

La subsidiariedad del amparo peruano

Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ*

El autor desarrolla los temas relativos a la subsidiariedad del amparo y los criterios, objetivos y subjetivos, para determinar una vía ordinaria igualmente satisfactoria al amparo dados en el precedente Elgo Ríos. Sostiene que dicho precedente realiza una lectura “negativa” del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, que obligaría al demandado a motivar porqué la vía ordinaria es igualmente satisfactoria. No obstante, sostiene que en la práctica seguirá realizándose una interpretación “positiva” de aquel, en el sentido que el recurrente es el obligado a demostrar la procedencia del amparo.

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

El problema de todo aquel que busca defender sus derechos constitucionales es saber cómo se relacionan el amparo y las llamadas vías ordinarias, cuándo se debe activar una y no otra, qué hace preferir a una sobre la otra, por qué existe esa preferencia, asuntos que tienen décadas en nuestro país sin respuestas claras.

En oportunidades anteriores, hemos sostenido que la estructura del amparo y de las vías ordinarias indica que ambas deben articularse como vías complementarias de tutela, es decir, que cada una sirve para afrontar situaciones distintas aunque su propósito final sea

el mismo: proteger derechos. Así, las vías ordinarias servirían en situaciones donde exista complejidad probatoria, cuando se necesita de amplias garantías probatorias para dilucidar la causa, en cambio, el amparo debería actuar cuando no se requieren de esas garantías, cuando la agresión padecida está tan claramente identificada que no se necesita de una etapa probatoria, lo que favorecería a la rapidez del trámite.

No obstante lo mencionado, lo cierto es que desde hace más de una década se ha consagrado y puesto en práctica la figura de un amparo subsidiario, residual o excepcional¹,

* Consejero de Miranda & Amado Abogados.

1 Para agilizar la lectura, usaremos en forma indistinta los términos subsidiario, residual y extraordinario para referirnos al amparo, sin embargo, conceptualmente es posible (y hasta necesario) diferenciar esas nociones, tal como lo hace el profesor Néstor Raúl Correa Henao: “lo subsidiario no es sinónimo de extraordinario (...) del hecho que la ‘tutela’ [‘amparo’ colombiano] sea subsidiaria tampoco se sigue que ella sea un medio extraordinario’ de defensa de los derechos. Aquí yerra la Corte Constitucional. Lo accesorio [subsidiario] no es extraordinario, esto es, no es descomunal

caracterizado por ser una suerte de mecanismo extraordinario, casi heroico de tutela, que llega para salvar el día ante las insuficiencias y defectos de las vías ordinarias.

Esta realidad exige que –sin perjuicio de nuestras objeciones académicas– realicemos un análisis sobre la manera en que suele y debe usarse la subsidiariedad del amparo en la realidad, mostrando sus alcances y limitaciones. Es como si un taxista dijera que lo más recomendable para lidiar con el tráfico limeño es usar vehículos automáticos. Pero si a los taxistas solo les alquilan autos mecánicos, nuestro personaje sería excesivamente necio si se negara a manejar esos vehículos, tendría que dejar de trabajar. Algo similar ocurre con nosotros. Si queremos litigar en el sistema constitucional peruano, debemos aprender a usar y lidiar con la subsidiariedad del amparo.

Por cierto, esto último es actualmente muy importante porque el mes pasado el Tribunal Constitucional (“TC”) se ha pronunciado sobre la llamada subsidiariedad del amparo en el nuevo precedente *Elgo Ríos* (Exp. N° 02383-2013-PA/TC). En estas líneas analizaremos los criterios de este precedente y sus posibles alcances.

I. EL ARTÍCULO 5.2 DEL CPCONST Y SUS POSIBLES SENTIDOS

El artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional (“5.2 CPCConst”) establece como regla para articular vías ordinarias y amparo que no procederá la vía constitucional cuando “existan [otras] vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias”. La literalidad del texto consagra un *sentido negativo* sobre la procedencia del amparo. Y

es que dispone que *si existe una vía ordinaria igual de eficaz que el amparo, se optará por ella y no por el amparo*. Lo que sugiere que se debe acreditar la existencia y suficiencia de aquella otra vía ordinaria.

A pesar de lo mencionado, la lectura regular que suele darse a la norma es en *sentido positivo*, como si la procedencia del amparo fuera lo que deba acreditarse, es decir, como si el texto dijera *si el amparo es más eficaz que cualquier otra vía, se optará por él*. Lo que induce a pensar que lo que debe demostrarse es la mayor idoneidad del amparo para la defensa del derecho.

Veremos que optar por una u otra lectura genera importantes consecuencias prácticas. De modo que la clave para interpretar el artículo 5.2 CPCConst no está solo en saber qué quiere decir la norma cuando usa la frase “vía igualmente satisfactoria”, sino, además, en elegir una interpretación positiva o negativa de las cargas que esa norma genera.

II. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO

1. El inicio marcado por el precedente *Baylón Flores*

Al poco tiempo de entrar en vigencia el CPCConst, el TC dictó el precedente *César Baylón Flores* (Exp. N° 00206-2005-AA/TC) donde trató de interpretar los alcances del 5.2 CPCConst y con ello, dar sentido (y no contenido) a la idea de “vía igualmente satisfactoria”.

Para el TC esa norma consagraba el carácter residual del amparo, pues en la jurisdicción constitucional comparada sería “pacífico” asumir que el primer nivel de protección

o fuera de lo común o de otro grupo distinto al ordinario (...) en sede de tutela [de amparo], implica que cuando este mecanismo protector tiene aplicación, él es, amén de único, el instrumento ordinario, común y natural de protección de derechos. [El amparo] no está fuera de lo ordinario, sino, por el contrario, es la forma ordinaria de proteger derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que no exista otro medio de defensa judicial, desde luego”.

de los derechos corresponde a los jueces del Poder Judicial “a través de los procesos judiciales ordinarios”². Con esto se invistió al amparo con el manto de la residualidad, se convirtió en una suerte de proceso “heroico”, que “solo” ante la ausencia o insuficiencia de las vías de la justicia ordinaria, llega para “salvar a los derechos”(casi como el Chapulín que llega cuando el afectado dice: “¡Y ahora quién podrá defenderme!”).

En la práctica, eso significó que la manera en que se relacionan vías ordinarias y amparos, es otorgando a las primeras una suerte de preferencia frente a los segundos, pues, según dice el TC, el primer nivel de protección es “a través de las vías ordinarias”. El amparo solo sería llamado cuando hay problemas en las vías ordinarias para brindar una tutela adecuada y no de manera regular (véase las observaciones hechas en la nota 1).

Esa interpretación en sentido positivo del 5.2 CPCConst, ha significado que el amparista deba acreditar ante el juez que existen razones que hacen necesario activar esa vía. Eso pone en cabeza del demandante la carga de precisar cuáles son los defectos o insuficiencias de las vías ordinarias para atender su situación, fallas que no están en el amparo y/o que el amparista justifique ante al juez las razones especiales de su caso que ameritan la tutela procesal de urgencia del amparo.

2. La ausencia de razones para la subsidiariedad del amparo

Analicemos un momento las razones que ha tenido el TC para justificar la residualidad del amparo. Si bien señala que “es pacífico en el derecho comparado” preferir a la vías ordinarias sobre el amparo, incurre en una invocación vacía, que no responde a la pregunta esencial ¿por qué existe tal preferencia? No lo dice, solo invoca la autoridad del derecho comparado, pero tampoco dice a qué sistema procesal extranjero se refiere. En resumen, no invoca una razón real.

Seguidamente el precedente *Baylón Flores* ensaya –aunque en forma bastante confusa– otra razón irreal: de no preferirse las vías ordinarias, el amparo se convertiría en el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, en perjuicio de las vías ordinarias que brindan igual protección. La pregunta evidente es ¿por qué existe tal riesgo? ¿el amparo es tan atractivo que hará que nos olvidemos de todos los otros procesos que existen? El TC no dice nada al respecto, pero igual nos obliga a seguir un modelo de amparo residual.

Imaginemos que el anfitrión de una cena nos dice: “el uso de las cucharas será excepcional, pues de lo contrario se corre el riesgo de que dejen de usarse los tenedores”. Los comensales preguntarán, entre otras cosas, a qué se debe tal temor. No solo no encontrarán razones

2 “(...) en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado (...)

Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente (...) será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial que se trate” (Precedente *Baylón Flores*, fundamentos 5 y 6).

para ese riesgo, sino que fácilmente identificarán que si bien cada instrumento cumple un mismo fin (alimentarnos) funciona para situaciones o platos distintos. No obstante, si el anfitrión insiste en su mandato sin dar mayores razones, probablemente le hagan caso no porque compartan sus inexistentes temores, sino por su especial posición en la cena.

Algo similar ocurre con el amparo. Se ha venido considerando que desde el CPConst el rostro del amparo es residual, no porque el TC haya dado razones que así lo justifiquen sino por su autoridad dentro del sistema procesal constitucional, es decir, porque ha actuado como un Tribunal de poder y no como un Tribunal de razones.

III. EL PRECEDENTE *ELGO RÍOS* Y SU CONFUSA REDACCIÓN

1. La creación del nuevo precedente

Pero volvamos a nuestro propósito central. Lo primero que llama la atención de *Elgo Ríos* es que, a diferencia de *Baylón Flores*, el TC sí busca dotar de contenido a la idea de subsidiariedad del amparo. No se limita a decir por qué el amparo debe ser subsidiario, sino que busca explicar cuándo se debe activar el amparo o cuándo la vía ordinaria.

Eso va en línea con lo dicho en el fundamento 24 de *Elgo Ríos* (extremo que no tiene la condición de precedente) donde el TC señala que busca afianzar la idea de un amparo residual, pues “en esencia se mantienen los principales criterios preexistentes” del precedente *Baylón Flores* (que consagró la residualidad del amparo). Sin embargo, en la parte del fallo *Elgo Ríos* que sí tiene la calidad de precedente, se practica una redacción opuesta a los propósitos declarados por el TC. Citamos:

“15. Queda claro entonces que la vía ordinaria será ‘igualmente satisfactoria’ a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho [15.1];
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada [15.2];
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad [15.3]; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias [15.4].

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).”

2. Una redacción contraria al propósito perseguido

El texto precisa qué requisitos debe cumplir la vía ordinaria para ser igual de satisfactoria que el amparo (“la vía ordinaria será ‘igualmente satisfactoria’ a la vía del proceso constitucional de amparo si (...)”), no dice qué requisitos deben concurrir en el amparo. Esa redacción parte de una lectura en sentido negativo del 5.2 CPConst, esto es, que la carga está en probar y argumentar³ la idoneidad de las vías ordinarias para tutelar el derecho constitucional invocado y no en acreditar la idoneidad del amparo. Dice que solo

3 Desde un punto de vista más técnico-procesal, se podría objetar que hablemos de cargas de prueba y argumentación desde el inicio del proceso, cuando tales cargas sólo se usan al momento de decidir la procedencia y sólo si el juez tiene dudas. Tal duda será resuelta en contra del sujeto sobre el que recae la carga.

si se demuestra que concurren los requisitos del precedente, las vías ordinarias serán consideradas igualmente satisfactorias y, por ende, deberán activarse. Eso implicaría una suerte de presunción a favor del uso del amparo, la misma que solo podrá romperse si se cumplen con los requisitos previstos.

Esa interpretación textual, daría un giro copernicano en la relación entre amparo y vías ordinarias, pues corresponderá al demandado argumentar y, en su momento al juez motivar, por qué la vía ordinaria es “igualmente satisfactoria” que el amparo. Y es que sería un contrasentido que a quien inicia la vía constitucional, se le pida acreditar que la estructura o la decisión de la vía ordinaria, son iguales o más idóneos y eficaces que el amparo. Sería como decirle: “justifique usted señor amparista, por qué su demanda es improcedente”. Ese absurdo interpretativo se supera entendiendo que la acreditación de los requisitos de *Elgo Ríos* recae en cabeza del demandante.

No obstante, creemos que esa interpretación textual no tendrá espacio en la práctica usual del amparo. Es decir, que lo más probable es que los jueces sigan invocando la subsidiariedad del amparo. Eso porque, desde antes de *Elgo Ríos* el actual TC ya señalaba que el artículo 5.2 CPCConst se debe leer en clave positiva, es decir, como si la carga estuviera en

“**En la parte del fallo *Elgo Ríos*, se practica una redacción opuesta a los propósitos declarados por el TC.**”

demostrar “la pertinencia de la vía constitucional”⁴; a su vez, porque, en el mismo fallo *Elgo Ríos* se menciona que el propósito es precisar *Baylón Flores* (donde se consagró la subsidiariedad del amparo) sin alterar su esencia, y, finalmente, porque

en los futuros fallos que dictará el TC este aplicará *Elgo Ríos* en el sentido que realmente quiere.

Todo eso hace lejana la posibilidad de realizar una lectura textual del nuevo precedente, de modo que lo más recomendable es leer en clave positiva *Elgo Ríos*, asumir que los nuevos requisitos son exigibles al amparista y no al demandado.

IV. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE ELGO RÍOS

Elgo Ríos impone requisitos objetivos y subjetivos para la procedencia del amparo. Los primeros se enfocan en las condiciones estructurales y de eficacia que tiene el proceso ordinario, mientras que los segundos se refieren a las condiciones del caso, a la nocividad específica que estaría padeciendo el derecho invocado. Veamos cómo operan y qué consecuencias pueden generar.

1. Su reconocimiento

Según el fundamento 15 antes transcrito (supra 4.1), el análisis objetivo supone comparar la estructura de la vía ordinaria y la del

Creemos que el derecho no es solo norma o teoría, sino, principalmente, una práctica social, por lo que no podemos pensar en cargas procesales sin las consecuencias prácticas que estas generan. Visto así, lo mencionado no contradice nuestra postura. Y es que si desde las partes saben que la incertidumbre del juez puede jugar en su contra, es sensato pensar que esa posible pérdida le generará incentivos para evitarla, es decir, para argumentar y acreditar sobre aquello que les puede perjudicar.

4 Fundamentos 2.2 y 4 de los casos Eddy Bernal (Exp. N° 03070-2013-PA/TC) y Noemí Lazo (Exp. N° 02677-2013-PA/TC).

amparo, y también comparar la eficacia que tendría el fallo que se dicte en una u otra vía. Los fundamentos 14 y 16, que también tienen la calidad de precedente, ratifican lo dicho. Citamos:

“14. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea).

(...)

16. (...) los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) (...).”

Al aplicarse esos requisitos (15.1 y 15.2) en *Elgo Ríos*, se compara el proceso laboral ordinario y el proceso de amparo.

Desde la óptica de la eficacia de la sentencia (15.2), se señala que la decisión de la vía ordinaria puede ser igual de eficaz que el amparo pues –al igual que este– puede ordenar la reposición (y no solo a indemnizaciones) del trabajador frente a despidos incausados y fraudulentos (fundamentos 30 a 33).

Desde el punto de vista estructural (15.1), se resalta que la vía ordinaria es menos idónea que el amparo, pues en aquella predomina el elemento escrito y tiene mayores actos y audiencias, lo que dilata más su trámite (fundamentos 35 y 36). Es decir, que en el caso *Elgo Ríos*, el amparo sí era precedente, pues, en la comparación objetiva, la vía ordinaria no era igual de idónea que el amparo.

2. Requisitos objetivos como comparación en abstracto

La manera en que el TC aplica los requisitos objetivos evidencia que estos exigen una comparación en abstracto de procesos, lo que reducirá el grado de complejidad en su uso.

Y es que una primera lectura de los requisitos objetivos, sin tomar en cuenta la forma en que el TC los aplica, puede generar más dudas que certezas, pues lleva a preguntarnos qué elementos deben compararse entre los procesos, cuándo la estructura de una vía es mejor que la otra, por qué; o, qué implica comparar la eficacia de una y otra vía. Si vemos así las cosas, entonces *Elgo Ríos* no habría traído mejoras al tratamiento del amparo, pues el juez debería cometer el absurdo –que hemos denunciado antes– de exigir al amparista que dé una clase de derecho procesal cada vez que quiere que se le abran las puertas de la justicia.

Por ventura, el TC ha considerado que la aplicación de los requisitos objetivos exige una comparación en abstracto de los procesos, de tal suerte que el análisis que haga el TC entre el amparo y la vía ordinaria “x”, deberá ser el mismo para los sucesivos casos en que se vuelvan a comparar esas vías. Así, por ejemplo, ya quedó claro para los nuevos casos que objetivamente el amparo es más idóneo que la vía laboral ordinaria. Argumento que deberá replicarse en todos los casos donde se comparen esas vías.

Salvo que surjan cambios normativos o jurisprudenciales que alteren la estructura de los procesos y de sus sentencias, las comparaciones entre procesos siempre arrojarán los mismos resultados. Eso otorgará mayor predictibilidad en la aplicación de los requisitos objetivos, de modo que los cambios introducidos por *Elgo Ríos* en este extremo pueden ser bastante favorables.

Cabe anotar que, debido a su estructura más sumaria, es probable que el amparo termine

ganando la mayoría de batallas comparativas con las vías ordinarias. Piénsese, por ejemplo, en la recurrente comparación entre amparo y vía contencioso-administrativa. El hecho que deba esperarse a un dictamen fiscal para poder fallar sobre el fondo, hace que la estructura del amparo aparezca como la más rápida y adecuada⁵. La comparación es aún más favorable al amparo cuando la discusión es de tipo tributario, pues el trámite de las medidas cautelares en la vía contencioso-administrativa es más gravoso que en el amparo. En el primero, las cautelares se resuelven previo traslado a la Sunat (artículo 159, incisos 5 y 6, del Código Tributario), en cambio, en el amparo, las cautelares se tramitan sin conocimiento previo de la otra parte (artículo 15 del CPCConst).

Tomando en cuenta lo anterior, creemos que no habrá muchas dificultades al aplicar los requisitos objetivos. Lo realmente difícil viene a continuación.

V. LOS REQUISITOS SUBJETIVOS

1. Su reconocimiento

Los requisitos subjetivos se enfocan en las circunstancias del caso concreto y de los derechos allí involucrados. Así, en el fundamento 15 de *Elgo Ríos* (supra 5) se mencionan como requisitos de procedencia (i) que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad (15.3) y (ii) que no haya necesidad de tutela urgente debido a la relevancia del derecho o a la gravedad del daño tenido (15.4).

Ya previamente, el precedente había explicado esos criterios. Citamos:

“14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria so: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad) (...) (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

(...)

16. (...) los operadores deben determinar si la vía (...) resulta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de tutela urgente)”.

Al igual que los requisitos objetivos, se puede cuestionar que los requisitos subjetivos introducen conceptos abiertos que llevan a más preguntas que a respuestas, esto es, que se cambia una regla compleja (la “vía igualmente satisfactoria” del artículo 5.2 CPCConst) por otras tres reglas aún más complejas y confusas (“grave riesgo”, “afectación irreparable” y “urgencia por magnitud del daño”).

No obstante, a diferencia de la óptica objetiva, los requisitos subjetivos exigen un análisis

5 Estamos replicando el razonamiento del TC entre la vía contencioso-administrativa especial (o de urgencia) y el amparo. En el caso *Consortio Dhmont* (Expediente 1387-2009-PA/TC, fundamento 4) el TC señala que el amparo presenta una estructura más adecuada para la tutela de los derechos fundamentales, puesto “que el proceso especial previsto en la Ley 27584 [Ley del Proceso Contencioso Administrativo] no puede ser calificado como la vía igualmente satisfactoria para la resolver la controversia planteada, pues a diferencia de la regulación actual del proceso de amparo, incluye la participación del Ministerio Público, lo cual no asegura que dicho proceso sea verdaderamente una manifestación de la tutela de urgencia (sumarización del proceso)”.

Si en la comparación entre la vía de urgencia del contencioso-administrativo y la vía de amparo, es más idónea esta última, debe esperarse el mismo resultado al comparar el amparo y la vía ordinaria del contencioso-administrativo.

del caso concreto, según las peculiaridades especiales que presenta cada causa, de modo que es difícil esperar que en su aplicación se llegue al mismo nivel de predictibilidad que los requisitos objetivos.

“Elgo Ríos cambió una regla compleja por otras tres reglas aún más complejas y confusas.”

Por ejemplo, aunque la “clausura” implica las mismas acciones, en unos casos puede dar lugar a daños irreparables y en otros no. Así, a primera vista, más irreparable puede ser la clausura de un lugar usado como casa habitación que la clausura de un local comercial. Pero pueden existir casos en donde el agravio sea igual de irreparable. Eso podría ocurrir si, por ejemplo, el local comercial es el único sustento de la familia. O, en fin, cabe una multiplicidad de peculiaridades que hagan que cierta situación sea irreparable en un momento y que, una situación análoga, no lo sea en otro caso.

En suma, aunque la labor del TC al aplicar los requisitos subjetivos puede ayudar, los criterios que use no podrán extrapolarse sin más a todos los casos, pues sus razonamientos responderán a las especiales circunstancias de cada caso y no a un análisis en abstracto, tal como ocurrirá con los requisitos objetivos.

2. Los requisitos subjetivos como reglas complejas

Como venimos afirmando, *Elgo Ríos* cambió una regla compleja por otras tres reglas aún más complejas y confusas. Richard Epstein indica que una regla es simple cuando lleva a dos caminos de sí o no. Si al optar por una respuesta el juego termina, entonces la regla es simple. Pero si la respuesta, abre otras puertas y más preguntas que a la vez abren otras puertas, entonces la regla es compleja. Eso es lo que sucede con los requisitos subjetivos. Lo que sostenemos es que aplicar los requisitos subjetivos implica abrir, *al menos*, tres puertas para saber si el amparo procede o no, para terminar el juego.

Para la aplicación de las reglas subjetivas, el amparista deberá empezar por responder si padece un grave riesgo en sus derechos. Si acredita que sí, después abrirá otra puerta en donde se le preguntará si tal riesgo es de tipo

irreparable (15.3). Si también acredita que así es, abrirá la última puerta donde –al igual que a Edipo– la esfinge le preguntará por qué el daño que teme es inminente o cercano en el tiempo, por qué necesita tutela urgente (15.4). Solo si responde y justifica acertadamente su respuesta, se le abrirán las puertas al “maravilloso” mundo del amparo.

Ese parece ser el camino trazado en *Elgo Ríos* para los requisitos subjetivos, sin embargo, transitarlo no es tan sencillo como responder a tres preguntas.

Lo más difícil es descifrar qué quiere decir la pregunta y cuál es la respuesta correcta. Imaginémoslo un momento, que planteamos una demanda de amparo. Será difícil identificar cuál es el “grave riesgo”, “afectación irreparable” y “urgencia relevante” que se nos exige acreditar. No solo es muy difícil saber el contenido de esas nociones, sino, además, hacer diferencias entre esas ideas. Lo más posible es que en la práctica las palabras “grave riesgos”, “daño irreparable” y “urgencia relevante” sean usadas en unos casos como sinónimos y en otros como conceptos independientes.

De ser así, *Elgo Ríos* no habrá cambiado en nada al trámite del amparo. Seguiremos litigando con una idea vaga de lo que es la procedencia de esa vía y veremos algunos fallos –incluso del TC– donde las palabras irreparabilidad, daño grave y urgencia sean usadas para describir lo mismo y otros fallos donde sean usados para cosas totalmente distintas. La dispersión de conceptos y aplicación, hará que perdure la actual imprevisibilidad en el uso del amparo.

3. Construcción de una idea de irreparabilidad

Creemos que la clave para hacer más predecible la aplicación de *Elgo Ríos* está en delimitar el concepto de irreparabilidad pues puede englobar/encausar tanto a las ideas de daño irreparable (15.3) como o a la de urgencia relevante (15.4). Eso nos llevaría a reducir las tres puertas de la regla a una sola; o a que evitemos la dispersión/confusión en la aplicación de los requisitos subjetivos. Para esos propósitos pueden ser útiles las propuestas de sistematización de Cass Sunstein o de Neil Manson. Si bien sus ideas fueron pensadas para la irreversibilidad de los daños medioambientales, pueden trasladarse sin problemas aquí. Veamos:

a. ¿Qué es la irreparabilidad?

Empecemos con una advertencia. Debemos tener cuidado al invocar y aplicar la noción de irreparabilidad, pues es fácil presentar cualquier evento como irreversible o irreparable. Así, es posible afirmar que jugar fútbol con unos amigos genera un daño irreparable, pues el tiempo ocupado en esa actividad no pudo destinarse a ninguna otra. Por tanto, invocar la simple pérdida de oportunidad no puede sustentar la irreparabilidad que sustenta la procedencia de un amparo. Este consejo nos permitirá dibujar la silueta del concepto de irreparabilidad.

El primer elemento es la *irreparabilidad como contenido dañino*, como cambio para peor de una situación.

Así, por ejemplo, gastar dinero en celebrar un matrimonio puede generar pérdidas económicas no recuperables, pero no puede calificarse como una pérdida dañina. Otro caso, más adecuado a nuestros fines, es el de quien plantea un amparo contra una resolución judicial que le resultó favorable (declara fundada su demanda) aunque por razones distintas a las que él quería. Es indudable que en tal supuesto no existe una situación dañina que el amparo deba reparar.

El segundo elemento es que la *irreparabilidad sea inseparable de la gravedad*.

En efecto, no basta con que un evento tenga un sentido dañino para hablar de irreparabilidad. Esta debe implicar un daño de magnitud importante.

Por ejemplo, aunque ambos sean irreparables, no es lo mismo perder la muela del juicio que perder un brazo. Es obvio que en el segundo caso, la pérdida es más relevante. Un ejemplo más judicial puede ser el caso donde una entidad estatal clausuró todo un complejo donde funcionan oficinas administrativas de distintas empresas y también una Central Termoelectrónica de la empresa "X". Aunque todas las empresas formulen su demanda de amparo en términos similares, parece palmario que la magnitud del daño será mayor en el caso de la empresa "X". Si las otras empresas quieren que proceda su amparo, deberán brindar elementos adicionales que justifiquen la existencia de un daño relevante.

En resumen, la irreparabilidad que se debe invocar en el amparo es aquella que genera un cambio dañino y grave.

b. ¿Cuántos tipos de irreparabilidad existen?

Bajo esa construcción conceptual caben hasta tres tipos o sentidos de irreparabilidad.

Suele asumirse que *irreparabilidad e irreversibilidad son iguales*. En este primer sentido, se deben identificar daños irreparables con daños irreversibles. Ese sería el caso de la muerte de una persona, pues se trata de un cambio irreparable que no puede ser revertido.

En un segundo sentido, se debe señalar a aquellos daños que si bien son irreparables son también reversibles. Lo curioso es que se trata de *daños reversibles a costos prohibitivos*, demasiado altos como para ser fácilmente aceptables. Tal sería el caso, por ejemplo, de los amparos que invocando posibles afectaciones al medioambiente, solicitan que cese la construcción o que se abstengan de construir obras de gran envergadura (puertos,

carreteras, aeropuertos, etc.). En esos casos es posible afirmar que se van a generar daños reversibles (las obras pueden ser destruidas después) pero debido a sus elevados costos y magnitud serían igualmente irreparables.

Y, finalmente, también hay *daños reversibles pero que, sin importar sus costos, son irreparables* por tratarse de bienes con especiales cualidades o únicos. Ese sería el caso de una casa colonial que quiere ser destruida. Si bien puede decirse que ese bien es pasible de ser reconstruido con iguales o mejores condiciones, eso no eliminará la irreparabilidad. De modo que un amparo para salvar de la destrucción a la casa colonial cumpliría con los requisitos de procedencia.

En cualquiera de los tres sentidos se puede hablar de irreparabilidad, esto es, cualquiera puede ser usado para superar los requisitos subjetivos de procedencia del amparo. Podemos resumir lo dicho en el siguiente Cuadro:

CUADRO 1	
IRREPARABILIDAD Empeoramiento relevante	Irreversibilidad
	Reversibilidad excesivamente costosa
	Reversibilidad de bienes invaluablees

c. ¿Un caso de irreparabilidad?

El ejercicio anterior de sistematización pretende facilitar la tarea para identificar aquello que se invoca como daño irreparable en los

amparos, evitando la dispersión de ideas en la aplicación de un único concepto; y, de otro lado, reducir la cantidad de puertas de análisis que abren los requisitos subjetivos del precedente *Elgo Ríos*.

Además, esta sistematización es coherente con lo establecido por el artículo 1 del CPConst que dispone que la ocurrencia de un daño irreparable⁶ dará lugar a que el juez declare fundada la demanda o a que declare la sustracción de la materia. Tomar una u otra opción depende del tipo de agravio. Si este es irreparable pero aún reversible, deberá declararse fundada la demanda y reponerse las cosas al estado anterior (en la medida de lo posible).

Pero si el daño es irreversible, o el juez considera que es reversible a costos prohibitivos, deberá declarar la sustracción de la materia, dado que el amparo perdió la utilidad esperada.

También puede darse una concurrencia de los tipos de irreparabilidad. Por ejemplo, si hay daños irreparables e irreversibles por el amparo, pero además se están dando o se darán nuevos daños, el juez deberá declarar fundada la demanda para prevenir esas futuras agresiones irreparables. En los casos de *Azucarera Andahuasi S.A.* (Exp. N° 07955-2005-AA/TC) y *Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.* (Exp. N° 10575-2006-PA/TC) el TC consideró que si se han producido daños irreparables por la vía del amparo, pero se mantiene la posibilidad de que vuelvan a configurarse en el futuro, entonces deberá declararse fundada la demanda⁷.

6 “Artículo 1 CPConst.- Finalidad de los procesos.- (...) Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza (...) [porque] ella deviene en irreparable, el juez, *atendiendo al agravio* producido, declarará fundada la demanda (...)”

7 “No es obligación del juez constitucional declarar fundada la demanda en todos los casos en que la agresión haya cesado una vez presentada la demanda; por el contrario, ‘ello dependerá del agravio producido al demandante en relación con el acto primigeniamente vulnerador’ (Exp. 7955-2005-AA, fundamento 5). En consecuencia, se deberá constatar, entre otros aspectos, que se ha producido una efectiva vulneración del derecho fundamental alegado y que existe la posibilidad de que dicha afectación se configure nuevamente en el futuro” (Caso Minera Sulliden Shahuindo, fundamento 8)

Un ejemplo práctico nos lo da el amparo que formularon unos vecinos contra su municipio porque este había iniciado a destruir el parque Manuel Cuadros (ubicado al inicio del malecón de Chorrillos) para construir una fuente de agua “frente al mar”. Los vecinos señalaron que se trataba de un parque histórico que incluso había sobrevivido a la invasión del ejército chileno durante la guerra. Luego de presentada la demanda, el municipio destruyó todo el parque, por lo que sus abogados se apresuraron a pedir la sustracción de la materia. El Décimo Juzgado Constitucional y la Séptima Sala Civil de Lima (Expediente 15229-2010), desestimaron el pedido de sustracción y declararon fundado el amparo. Consideraron que si bien el daño era irreversible, aún se podía reconstruir el parque, por lo que actualmente existe un “nuevo” parque igual al que fue irremediamente destruido.

En efecto, la pérgola histórica (constituida por columnas de mármol rosado, el busto de Manuel Cuadros y las enredaderas de buganvillas), tenía más de un siglo y se perdió para siempre. Solo fue posible que ese bien invaluable sea sustituido por otro físicamente igual (reversibilidad de un bien invaluable). Se recuperó el parque, pero este perdió su historia. Esperamos que este trágico ejemplo sirva para aclarar la manera en que debe entenderse la noción de irreparabilidad

d. La irreparabilidad urgente

No hemos olvidado el elemento temporal que es distinto pero que se debe sumar al análisis conceptual anterior. Y es que la irreparabilidad temida debe ser, además, cercana en el tiempo. Por suerte, ya tenemos una idea de eso desde la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, de 1982, que exige que el daño temido o la amenaza invocada en el amparo, además de cierta, sea inminente, próxima en el tiempo. Asunto que genera menos problemas en su aplicación.

Incluso si el evento nocivo que se denuncia en el amparo ya se está produciendo, eso no es suficiente para afirmar que se necesita de una tutela urgente, pues los daños podrían ser fácilmente reversibles. Según el precedente *Elgo Ríos*, lo realmente urgente se daría cuando estamos cerca de aquel “punto de no retorno” en donde se van a dar inicio a daños irreparables.

Si bien la idea de urgencia puede ser más sencilla de comprender, en algunos casos será más difícil acreditar o especular sobre la cercanía del daño irreparable que se teme. Eso, lamentablemente, dependerá más de cada caso concreto que de una construcción teórica.

e. ¿Y la irreparabilidad que no es urgente?

Según el precedente *Elgo Ríos*, el amparista debe cumplir la concurrencia de los cuatro requisitos objetivos y subjetivos (lectura en sentido positivo). La fórmula sería “si 15.1; 15.2; 15.3 \wedge 15.4 \rightarrow procede el amparo”. La siguiente tabla de verdad describe todas las posibles aplicaciones:

CUADRO 2: POSIBLES APLICACIÓN DE ELGO RÍOS					
	15.1	15.2	15.3	15.4	
1°	V	V	V	V	V
2°	V	V	V	F	F
3°	V	V	F	F	F
4°	V	F	F	F	F
5°	F	F	F	F	F
6°	F	F	F	V	F
7°	F	F	V	V	F
8°	F	V	V	V	F

Como se aprecia en la Fila 1, solo cuando todos los supuestos son verdaderos, obtenemos un resultado verdadero. Aquí eso significa que solo cuando concurren los requisitos 15.1 a 15.4, se decidirá a favor de la existencia/procedencia del amparo. Existen hipótesis, sin embargo, donde parecería inconstitucional aplicar

de forma implacable la fórmula de *Elgo Ríos*.

Tal inconstitucional puede darse en los casos donde el amparo es la única vía posible de tutela, cuando no existen vías ordinarias a la cual acudir (eso ocurre, por ejemplo, en los amparos contra resolución judicial.)

En tales supuestos verificaremos fácilmente que el amparo cumple con los requisitos objetivos (15.1 y 15.2), pues es el único proceso que tiene la estructura procesal y la eficacia que requiere el caso. También es sencillo notar que se cumplirá con uno de los requisitos subjetivos, pues el daño sería irreparable (15.3) en el sentido de irreversible. Esto porque si no se activa el amparo (único mecanismo procesal para el caso) la situación lesiva que se teme o, que ya se padece, se mantendrá inalterable, es decir, se configuraría una irreversibilidad jurídica o una suerte de irreparabilidad por inexistencia de una vía procesal que permita reponer las cosas al estado anterior a la agresión o amenaza.

En suma, cuando el amparo es la “única vía” es casi seguro que concurrirán los requisitos 15.1, 15.2 y 15.3. Pero no siempre se podrá demostrar que existe una situación urgente (15.4), en cuyo caso, de acuerdo con la tabla de verdad (Fila 2°), la demanda deberá declararse improcedente. Esto es, se cerrarían las puertas de aquel único mecanismo procesal que tiene el justiciable⁸.

Dicho de otra manera: exigir que se acredite urgencia cuando el amparo es la “única vía”

Los requisitos subjetivos de *Elgo Ríos* se caracterizan por sustentarse en las circunstancias de cada caso restando predictibilidad a su uso.

de tutela, puede generar una indefensión absoluta en el amparista. Debido a esta particularidad, es necesario hacer un *distinguishing* en *Elgo Ríos* que nos evite caer en tremenda inconstitucionalidad que, sin duda, no avala el nuevo

precedente del TC. Como bien señala Daniel Mitidiero, cuando existen particularidades relevantes (fácticas o jurídicas) que no fueron consideradas o no estuvieron presentes en el análisis del precedente, es posible apartar ese supuesto, excusar la aplicación del precedente (*distinguishing*).

Elgo Ríos exige la urgencia asumiendo que se cuenta con dos vías de tutela y se necesita elegir una de ellas. Allí la urgencia sirve como criterio para poder decidir por una u otra vía. Pero cuando no hay opción de elegir, cuando solo se tiene un medio de defensa al alcance (supuesto en el que no se pone *Elgo Ríos*), no es necesario acreditar urgencia para que se abran las puertas de la justicia. Imponer ese requisito puede generar afectaciones inconstitucionales que, desde luego, no caen bajo el manto del nuevo precedente, es decir, que se trata de hipótesis que no son parte de los supuestos que recoge *Elgo Ríos*.

Esa situación exige hacer un apartamiento (*distinguishing*) de *Elgo Ríos*, de modo que no sea exigible/aplicable el requisito de urgencia (15.4) en los casos de amparo como única vía de tutela. De lo contrario, se estaría permitiendo un agravio contra los derechos de acceso a la justicia y de defensa del amparista.

8 Alguien podrá decir que en los casos trágicos, donde el amparo es el único medio de defensa, la falta de uno de los requisitos subjetivos (el 15.4), debe dar lugar a que se admita la demanda. Eso no significa que las respuestas de la tabla de verdad están erradas, sino que el objetor parte de una errada interpretación de *Elgo Ríos*. En efecto, estaría realizando una lectura en sentido negativo del artículo 5.2 CPCConst (supra 2 y 4.2), es decir, asumiría que es el demandado quien debe demostrar que concurren los requisitos objetivos y subjetivos y, de no lograrlo, se mantendrá la preferencia a favor de la procedencia del amparo. Ya vimos que esa es una lectura errada, que lo que corresponde es una lectura en sentido positivo del artículo 5.2 CPCConst, esto es, que la urgencia debe ser acreditada por el amparista.

CONCLUSIONES

Compartimos parte de las preocupaciones del magistrado Sardón de Taboada quien, en su voto singular, señala que el uso de conceptos abiertos como “gravedad del daño” o “proceso eficaz”, deja un amplio margen para abrir o cerrar las puertas al amparo, según las preferencias del juez. Debido a ello, nuestro propósito ha sido ayudar a hacer más predecible el uso de *Elgo Ríos* y con ello poder prever mejor si corresponde o no acceder al amparo.

Por eso, la mejor manera de cerrar estas líneas es resumiendo lo dicho hasta ahora.

- Es posible realizar una lectura textual del precedente *Elgo Ríos* que nos lleve a una interpretación distinta del amparo –como si este fuera un mecanismo preferente de tutela– pero lo más previsible (y recomendable) es que los litigantes sigamos una lectura del nuevo precedente como si ratificara la subsidiariedad del amparo.
- La mejor manera de leer los requisitos objetivos de *Elgo Ríos* es interpretando que el análisis comparativo que exige entre un proceso ordinario específico y el amparo, por ser abstracto, deba ser igual en todos los casos. Así, en la jurisprudencia del TC parece que ya quedó sentado que en la comparación entre la vía ordinaria laboral y el amparo; o, entre la vía contencioso-administrativa y el amparo, sale ganando la vía constitucional. Análisis comparativo abstracto que deberá ser igual en los sucesivos casos.
- Como los requisitos subjetivos de *Elgo Ríos* se caracterizan por sustentarse en las circunstancias de cada caso y no en análisis en abstracto, esa situación resta

predictibilidad a su uso. Por eso es conveniente recurrir a una sistematización que brinde una idea sobre qué significa la existencia de “daños irreparables” y cuáles son sus posibles usos, lo que al menos reduciría el uso de criterios dispersos y brindaría más predictibilidad en el análisis de procedencia del amparo.

En tal sentido, la idea de irreparabilidad y sus usos puede resumirse de la siguiente manera:



- Luego de saber en qué supuestos estamos, debemos aún pasar el filtro de la urgencia, que es más fácil de comprender (inminencia del daño). Sin embargo, en algunos casos será difícil acreditar la cercanía con un punto de no retorno, es decir, el punto en donde se inician los daños irreparables.
- El requisito subjetivo de urgencia no deben exigirse cuando el amparo es la única vía de tutela. Aunque el agravio constitucional no amerite urgencia, no puede cerrarse las puertas de aquella única vía que tienen los justiciables.

En fin, esperemos que estas líneas ayuden en algo a hacer más predecible la aplicación de la subsidiariedad del amparo. ■