selección de los casos que debe examinar. Los criterios que deben emplearse y la problemática que ello plantea no pueden aquí ser abordados, no obstante ello debe observarse que aquellos deberán considerar necesariamente la dimensión objetiva y subjetiva del amparo.

VI. CONCLUSIÓN

El proceso de amparo frente a actos de particulares debe ser identificado en función al *objeto de la controversia* que plantea, no en función de la *legitimación procesal pasiva*. Desde tal perspectiva, el amparo frente a actos de particulares tiene lugar siempre que el objeto del mismo sea una controversia entre particulares donde las pretensiones de las partes del proceso o, al menos de una de ellas, se sustenta en derechos fundamentales. Según esto, se tiene un *amparo directo* cuando el objeto es un acto de un particular y un *amparo indirecto* cuando el objeto es un acto del poder público que resuelve una controversia entre particulares. En el amparo indirecto se puede distinguir, a su vez, el amparo mixto y el amparo contra resoluciones judiciales.

El amparo frente a particulares posibilita que los derechos fundamentales puedan desplegar su fuerza reguladora en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares. De esta forma, el *efecto de irradiación de los derechos fundamentales* se proyecta al ordenamiento jurídico del derecho privado, tanto sobre el que procede de la potestad normativa del Estado como también sobre el que procede de la potestad normativa privada. El cumplimiento de esta función a través del amparo frente a actos de particulares posibilita, en último término, situar a la dignidad de la persona como un límite eficaz en las relaciones jurídicas entre particulares y un principio rector de éstas.

⁴⁰ V. sobre este principio: Mendoza Escalante, Mijail “La autonomía procesal constitucional”, en *Justicia Constitucional*, N.º 4, 2007 (de próxima publicación).