



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ALTERNATIVIDAD Y EXCEPCIONALIDAD EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Luis Castillo-Córdova

Perú, enero de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). Alternatividad y excepcionalidad en los procesos constitucionales. En M. Suárez (Ed.). *Código procesal constitucional comentado* (25-60). Trujillo: Normas Legales.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADOS DEL CARÁCTER ALTERNATIVO Y EXCEPCIONAL. 1. *Significado de la alternatividad.* 2. *Significado de la excepcionalidad.* III. EXCEPCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. 1. *Excepcionalidad como definitividad.* 2. *Excepcionalidad como subsidiaridad.* IV. ALTERNATIVIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. 1. *Antecedente en la Ley 23506.* 2. *Regulación en el Código Procesal Constitucional.* 3. *Límite a la alternatividad.* V. LAS VÍAS PARALELAS. 1. *Definición y finalidad.* 2. *Características de la vía ordinaria para configurar vía paralela.* 3. *Oportunidad en la configuración de la vía paralela.* a) Otros dos requisitos. i) Acudir previamente a la vía judicial. ii) Exigencia de simultaneidad. b) Un caso especial: Terminación del proceso por declararse fundada una excepción. VI. LA VÍA PENAL COMO VÍA PARALELA. 1. *Finalidades distintas.* 2. *Necesidad de una breve precisión.* 3. *Algunos errores en la doctrina del Tribunal Constitucional.* VII. VALORACIÓN DEL CAMBIO DE CRITERIO LEGISLATIVO DE ALTERNATIVIDAD ABSOLUTA A EXCEPCIONALIDAD PARCIAL. VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional (CPC) trae una serie de modificaciones con respecto a la legislación vigente hoy en día. Si bien el inicio de la vigencia de la referida norma codificada se ha postergado hasta diciembre del 2004, conviene que se vaya planteando el estudio de algunos asuntos que son de singular importancia para el buen entendimiento y buena aplicación de los procesos constitucionales. De entre esos asuntos, que duda cabe, uno que es especialmente importante es el referido a la alternatividad y excepcionalidad de los procesos constitucionales, tema este muy relacionado con la figura que doctrinalmente es conocida como “vías paralelas”.

Este trabajo está destinado a intentar dar respuesta a la cuestión de si con el Código Procesal Constitucional los procesos constitucionales siguen siendo totalmente alternativos como los recogió la Ley 23506 o, por el contrario, si el legislador se ha decantado por incorporar el principio opuesto a la alternatividad que es el de excepcionalidad o definitividad de los procesos constitucionales.

Antes de empezar con el desarrollo de los distintos puntos que supone el estudio de la cuestión planteada, es necesario plantear tres aclaraciones. La primera es que a lo largo de este trabajo cuando se haga referencia a la Ley 23506 se hará siempre en tiempo pasado. Es verdad que actualmente aún está vigente por la necesidad de una *vacatio legis* que permita ejecutar el cambio sin mayores complicaciones y disminuyendo el riesgo de una



mala aplicación de la ley nueva. Sin embargo, se ha decidido hacer la referencia en pasado a la normativa indicada debido a que facilita mucho más la diferenciación con la nueva ley y, porque en definitiva, dentro de unos pocos meses ya habrá dejado de tener vigencia en el ordenamiento jurídico peruano.

La segunda es que se empleará la expresión “procesos constitucionales” para hacer referencia a las acciones de garantía constitucional, porque es la expresión que como una de sus novedades, trae el Código Procesal Constitucional. Sin embargo, se debe reconocer que la norma constitucional las llama garantías constitucionales y al referirse a ellas emplea la expresión *acción*, de modo que existe justificación constitucional para emplear igualmente la expresión “acciones de garantía” o “garantías constitucionales”.

La tercera aclaración es que aunque se aluda de modo general a los “procesos constitucionales”, en particular la cuestión que se ha planteado con este trabajo no se formula respecto del procesos de acción popular, de inconstitucionalidad, del proceso competencial y del proceso de cumplimiento. Se formulará del proceso de amparo, del hábeas data y –en menor medida, como se tendrá oportunidad de estudiar– del hábeas corpus. Es decir, respecto de procesos constitucionales que defienden derechos constitucionales.

Y la cuarta aclaración es que se empleará la expresión “proceso judicial ordinario” o “vía ordinaria”, en contraposición a los “procesos constitucionales”, aun considerando que el proceso judicial se desarrolla en la vía judicial antes de llegar al Tribunal Constitucional. Se ha hecho con la finalidad de distinguir el proceso expeditivo, rápido, en principio eficaz de defensa de un derecho constitucional, de los que en general están previstos en el Código procesal civil.

II. SIGNIFICADOS DEL CARÁCTER ALTERNATIVO Y EXCEPCIONAL

1. *Significado de la alternatividad*

Se debe empezar haciendo notar que en general todos los derechos deben contar –de hecho cuentan– en la vía judicial ordinaria con algún mecanismo de protección. Pero ocurre que para los derechos constitucionales por la especial significación e importancia para la existencia digna del hombre y el desarrollo de la sociedad y la consolidación de un verdadero estado de derecho, se han creado adicionalmente unos mecanismos de defensa especialmente sumarios, expeditivos y eficaces: los procesos constitucionales. De esta

manera, los derechos constitucionales pueden ser defendidos tanto a través de mecanismos judiciales ordinarios, como a través de mecanismos constitucionales¹.

En este contexto, los procesos constitucionales pueden ser concebidos de varias maneras al interior de los ordenamientos jurídicos e incluso dentro de la misma doctrina. Si bien es cierto se suele coincidir en otorgarle la virtualidad de defender derechos constitucionales, no siempre se les ha dado el mismo tratamiento procesal. Es así que las acciones de garantía constitucional o procesos constitucionales no siempre tienen la misma significación en cuanto a la oportunidad de interponerlas o iniciarlos. Así, se suele distinguir entre alternatividad y excepcionalidad de los procesos constitucionales.

Que un proceso constitucional tenga el carácter alternativo significa que el afectado en su derecho constitucional tiene la *alternativa* de optar por salvar su derecho constitucional a través de un proceso judicial ordinario o a través del correspondiente proceso constitucional. Frente a una vulneración de un derecho constitucional, su titular puede acudir inmediatamente a iniciar un proceso constitucional en defensa de su derecho, sin esperar ningún tipo de habilitación especial. Este fue el caso del sistema peruano con la Ley 23506 en la cual se disponía que “[n]o proceden las acciones de garantía: (...) 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria” (artículo 6).

Como se abundará más adelante, se trataba de una ley que recogía una alternatividad absoluta en tanto que permitía que en cualquier supuesto de afectación de un derecho constitucional, el agraviado siempre tenía la posibilidad de optar por acudir a la vía judicial ordinaria o de defender su derecho constitucional a través de una acción de garantía. Era él quien libremente y según lo que más podría convenirle, elegía por transitar la vía judicial ordinaria o la vía constitucional. Sin embargo, la alternatividad no necesariamente es plena y absoluta siempre, sino que –también como se abundará más adelante al momento en que se estudie lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional– la alternatividad puede estar referida sólo a determinados supuestos, fuera de los cuales el afectado en su derecho constitucional no podía acudir a un proceso constitucional o podía acudir a él sólo después de haber transitado la vía judicial. Esto último ya coloca el estudio sobre la pista de los procesos constitucionales como vías excepcionales.

¹ Como bien ha escrito Serra, “se debe admitir que los procesos constitucionales en general, y el amparo en particular, se diferencian de los procesos ordinarios por la finalidad que persiguen y la materia tratada, y porque constituyen instrumentos procesales diseñados para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamentales y en las convenciones internacionales”. SERRA, María Mercedes. *A propósito del rechazo in limine en el amparo*. En: AA VV., “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades”. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 91.



2. Significado de la excepcionalidad

Pero las vías constitucionales de protección de derechos no sólo pueden ser alternativas, sino que de igual modo pueden ser consideradas como excepcionales. Considerar excepcionales a los procesos constitucionales que defienden derechos reconocidos en la norma constitucional, significa concebirllos como último recurso o último remedio para solventar una situación arbitraria de vulneración de un derecho constitucional. Es decir, sólo se podrá acudir a ellos cuando han fracasado otros medios judiciales de salvación de los mencionados derechos. Esta consideración excepcional de los procesos constitucionales –en particular del amparo–, no ha sido extraña ni a la doctrina², ni a concretos ordenamientos jurídicos constitucionales³.

El carácter excepcional de los procesos constitucionales supone que siendo factible la salvación de un derecho constitucional tanto a través de un proceso judicial ordinario como a través del proceso constitucional, la excepcionalidad exige que no se pueda acudir a éste último directamente o en todos los casos. Esto lleva a vincular necesariamente la cuestión con las dos posibles significaciones que pueden darse a esta excepcionalidad de los procesos constitucionales.

a) La excepcionalidad como definitividad

La primera significación es que sólo se podrá acudir a iniciar un proceso constitucional de defensa de un derecho constitucional, si es que previamente se ha agotado la vía judicial ordinaria correspondiente, la misma que otorga también la posibilidad de salvación del derecho constitucional afectado. Es decir, el agraviado en su derecho constitucional no podrá iniciar ningún proceso constitucional si antes no ha intentado en las instancias judiciales ordinarias correspondientes hacer desaparecer la amenaza o violación efectiva de su derecho constitucional. Esta significación de excepcionalidad concibe a los procesos constitucionales como procesos que se activarán sólo después de que hayan fracasado los mecanismos judiciales ordinarios de salvación del derecho constitucional afectado, es decir, actuarán sólo después que exista una resolución definitiva de la vía judicial sin haber alcanzado la solución perseguida..

² Como ha escrito Abad Yupanqui, “[a]l abordar la naturaleza del amparo, es frecuente en la doctrina afirmar que se trata de un remedio excepcional, residual y hasta heroico, pues si existen vías distintas (administrativas o judiciales) para proteger los derechos afectados el amparo no procede. El derecho mexicano aborda esta problemática a partir del llamado ‘principio de definitividad’ y el derecho argentino lo hace a partir de lo que se conoce como la doctrina de las vías previas y las vías paralelas”. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Aproximaciones desde la Teoría general del proceso*. En: CASTANEDA OTSU, Susana (coord.). *Derecho procesal constitucional*. Jurista editores, Lima 2003, p. 334.

³ Como es el caso del ordenamiento constitucional español y mexicano a los que se hará alusión más adelante.

Esta significación de la excepcionalidad de los procesos constitucionales ha sido recogida por el ordenamiento constitucional español, al disponer su norma constitucional que “[c]ualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (artículo 53.2 CE)⁴.

Este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sólo podrá ser interpuesto después de que el agraviado haya agotado la vía judicial en todas sus etapas e instancias. Así, se puede leer en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTC 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) que “[l]as violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los Órganos Ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo *una vez que se haya agotado la vía judicial procedente*, de acuerdo con el artículo 53,2 de la Constitución” (artículo 43.1)⁵. De igual forma se puede leer en el mismo cuerpo legislativo que “[l]as violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: *Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial*. (artículo 44)⁶.

Al interpretar este artículo constitucional y definir el principio de excepcionalidad que ahí se contiene, se ha escrito con razón que “[e]n su virtud se impone, cabe recordar, tanto un criterio de organización de la jurisdicción de amparo como una carga, a partir de esa base, para quien pretenda deducir su queja ante el Tribunal Constitucional. De conformidad con aquel criterio, *el legislador debe articular las vías judiciales ordinarias de modo tal que la intervención del Tribunal Constitucional, como juez de amparo, sea siempre ulterior a la del juez ordinario*”⁷. Y es que “[e]l amparo constitucional es, (...), un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, restablecimiento de un

⁴ El mencionado artículo 14 CE dispone que “[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La sección primera del capítulo segundo de la CE se denomina “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

⁵ La cursiva de la letra es añadida.

⁶ La cursiva de la letra es añadida.

⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*. En ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coordinador). “Comentarios a la Constitución española de 1978”, p. 514. La cursiva de la letra es añadida.



derecho fundamental que se reputa conculcado. Se configura, pues, como último recurso para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido, repararla”⁸.

Concebida así la excepcionalidad del amparo, coincide mucho con el principio de definitividad del juicio de amparo mexicano, principio que supone “el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo, de tal suerte que, existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo imponga el quejoso, el amparo es improcedente”⁹. Y ello es así debido a que el amparo es “un medio extraordinario, *sui generis*, como ya lo ha hecho notar la Suprema Corte, de invalidar los actos de las autoridades, en las distintas hipótesis de su procedencia, lo cual significa que *sólo prospera en casos excepcionales, cuando ya se hayan recorrido todas las jurisdicciones y competencias, a virtud del ejercicio de los recursos ordinarios*. Por consiguiente, si existiera la posibilidad de entablar simultánea o potestativamente un recurso ordinario y el juicio de amparo para impugnar un acto de autoridad, con evidencia se desnaturalizaría la índole jurídica del segundo, al considerarlo como un medio común de defensa”¹⁰.

Si se acoge esta significación, y con el fin de evitar cualquier posible contravención del principio de cosa juzgada, se requiere la previsión constitucional o legal que una vez terminada la vía judicial sin respuesta favorable para el recurrente, éste tendrá el camino abierto para interponer la acción de garantía ante un órgano supremo como pueden ser alguna Sala especializada de la Corte Suprema o ante el Tribunal Constitucional mismo.

b) La excepcionalidad como subsidiaridad

La segunda posible significación de la excepcionalidad en los procesos constitucionales que defienden derechos constitucionales es que esos procesos estén previstos para ser empleados sólo en aquellos casos en los que no exista regulado un proceso judicial que permita la salvación del derecho constitucional afectado, con una rapidez y eficacia si no mayor si al menos semejante a la que se conseguirá con la garantía constitucional. En este caso el amparo procederá sólo subsidiariamente en el supuesto que no exista un proceso judicial igualmente eficaz que el constitucional.

Este el caso del sistema argentino, cuya Constitución dispone en su artículo 43 que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de

⁸ GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales (II)*. En: AA. VV. “Derecho Constitucional”, volumen I, 5ª edición, tirant lo blanch, 2002, p. 489.

⁹ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México 1999, p. 283.

¹⁰ Ibidem. La cursiva de la letra es añadida.

particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”¹¹. Complementariamente, en la Ley 16.986, Ley de acción de amparo, se dispone en su artículo 2 que “[l] acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Interpretando esta disposición legislativa, ha dicha Sagüés que “[c]onforme el esquema de la ley 16.986, la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina (...). Únicamente es admisible el amparo, entonces ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”¹².

Estas dos significaciones del carácter excepcional (como definitividad y como subsidiaridad) supone necesariamente considerar los procesos constitucionales como “último remedio contra la arbitrariedad”. Es decir, que se debe acudir a ellos en defensa de los derechos constitucionales sólo cuando no exista un medio judicial para salvarlos y defenderlos, ya sea porque se ha acudido al proceso judicial ordinario que teniendo la virtualidad de salvar un derecho constitucional, no ha sido posible obtener una respuesta satisfactoria para el afectado (excepcionalidad como definitividad); ya sea porque existiendo un proceso judicial ordinario que puede brindar protección a un derecho constitucional, esa protección no sería brindada con la misma eficacia con la que la brindaría el proceso constitucional (excepcionalidad como subsidiaridad).

III. EXCEPCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el caso peruano, a diferencia de lo que se disponía en la Ley 23506, en el Código Procesal Constitucional los procesos constitucionales en general –con las precisiones que se realizarán más adelante– en parte son excepcionales. Y esta excepcionalidad parcial que recoge alude por un lado a la significación de excepcionalidad entendida como definitividad; y complementariamente a la excepcionalidad entendida como subsidiaridad.

¹¹ La cursiva de la letra es añadida.

¹² SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Vol. 3, 4ª edición, Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 176.



1. *Excepcionalidad como definitividad*

Se ha dicho antes, la excepcionalidad puede ser entendida como la posibilidad de acudir a un proceso constitucional en defensa de un derecho constitucional, sólo después de haber acudido a la vía procesal judicial ordinaria en busca de solución sin haber logrado un resultado favorable. Esta significación de la excepcionalidad viene prevista en el Código Procesal Constitucional para referirla exclusivamente del supuesto de procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular.

En efecto, en el artículo 4 CPC se dispone cuales procesos constitucionales pueden ser iniciados contra resoluciones judiciales, y las causales en las que esos procesos podrían ser iniciados. Los procesos constitucionales previstos son el amparo y el hábeas corpus, y ambos proceden “contra resoluciones judiciales firmes” que supongan un “manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva”. El hábeas corpus procederá cuando con esa resolución firme que agravia la tutela judicial efectiva, se afecte igualmente el derecho a la libertad individual, y el amparo en el caso que la resolución judicial afecte cualquiera de los demás derechos constitucionales.

Se trata, como se dijo, de la figura de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular. Así se puede concluir cuando en el mismo artículo 4 CPC se dispone que “[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Si a una persona que es parte en un proceso se le afecta un derecho constitucional de naturaleza procesal –como pueden ser los mencionados enunciativamente en el párrafo anterior por el artículo 4 CPC–, entonces el proceso deviene en irregular y la resolución judicial que sea consecuencia de esa irregularidad puede ser atacada vía amparo o vía hábeas corpus. Pero sólo podrá hacerlo –según lo dispuesto en el artículo 4 CPC– si la mencionada resolución judicial ha adquirido firmeza, firmeza –habrá que aclarar– que no debe ser configurada por negligencia del que se dice afectado en su derecho constitucional.

Es decir, en este caso el afectado en su derecho constitucional de naturaleza procesal no podrá acudir directamente al proceso constitucional contra la resolución judicial irregular.

Sólo podrá hacerlo después de haber interpuesto los recursos correspondientes que le ofrecía el proceso que ha devenido en irregular por vulneración de la tutela procesal efectiva, pues sólo así la resolución que se impugnaría puede llegar a ser una resolución firme.

En la medida que el proceso constitucional procederá sólo después que el afectado en su derecho constitucional ha intentado sin fortuna encontrar solución en la vía judicial ordinaria a través de la interposición de los recursos respectivos contra la resolución judicial supuestamente irregular, se puede afirmar que el amparo y el hábeas corpus son procesos constitucionales excepcionales. Se acudirá a ellos sólo una vez que haya sido agotada la vía judicial –a través de los recursos impugnativos correspondientes– sin encontrar una respuesta satisfactoria a la salvación del derecho constitucional (la tutela procesal efectiva) vulnerado.

2. *Excepcionalidad como subsidiaridad*

La segunda significación de la característica de excepcionalidad de los procesos constitucionales, también ha sido recogida en el ordenamiento jurídico peruano; y se ha recogido en el artículo 5.2 CPC en el que se establece que 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”.

Significa este dispositivo legal que el afectado en su derecho constitucional antes de acudir al procedimiento constitucional de amparo o al de hábeas data –ya que para el hábeas corpus está prevista la salvedad– debe preguntarse si existe un procedimiento judicial ordinario igualmente eficaz que pueda brindarle una respuesta igualmente satisfactoria para la defensa de su derecho constitucional, igual a la que le brindaría el proceso constitucional. Si existe un proceso ordinario con esas características, el afectado en su derecho constitucional deberá intentar encontrar solución sólo ahí, en ese proceso judicial, sin que tenga posibilidad de acudir luego al proceso constitucional.

A diferencia del caso anterior, no significa que deba acudir primero al proceso judicial ordinario y una vez agotado éste, recién acudir al proceso constitucional. Sino que significa que la salvación del derecho constitucional sólo podrá obtenerse en la vía judicial ordinaria a través del mecanismo judicial ordinario igualmente expeditivo y eficaz. En este supuesto se ha cerrado definitivamente la posibilidad de acudir al proceso constitucional. Esto no supone, como no podía ser de otra forma, que si activado el proceso judicial ordinario igualmente eficaz, se convierte en irregular por afectación manifiesta de la tutela judicial



efectiva, el agraviado no pueda acudir a la acción de amparo. Podrá hacerlo, pero podrá acudir a ella sólo para cuestionar la resolución judicial que ha sido fruto de un proceso irregular, pero no para cuestionar el fondo del proceso judicial convertido en irregular (la salvación del derecho constitucional inicialmente afectado).

La segunda de las mencionadas significaciones propone, por tanto, que se permita interponer la acción de garantía sólo cuando no exista la posibilidad de activar ningún otro proceso judicial igualmente eficaz como el proceso constitucional. A diferencia de la primera significación, se exige ahora que el afectado en su derecho constitucional no pueda acudir a la acción de garantía cuando encuentre en la vía judicial ordinaria un proceso no sólo que le ofrezca la salvación del derecho constitucional, sino que además esta salvación pueda obtenerse con la misma sumariedad que con la acción de amparo o el hábeas data. En uno y otro caso, el afectado debería acudir a la vía judicial ordinaria y ahí intentar encontrar la solución, sin posibilidad de acudir después a la acción de amparo.

Como ha escrito Sagüés, la consideración del Amparo como una tutela subsidiaria supone asumir que “[el] amparo cumple un rol supletorio o heroico: opera únicamente si, ante un acto lesivo de derechos constitucionales, el afectado no tiene acciones o procesos para impugnarlo; o si existen, pero no son idóneos o eficaces para enfrentar a tal acto lesivo”¹³.

IV. ALTERNATIVIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. *Antecedente en la Ley 23506*

Hasta ahora se ha estudiado los casos en los que determinados procesos constitucionales son excepcionales. Sin embargo cabe preguntarse si existe igualmente la alternatividad en los referidos procesos. La pregunta se plantea porque la Ley 23506 hubo establecido en su artículo 6.3 que las acciones de garantía eran improcedentes cuando “el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Este artículo se convirtió en el basamento legal para afirmar la alternatividad de las acciones de garantía. Así, cuando ocurría un agravio de un derecho constitucional, el afectado siempre tenía la posibilidad de iniciar la vía judicial ordinaria o activar el proceso constitucional en salvación de su derecho constitucional; era él quien optaba por acudir a una u otra vía, sabiendo perfectamente que si se decidía por la primera, se le cerraba definitivamente el camino constitucional.

En ese contexto legislativo, las acciones de garantía no eran excepcionales sino alternativas. Como hubo dicho el Tribunal Constitucional peruano en numerosas oportunidades, “el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se puede acudir cuando no existen vías judiciales idóneas para dilucidar

¹³ SAGÜES, Néstor. *El rol subsidiario de la acción de amparo*. ADSUM 8, 1993, p. 52.

la controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional”¹⁴. Y es que, decía entonces el Máximo intérprete de la Constitución peruana “en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales (...) no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales”¹⁵.

En el caso peruano, la acción de garantía era plenamente alternativa, no excepcional con respecto a las acciones judiciales ordinarias que pudieran también defender derechos constitucionales. Era doctrina jurisprudencial plenamente asentada del Tribunal Constitucional que las acciones de garantía no eran en ningún caso acciones “residuales” como una suerte de “último remedio contra la arbitrariedad”, sino que siempre constituían “acciones alternativas”. Y alternativo significa que para el agraviado en su derecho constitucional surge la “alternativa” de escoger defender su derecho vía procedimiento judicial ordinario o vía acción de garantía constitucional.

En este entendimiento, al afectado en su derecho constitucional no se le podía exigir acudir a la vía judicial ordinaria antes de acudir a la acción de garantía, incluso por muy conveniente que la vía ordinaria pueda ser para la defensa del derecho constitucional. Si se le hubiese exigido “equivaldría a consagrar la subsidiaridad de la Acción de Amparo, cuando por la naturaleza tuitiva de esta acción de garantía y por interpretación del inciso 3, del artículo 6 de la Ley 23506, el ejercicio de la acción de amparo es de carácter optativo”¹⁶.

Esto que se ha dicho significaba que era “un proceso alternativo en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que tome el justiciable”¹⁷; pues, “el inciso 3) del artículo 6º, de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo establece que no proceden las acciones de garantía ‘cuando el agraviado opta por acudir a la vía judicial ordinaria’, lo cual implica que el ordenamiento jurídico permite que el justiciable recurra a la vía del amparo si no opta por la vía ordinaria”¹⁸.

¹⁴ Exp. 0200–2001–AA/TC, de 18 de octubre de 2001, f. j. 1

¹⁵ Exp. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 3.

¹⁶ Exp. 0149–1995–AA/TC, de 28 de noviembre de 1997, f. j. 2.

¹⁷ Exp. 0200–2001–AA/TC, citado, f. j. 1.

¹⁸ Exp. 0446–2000–AA/TC, de 2 de enero de 2000, f. j. 1.



A pesar de que se pudo encontrar algún pronunciamiento del Supremo intérprete de la Constitución en contra de la “alternatividad” de las acciones de garantía¹⁹, lo cierto es que desde muy temprano el Tribunal Constitucional dejó claramente definida su posición a favor de la “no excepcionalidad” de las acciones de garantía, al menos en los tres siguientes aspectos. Primero, las acciones de garantía eran alternativas aunque exista prevista una acción judicial ordinaria idónea. Así, en el caso César Arroyo Serquén contra Consejo Transitorio de Administración Regional de la Región Nor Oriental del Maraón, dijo el Tribunal Constitucional que “de conformidad con lo previsto por el inciso 3) del Artículo 6º de la Ley N° 23506, el Amparo no es, en nuestro ordenamiento jurídico, un proceso de carácter subsidiario al que quepa acudir en defensa de los derechos constitucionales en caso de no existir una vía ordinaria adecuada, sino un proceso al que se puede acudir en forma alternativa, independientemente si existe (o no) un proceso ordinario”²⁰.

Eran alternativas las acciones de garantía, en segundo lugar, aún cuando existan leyes específicas que prevean procesos especiales en la vía ordinaria para la dilucidación de una controversia. Así lo hubo declarado el Tribunal Constitucional en el caso del amparo interpuesto por Guillermo Córdova Milla contra Electro Centro S. A. En este caso dijo el Alto tribunal que “dado que la parte considerativa de la resolución venida en grado aduce como argumento central para declarar improcedente la demanda, que la Acción de Amparo no sería la vía adecuada para dilucidar las ‘controversias emergentes de un contrato de trabajo... cuando existen leyes especiales en el derecho laboral (por lo que se debió recurrir a ella) y no a un proceso especial de carácter netamente constitucional como es el caso’; exige que este Colegiado se pronuncie en torno a la validez o no de las consideraciones jurídicas advertidas. Que en tal virtud, este Supremo Intérprete de la Constitución estima que si bien en el proceso de amparo no se pueden dilucidar cuestiones que exijan el tránsito de una amplia y adecuada estación probatoria, *ello no puede entenderse en modo alguno que este proceso constitucional se configure como un proceso subsidiario, al que corresponda dilucidar una controversia en torno a un derecho constitucional después de haberse agotado su conocimiento en un proceso ordinario seguido ante el Poder Judicial*; sino, como se desprende del inciso 3) del Artículo 6º de la Ley N° 23506, como un proceso al que en forma alternativa pueda acudir quien considere que sus derechos

¹⁹ Así en el caso Carlos González Creollo y otros contra el Presidente del Consejo regional de la Región Grau, declaró que “procede la acción de amparo (...), mientras no exista un procedimiento específico que resuelva algún conflicto por violación o amenaza de un derecho constitucional como es el caso del uso de los interdictos cuando se afecta la propiedad, derecho garantizado por la Constitución, por perturbación de la posesión”. Exp. 0030-1993-AA/TC, de 28 de noviembre de 1997, f. j. 1.

²⁰ Exp. 0538-1997-AA/TC, de 10 de diciembre de 1997, f. j. 2a.

constitucionales se encuentren amenazados de violarse o se hayan violado, por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona”²¹.

Finalmente, y en tercer lugar, era alternativa la acción de garantía, aún cuando existía una ley que obligaba a acudir a la vía ordinaria. En el caso Víctor Cubas Villanueva contra la Comisión de Gobierno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, declaró el Tribunal Constitucional que “por consiguiente y a los efectos de determinar las condiciones de procedibilidad de la presente acción o, en su caso, la legitimidad o no del reclamo formulado, debe señalarse, en primer término, que la vía del amparo por la que ha optado el demandante en el presente caso es, independiente del reclamo que contiene, plenamente válida, ya que el hecho que el Artículo 5º de la Ley N° 26457 establezca como único camino de impugnación de las resoluciones que expida la Comisión de Reorganización, la contencioso administrativa, no significa en absoluto que tal tesis sea la correcta, ya que el proceso constitucional y en este caso el Amparo, tiene, como lo ha definido reiteradamente este Colegiado, carácter alternativo y no subsidiario”²².

Esta opción de plena y absoluta alternatividad de las acciones de garantía que tomó el legislador peruano, tiene en sí misma una serie de ventajas y desventajas: “[p]or un lado, evita que una tutela sea fácilmente rechazada so pretexto de haber otras vías idóneas para proteger al derecho vulnerado. Agiliza, pues, la defensa de la Constitución. Por otro, fomenta la proliferación de acciones de tutela, incremento que puede provocar una devaluación forense del instituto: no es lo mismo que un juez deba resolver un par de tutelas en un mes, que deba atender decenas de ellas. Al mismo tiempo, esa inflación de tutelas obligará a programar múltiple órganos jurisdiccionales para atenderlas debidamente (y tal vez, a instrumentar un ‘fuero constitucional’ especializado en ellas). Si eso no ocurre, una catarata de tutelas puede provocar una congestión en el funcionamiento cotidiano de los tribunales, y a la postre, un colapso de la administración de justicia”²³.

Frente a esa opción legislativa cabía preguntarse qué es lo más conveniente a efectos de la protección plena de los derechos constitucionales. La respuesta iba dirigida a afirmar que “[e]l principio general debe ser que si existe una acción y consecuente proceso destinado y pensado específicamente para la defensa de derechos constitucionales frente a verdaderas y manifiestas vulneraciones de su contenido, tendría que haber siempre la posibilidad de que cuando esa vulneración manifiesta se ha configurado, el afectado en su derecho cuente con la posibilidad de acudir a ese mecanismo protector constitucional. La única excepción

²¹ Exp. 0394–1997–AA/TC, de 10 de diciembre de 1997, f. j. 2 y 3. La cursiva es añadida.

²² Exp. 1182–1997–AA/TC, de 08 de mayo de 1998, f. j. 2.

²³ SAGÜES, Néstor. *El rol subsidiario...* Ob. cit., p. 52.



a este principio general que podría admitirse, es negar la posibilidad al afectado en su derecho constitucional de acudir al proceso constitucional y obligarlo encontrar solución en el proceso ordinario, siempre que a través de éste pueda encontrar una solución pronta y eficaz de modo semejante a la que le ofrece la vía constitucional”²⁴.

2. Regulación en el Código Procesal Constitucional

En el Código Procesal Constitucional no existe disposición semejante a la transcrita. Sin embargo, ello no significa que la alternatividad de los procesos constitucionales haya quedado descartada. Muy por el contrario, se puede afirmar que en el sistema peruano los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data siguen siendo alternativos. Sin embargo, habrá que agregar inmediatamente, esta alternatividad no es absoluta ni plena como era antes, y se fundamenta en una interpretación *sensu contrario* del artículo 5.2 CPC. Si los procesos constitucionales no proceden cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional, entonces se puede concluir que cuando no existan esas vías procedimentales el afectado en su derecho constitucional podrá acudir a un proceso constitucional. Precisamente es aquí cuando puede configurarse la alternatividad en los procesos constitucionales.

En efecto, y como ya se dijo anteriormente, todos los derechos pueden ser defendidos en la vía judicial ordinaria, y los de rango constitucional adicionalmente pueden ser garantizados en la vía constitucional. Esto significa que los derechos constitucionales pueden ser protegidos mediante un proceso judicial ordinario y mediante un proceso constitucional. Pues bien, en los casos en los que ese proceso judicial ordinario no ofrece una protección del derecho constitucional tan satisfactoria o eficaz como la que ofrece el proceso constitucional, el afectado tendrá la opción de decidir si defiende su derecho constitucional en la vía judicial ordinaria o en la vía constitucional. En estos casos, los procesos constitucionales son alternativos en la medida que el afectado en su derecho constitucional tiene igualmente la posibilidad de acudir al proceso constitucional o de acudir al proceso judicial ordinario. Sólo y exclusivamente para estos supuestos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre alternatividad de las acciones de garantía, permanece plenamente vigente.

Si se decide por acudir al proceso judicial ordinario, el afectado en su derecho constitucional luego no podrá acudir al proceso constitucional por los mismos hechos y en razón de la defensa de ese mismo derecho constitucional. Así se debe entender el precepto legal por el cual se establece que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...)”

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas corpus, amparo y hábeas data*. Universidad de Piura – Ara editores, Lima 2004, p. 136.

3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional” (artículo 5 CPC).

De esta manera, si configurada la afectación –por amenaza o violación efectiva– de un derecho constitucional, el titular del mismo se decide por protegerlo en la vía judicial ordinaria, luego no podrá acudir con la misma pretensión a la vía procesal constitucional. Si pretende hacerlo una vez terminada la vía judicial ordinaria, el proceso constitucional no prosperará por configurarse *cosa juzgada*. Por el contrario, si se ha acudido a la vía judicial ordinaria y sin terminarla se pretende iniciar la vía procesal constitucional, la demanda constitucional tampoco prosperará por configurarse –como será objeto de análisis más adelante– la llamada *vía paralela*.

3. Límite a la alternatividad

Como se ha dicho antes, en el ordenamiento jurídico peruano permanece –con el Código Procesal Constitucional– el carácter de alternatividad de los procesos constitucionales, pero sólo para referirlo de aquellos casos en los que el afectado en su derecho constitucional no cuenta en la vía judicial ordinaria con *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional*, como lo exige el artículo 5.2 CPC para que se configure la causal de improcedencia del proceso constitucional.

En estos supuesto, el afectado en su derecho constitucional es libre de elegir entre la vía judicial ordinaria (que será menos eficaz que la vía constitucional) y el proceso constitucional. Sin embargo, si el perjudicado se decide por interponer alguna demanda de garantía constitucional, deberá tener en cuenta que el caso que presente al juez deberá involucrar la defensa de derechos constitucionales y, además, que la afectación del derecho constitucional que se alegue debe ser manifiesta, de modo que no requiera de alguna especial carga probatoria, debido a que “[e]n los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación” (artículo 9 CPC).

Esto que se acaba de decir viene a constituir el único límite aceptable a la naturaleza alternativa de las acciones de garantía en los supuestos mencionados en el párrafo anterior: el afectado no podrá optar por el proceso constitucional cuando el derecho que se pretende proteger no tiene rango constitucional o cuando la afectación del derecho constitucional no es clara, casos en los que el afectado está obligado a dilucidar su pretensión a través de los procedimientos judiciales ordinarios. En estos casos, el afectado



en su derecho constitucional no tiene *alternativa* alguna, tendrá que salvar su derecho constitucional en la vía judicial ordinaria.

En la medida que la alternatividad persiste en el Código procesal constitucional, resulta plenamente vigente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto, para referirla sólo a aquellas situaciones en las que es posible la mencionada alternatividad. Así, el Máximo intérprete de la Constitución peruana tiene declarado que la alternatividad en el amparo es posible “siempre que en su interior se busque tutelar un derecho constitucional y que la violación o amenaza de violación se presente de modo tan manifiesto, que no se requiera el tránsito previo de una estación probatoria”²⁵.

Más recientemente, y siempre siguiendo esta directriz, ha dicho el Tribunal Constitucional que “[d]ebe desestimarse la excepción de incompetencia debido a que el proceso de acción de amparo es alternativo a los que puedan corresponder en la vía ordinaria, tal como ocurre con el proceso contencioso–administrativo, *siempre que se acompañe prueba fehaciente de la vulneración constitucional*”²⁶. Y, para abundar, ha dicho el Tribunal Constitucional que la elección por parte del interesado o por la vía de garantía o por la vía judicial ordinaria tiene un criterio limitador: “el límite de que en los procesos constitucionales en los cuales no existe etapa probatoria, la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales *queda condicionada a que el acto lesivo pueda ser plenamente probado en ella, pese a la [in]existencia de etapa probatoria correspondiente*”²⁷.

V. LAS VÍAS PARALELAS

1. *Definición y finalidad*

Se debe insistir en que los procesos constitucionales no son las únicas vías judiciales de las que se dispone para proteger, defender y promover la plena vigencia de los derechos constitucionales, sino que estos derechos también pueden ser objeto de protección mediante acciones ordinarias –por oposición a los procesos constitucionales que significan las acciones de garantía– que se han de desenvolver a través de los procedimientos ordinarios en la vía judicial. Todos los derechos, tanto de rango constitucional como simplemente legales, pueden ser invocados a través de estos procedimientos judiciales ordinarios; pero dada la importancia del objeto protegido, cuando se trata de derechos constitucionales se ha previsto además de las acciones judiciales ordinarias, unos

²⁵ Exp. 0332–1996–AA/TC, de 25 de septiembre de 1998, f. j. 2. La cursiva de la letra es añadida.

²⁶ Exp. 0396–2000–AA/TC, de 23 de octubre de 2001, f. j. 1. La letra cursiva es añadida.

²⁷ Exp. 0200–2001–AA/TC, citado, f. j. 1. La cursiva de la letra es añadida.

procedimientos especialmente rápidos y eficaces en su defensa: las garantías constitucionales.

Debido a esto, puede ocurrir que se pretenda salvar la afectación de un derecho constitucional tanto a través de un proceso judicial ordinario como a través de un proceso constitucional. Si el legislador peruano se hubiese decantado por aplicar de modo absoluto el carácter excepcional o definitorio de los procesos constitucionales, esta posibilidad no podría presentarse. No se presentaría debido a que no se podría acudir al proceso constitucional– de amparo, por ejemplo– si antes no se ha acudido al proceso judicial ordinario en el que podría salvarse el derecho constitucional. Precisamente –como se ha estudiado– debido a que existe un ámbito de supuestos en el que mantiene plena vigencia el principio de alternatividad es que es posible hablar aún de la figura conocida en doctrina como “vías paralelas”.

En efecto, en el contexto de la alternatividad de los procesos constitucionales es que se habla de “vías paralelas” en el Código Procesal Constitucional. Estas pueden definirse, entonces, como aquellos procesos ordinarios que tienen por virtualidad y finalidad la misma que un proceso constitucional: la defensa de un mismo derecho constitucional; y que es activada simultáneamente a una acción de garantía constitucional. De ahí que, en referencia al amparo, haya establecido con acierto el Tribunal Constitucional que se configura vía paralela “siempre y cuando la pretensión del amparo sea la misma que aquella que pretende a través del proceso ordinario”²⁸.

Definida así esta figura, puede afirmarse con carácter general que su finalidad es evitar que un mismo caso de afectación de un derecho constitucional pueda ser resuelto simultáneamente en dos vías distintas. En particular, se trata de evitar que un caso de salvación de un derecho constitucional que se presume siempre de carácter urgente, pueda intentarse resolver en la vía ordinaria y luego en la vía constitucional. Como bien ha expresado el Tribunal Constitucional, la finalidad de esta figura es “evitar pronunciamientos divergentes o contradictorios y en virtud del carácter sumario de las acciones de garantía”²⁹.

Siendo esto así, se entiende perfectamente que en la legislación correspondiente se haya recogido esta figura como una causal de improcedencia de los procesos constitucionales. Así, en el artículo 6 de la Ley 23506 se disponía que “[n]o proceden las acciones de garantía (...) 3) [c]uando el agraviado opta por acudir a la vía judicial ordinaria”. Por su

²⁸ Exp.0883–1999–AC/TC, de 15 de diciembre de 1999, f. j. 3.

²⁹ Exp. 0952–2000–AA/TC, de 15 de marzo de 2001, f. j. 3.



parte, en el Código Procesal Constitucional, se recoge esta causal de excepción en el artículo 5 CPC, al establecerse que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: 3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”.

Según este dispositivo legal, si el afectado en su derecho constitucional acude a la vía judicial ordinaria intentando la salvación de su derecho constitucional, no podrá después acudir a iniciar ningún proceso constitucional –el amparo por ejemplo– salvo que se haya configurado afectación al debido proceso judicial, caso en el que podrá interponerse una acción de garantía contra la resolución judicial en aplicación del artículo 4 CPC ya referido antes. Repárese en el hecho que se configurará esta causal sólo si el afectado en su derecho constitucional acude primero a la vía judicial ordinaria a salvar su derecho y después sin haber concluido el proceso ordinario –como se estudiará inmediatamente– acude a la vía constitucional. No se configura esta causal de improcedencia si se acude primero a la vía constitucional y luego –en caso no alcanzarse una solución satisfactoria– se pretenda acudir a la vía ordinaria. Esto último, sin embargo, no significa que la demanda en el proceso ordinario deba prosperar siempre; de hecho, lo más probable es que no prospere debido a que existe el principio de inamovilidad de la cosa juzgada³⁰.

2. Características de la vía ordinaria para configurar vía paralela

No cualquier procedimiento alternativo al que pueda acudir el sujeto en protección de sus derechos constitucionales configura vía paralela, sino que el mismo debe venir definido por algunas características. Atendiendo al ordenamiento jurídico peruano, la primera de las mencionadas característica es que debe tratarse de un procedimiento de naturaleza judicial. Como ya se apuntó, el Código Procesal Constitucional alude a ella cuando dispone como causal de improcedencia que el agraviado haya recurrido previamente a otro *proceso judicial* (artículo 5.3 CPC). De modo que no constituye “vía paralela”, a efectos de esta causal de improcedencia, la vía administrativa, ni los procedimientos privados. Éstos más bien constituyen lo que se ha denominado “vías previas”³¹.

La segunda característica que debe reunir un procedimiento para ser pasible de configurar “vía paralela” es que debe tener la virtualidad de alcanzar la protección de un derecho constitucional regresando las cosas al estado anterior de la vulneración del referido derecho constitucional. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “el Tribunal [Constitucional] debe destacar que el supuesto de improcedencia regulado por el inciso 3

³⁰ Téngase en cuenta que en un proceso constitucional se llegará a configurar cosa juzgada si es que se cumplen con dos requisitos: que se trate de la resolución final y que haya pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión (artículo 6 CPC).

³¹ Sobre las vías previas Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. *Hábeas corpus... Ob. cit.* ps. 169–211.

del artículo 6 de la Ley 23506 [artículo 5.3 CPC] se presenta sólo si, a través del uso de aquella vía ordinaria, es posible alcanzar igual propósito que el que se pretende mediante la interposición de amparo”³².

La tercera característica complementa necesariamente la segunda y consiste en que esa vía judicial a través de la cual se puede alcanzar la protección de un derecho constitucional, no tenga la característica de ser tan expeditiva y eficaz como lo sería el proceso constitucional, porque si lo es, entonces el agraviado en su derecho constitucional tendrá la obligación de encontrar solución sólo ahí (artículo 5.2 CPC). Esta novedad la trae el Código Procesal Constitucional cuando –como se ha visto– demanda del proceso judicial ordinario que sea *igualmente satisfactorio* que el proceso constitucional.

Y finalmente, como cuarta característica, se requiere que sean los mismos tanto los hechos como la parte agresora y la parte agredida con la amenaza o violación del derecho constitucional, en uno u otro proceso. A este respecto ha manifestado el Supremo intérprete de la Constitución que “[e]n este sentido considera el Tribunal Constitucional que la causal de improcedencia regulada en el inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506 [artículo 5.3 CPC] sólo opera cuando el proceso ordinario sea seguido entre las mismas partes, [y] exista identidad de hechos”³³.

3. Oportunidad en la configuración de la vía paralela

a) Otros dos requisitos

Para que la vía paralela se configure, además de las estudiadas características que debe darse en el proceso, se requiere que se cumpla con dos requisitos más relacionados esta vez, con el tiempo u oportunidad. El primero de esos requisitos es que se haya acudido a la vía judicial ordinaria antes de acudir al proceso constitucional. Y el segundo, exige que ese proceso judicial iniciado con anterioridad esté aún en curso, es decir, que exista simultaneidad.

i) Acudir previamente a la vía judicial

En lo que respecta al primero de los mencionados requisitos, se nota otro cambio importante que el Código Procesal Constitucional trae respecto de la Ley 23506 y la Ley 25398. Con esta última legislación el demandante en acción de garantía podía haber acudido a la vía ordinaria ya sea antes de iniciada la acción de garantía, o en cualquier momento después de iniciada ésta, que igualmente podía configurar vía paralela. Antes,

³² Exp. 0905–2001–AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 1.

³³ *Ibidem*.



con base en el artículo 6.3 de la Ley 23506 que disponía la improcedencia de la acción de garantía *cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*, se podía perfectamente configurar esta causal de improcedencia tanto si el afectado acudió a la vía judicial antes como si acudió después de interponer la acción de garantía constitucional.

La ley simplemente exigía que el afectado haya *optado* por la vía judicial ordinaria. Así, un ejemplo de vía paralela configurada al haberse interpuesto demanda en la vía judicial ordinaria con posterioridad a la acción de garantía es el caso Francisco Javier Urbina Colchado contra la ONP: “[d]icho petitorio es igual que el que persigue el demandante en esta acción de amparo, instaurada con anterioridad (...) sobre el pago del veinte por ciento de dicha bonificación en moneda actual”³⁴.

Pero con el Código Procesal Constitucional esta figura cambia por completo. En principio, si de lo que se trata es evitar que una misma pretensión se intente solucionar simultáneamente a través de dos vías igualmente idóneas aunque desigualmente eficaces, no debería interesar el momento en que se activaron ambas vías con la interposición de la respectiva acción: ya sea en el mismo momento (supuesto poco probable pero posible), ya primero la demanda de garantía constitucional, ya primero la vía judicial ordinaria. Si el objetivo es el mencionado, la oportunidad sería indiferente.

Siendo verdad esto, se debe afirmar inmediatamente que sí es necesario saber cuándo se interpuso la demanda en la vía judicial ordinaria a fin de determinar si se ha configurado o no la vía paralela según los términos del Código Procesal Constitucional. Y –se debe insistir– para que se configure la causal prevista en el artículo 5.3 CPC, es necesario que la vía judicial haya sido activada previamente al intento de activación del proceso constitucional. Así, se puede rescatar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un pronunciamiento por el cual afirma que “la pretensión del actor debe desestimarse, ya que (...) una de las causales de improcedencia de este tipo de mecanismos de protección de los derechos y libertades fundamentales, es que quien se considere amenazado de la violación o considere que se le haya transgredido su derecho constitucional, al interponer Amparo, no haya optado de manera anterior por dilucidar el problema litigioso a través de un proceso judicial ordinario”³⁵.

¿Qué ocurre si la demanda en la vía constitucional se interpone antes que se interponga la demanda en la vía judicial ordinaria? Pueden ser dos las situaciones en este caso. Primera, que el proceso constitucional no se haya terminado y se interponga la demanda en la vía judicial ordinaria. En esta situación, la demanda debería ser rechazada por litispendencia.

³⁴ Exp. 0178–2001–AA/TC, de 22 de julio de 2002, f. j. 2.

³⁵ Exp. 0707–1996–AA/TC, de 22 de enero de 1998, f. j. 2.

Ya no se puede detener el proceso constitucional –como se podía hacer con la antigua legislación– alcanzando un escrito al juez que llevaba el referido proceso para advertirle probadamente que el demandante ha acudido a la vía judicial ordinaria.

La segunda situación es que el proceso constitucional se haya concluido y luego se intente activar el proceso judicial ordinario. Si la sentencia obtenida en el proceso constitucional es la sentencia final y además se ha pronunciado sobre el fondo, se habrá configurado cosa juzgada y no debería proceder la demanda en la vía judicial ordinaria. Si faltase alguno de estos dos requisitos, podría activarse el proceso judicial ordinario ya que “[e]n los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo” (artículo 6 CPC).

Como se puede apreciar, si se ha acudido al proceso judicial ordinario después de haberse interpuesto la demanda de acción de garantía constitucional, no significa necesariamente que debe proceder la demanda judicial ordinaria. Lo único que significa es que de darse ese supuesto no se habrá configurado la causal prevista en el artículo 5.3 CPC. En cualquier caso, no importa al proceso constitucional lo que el demandante haga después de iniciado éste; el proceso constitucional no se detiene a no ser que el demandante abandone el proceso o se desista de su pretensión.

ii) Exigencia de simultaneidad

El otro requisito, como se ha dicho, es la simultaneidad. La vía paralela exige de simultaneidad para configurarse. Si no existe simultaneidad puede que se produzca cosa juzgada pero no vía paralela. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “no pueden coexistir a un mismo tiempo una reclamación de garantía constitucional con otra acción planteada ante el fuero ordinario”³⁶. Es decir, “no se puede tramitar simultáneamente la misma pretensión en la vía ordinaria y en la vía del amparo”³⁷. Precisamente la exigencia de simultaneidad es la que lleva a concluir que si no hay simultaneidad, es decir, si la vía ordinaria se ha iniciado y agotado, y luego se intenta con el mismo objeto una demanda constitucional, ésta deberá declararse improcedente; pero en estricto no por configurar la causal de vía paralela, sino por las exigencias propias de la cosa juzgada.

Se trata de una exigencia que descansa en la misma razón de ser de esta causal de improcedencia. Si de lo que se trata es evitar que una misma pretensión se discuta por vías distintas, de modo que no se produzcan –como se dijo ha manifestado el Tribunal

³⁶ Exp. 0550–2000–AA/TC, de 31 de noviembre de 2000, f. j. 4.

³⁷ Exp. 0704–2000–AA/TC, de 18 de octubre de 2000, f. j. 2.



Constitucional– “pronunciamientos divergentes y contradictorios”³⁸, no queda más que exigir simultaneidad en la tramitación de ambas acciones para que se llegue a configurar la vía paralela. Si se permitiese la configuración de esta causal aún después de haber finalizado la vía ordinaria, entonces lo que se estaría persiguiendo como objetivo no es evitar pronunciamientos contradictorios, sino consolidar el valor seguridad jurídica a través de la permanencia del fallo dado en la vía judicial ordinaria, y ello por exigencia del principio de cosa juzgada. Se trata, pues, de objetivos distintos, y el primero de los mencionados es el propio de la causal de improcedencia llamada vía paralela.

En cualquier caso, se deberá tener presente que para probar la existencia de la vía paralela se debe acreditar correctamente la existencia del proceso judicial en marcha con las instrumentales correspondientes. Estas instrumentales pueden deducirse del siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional: “la simple fotocopia de la demanda donde el demandante solicita el otorgamiento de su pensión de jubilación (...), sin estar legalizada o certificada, ni con la providencia de su admisión a trámite por el juzgado (...), y sin constancia de su emplazamiento a la demandada, no acredita la acción judicial ordinaria que requiere el inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506, [artículo 5.3 CPC] para que opere la figura procesal de la vía paralela”³⁹.

b) Un caso especial: Terminación del proceso por declararse fundada una excepción

Un supuesto que merece especial consideración, y siempre ligado a la exigencia de simultaneidad para que se pueda configurar la “vía paralela”, lo constituye el caso en el que habiéndose iniciado la vía judicial ordinaria, ha sido concluida declarando el juez fundada una excepción y, consecuentemente, la nulidad de todo lo actuado en aplicación del artículo 451.5 del Código procesal civil. ¿Podría interponer el afectado en su derecho constitucional luego alguna demanda de garantía constitucional? ¿O es que por el contrario se le ha cerrado totalmente esa posibilidad?

Se trata de una situación en la que no existe un pronunciamiento judicial sobre la pretensión del demandante (sobre el fondo de la cuestión), y el proceso ha terminado sin haberse transitado totalmente la vía ordinaria. Asimismo, se trata de una situación en la que con la excepción declarada fundada, se declara también la nulidad de todo lo actuado, es decir, que jurídicamente es como si nunca se hubiese interpuesto la acción y, consecuentemente, como si nunca se hubiese recurrido a la vía judicial ordinaria⁴⁰.

³⁸ Exp. 0952–2000–AA/TC, citado, f. j. 3.

³⁹ Exp. 1378–AA/TC, de 18 de abril de 2000, f. j. 4.

⁴⁰ Lo mismo se debería considerar para cuando al no haberse advertido, por ejemplo en el caso que se analiza ahora, la falta de agotamiento de la vía administrativa, se ha llevado el proceso hasta la etapa de sentencia, y emite el juez una sentencia inhibitoria.

En estos casos, el Tribunal Constitucional acierta no sólo la solución misma, sino también el razonamiento para llegar a ella, cuando –como en los casos que inmediatamente se reseñan– advierte no sólo la inexistencia del requisito de simultaneidad ya comentado, sino que además advierte justamente que en este supuesto si se negase el acceso del afectado a los procesos constitucionales, se le estaría poniendo en una inconstitucional situación de indefensión, ello en la medida que no ha habido un examen y pronunciamiento sobre la pretensión del afectado en su derecho constitucional. Las referencias legislativas que haga el Tribunal Constitucional son respecto del artículo 6.3 de la Ley 23506, sin embargo los juicios que emite son plenamente aplicables a lo que se dispone en el artículo 5.3 CPC.

Los casos que se citarán son el seguido por Hermógenes Alvarado Canchihuamán contra la ONP, el seguido por Sebastián Huacre Yactarimay contra la ONP, y el seguido por Pedro Zapata Mogollón contra la ONP. En el primero de los mencionados casos el Tribunal Constitucional declaró improcedente la acción de amparo luego de advertir la configuración de vía paralela. Así se manifestó el referido Tribunal: “no se ha acreditado que dicha demanda [judicial ordinaria] fue archivada antes de interponerse esta Acción de Amparo (...) por haberse declarado nulo lo actuado, en razón de no haberse agotado la vía administrativa, como afirma el demandante (...) por lo que se ha configurado la causal de vía paralela”⁴¹. Con lo cual, se puede concluir que si se hubiese acreditado la declaración de nulidad de todo lo actuado en el proceso judicial ordinario seguido y terminado con anterioridad a la acción de garantía, el Tribunal Constitucional habría considerado la no configuración de la mencionada vía paralela y quizá, como hace en el segundo caso que se menciona a continuación, hubiese terminado declarando fundada la acción.

En el segundo de los casos, el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de amparo luego de constatar que se había acreditado que no hubo un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión dilucidada en la vía judicial ordinaria, y que el proceso judicial ordinario había terminado al momento en que se interpuso la acción de garantía, es decir, no había simultaneidad. Dijo el Alto tribunal de la Constitución en referencia al artículo 6.3 de la Ley 23506 que “[n]o resiste una interpretación restrictiva del referido dispositivo legal cuando, como en el presente caso la demanda contencioso administrativa interpuesta en la vía ordinaria fue archivada, al haberse declarado fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (...) sin resolver la cuestión de fondo y la presente acción de amparo ha sido interpuesta posteriormente (...), por cuanto las acciones tutelares

⁴¹ Exp. 0312–2000–AA/TC, de 08 de septiembre de 2000, f. j. 2.



alcanzan su objetivo con la dilucidación del conflicto de intereses materia del petitorio como expresión del valor justicia”⁴².

En el tercero de los casos, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda en cuanto ordena a Petroperú incorpore al demandante en el régimen de pensiones de la Ley 20530, luego de reformar la sentencia de las dos instancias anteriores en las que se falló la improcedencia de la acción por haberse configurado la causal de improcedencia vía paralela. El demandante en amparo había interpuesto acción de nulidad de resolución en la vía ordinaria (proceso de conocimiento) persiguiendo la misma finalidad que en la acción de garantía. La demanda de nulidad fue desestimada en primera instancia por no haberse agotado la vía administrativa, decretándose la conclusión del proceso y su archivo definitivo.

Frente a ello, y en su propósito de resolver si se había o no configurado la vía paralela, el Tribunal Constitucional reparó primero en que el proceso en la vía judicial ya había terminado y lo había hecho sin pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión discutida: “dicho proceso concluyó por una cuestión de orden procesal sin pronunciamiento alguno sobre el fondo, habida cuenta de que, por la declaración de nulidad de lo actuado, no tiene existencia legal alguna”⁴³.

Después de reconocer que para que se cumpla la causal de improcedencia del inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506 (artículo 5.3 CPC) se requiere de simultaneidad entre el proceso judicial ordinario y la acción de garantía, afirma el Tribunal Constitucional que no puede interpretar restrictivamente el mencionado inciso, de modo que a pesar de haberse acudido a la vía judicial con anterioridad pero por no haber habido pronunciamiento en la vía ordinaria sobre el fondo ni simultaneidad, no procedía declarar improcedente la acción.

Dijo el Alto tribunal que el inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506 “no resiste una interpretación restrictiva, en virtud del carácter tuitivo de las acciones de garantía cuando (...) la demanda interpuesta ante el fuero ordinario fue anulada y remitida al Archivo General de los Juzgados Civiles (...) mientras que esta acción de amparo ha sido interpuesta tiempo después (...) cuando no existía ningún proceso judicial ordinario, y por cuanto las acciones de garantía constitucional alcanzan su objetivo, como expresión del valor justicia, con la dilucidación del conflicto de intereses materia del petitorio (...), así como para evitar que se produzca un estado de indefensión del demandante”⁴⁴.

⁴² Exp. 0952–2000–AA/TC, citado, f. j. 4.

⁴³ Exp. 1321–2000–AA/TC, de 22 de julio de 20002, f. j. 3.

⁴⁴ Idem, f. j. 5.

La interpretación que se hace del inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506 no se limita al texto legal. Para aceptar que no se ha configurado esta causal de improcedencia de la acción de garantía, el Tribunal Constitucional no sólo exige simultaneidad (cuya ausencia haría que no se hable de vía paralela), sino que además –y para terminar justificar su posición– exige que la resolución con la que se termina el proceso judicial ordinario, se haya pronunciado sobre el fondo de la cuestión que se intentaba dilucidar. La justificación de esta exigencia acertadamente la encuentra el Supremo intérprete de la Constitución peruana en que de otro modo no se estaría alcanzando el objetivo consistente en la dilucidación del conflicto de intereses materia del petitorio. Es decir, de otro modo se estaría produciendo un inconstitucional estado de indefensión.

De esta manera se puede afirmar que si bien es cierto existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional por el cual se interpretó de modo literal el inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506, lo que en definitiva prevaleció es una interpretación más abierta y siempre a favor de una más eficaz protección y garantía de los derechos constitucionales. Mediante esta interpretación se afirma que a pesar de que el afectado haya optado por acudir a la vía judicial ordinaria, si es que esta ha terminado sin pronunciamiento sobre la pretensión del demandante, por ejemplo, si ha terminado por declararse fundada una excepción y –consecuentemente– declarado nulo lo actuado judicialmente, no se habrá configurado vía paralela.

Esta interpretación es plenamente trasladable a lo que se dispone en el artículo 5.3 CPC y en este sentido deberá desenvolverse la futura jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se debe entender, entonces, que la exigencia del Código Procesal Constitucional de que *el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial* para que se configure la causal de improcedencia del proceso constitucional, no debe interpretarse de modo restrictivo porque puede terminar vulnerándose el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El criterio que debe imperar es que aunque el afectado en su derecho constitucional ha acudido a la vía judicial ordinaria en defensa de su derecho constitucional en los casos en que le era posible optar entre el proceso constitucional y la vía judicial ordinaria, no debe considerarse como si *hubiese recurrido previamente a otro proceso judicial* si es que lo recorrido ha sido anulado –por una excepción, por ejemplo– sin haber alcanzado un pronunciamiento sobre la pretensión del demandante.

Evidentemente, se trata de casos en los que no se ha configurado cosa juzgada o, en cualquier caso, sólo ha llegado a configurarse cosa juzgada formal⁴⁵. En los demás casos en

⁴⁵ Cosa juzgada formal, según Arrarte es “la autoridad que tendrán las decisiones judiciales respecto de las cuales operó preclusión, es decir, ya no existe posibilidad de impugnación,



los que habiéndose acudido a la vía ordinaria y concluido con una sentencia firme sobre el fondo de lo que se discutía –digámoslo una vez más– lo que en estricto se configura es cosa juzgada. Por lo demás, se trata de una interpretación que debe ser admitida pacíficamente en tanto permite evitar verdaderas situaciones de indefensión con las consecuentes situaciones de injusticia, siendo unas y otras en sí mismas no deseables y rechazables frontalmente, más aún cuando de la protección efectiva de un derecho constitucional se trata.

VI. LA VÍA PENAL COMO VÍA PARALELA

1. *Finalidades distintas*

Si uno de los requisitos que ha de cumplir la vía ordinaria para que constituya vía paralela es que persiga la misma finalidad protectora que la que se persigue con el proceso constitucional, entonces la acción penal no tiene posibilidad alguna de convertirse en vía paralela. Ello porque un proceso penal tiene por finalidad investigar hechos con el propósito de determinar responsabilidades penales para así aplicar las correspondientes sanciones. Nada de esto se persigue a través de una acción de garantía: “Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo” (artículo 1 CPC).

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el caso Carlos Fachín Mattos contra Humberto Vásquez Meza y otro, al declarar que “colateralmente debe hacerse notar que el argumento utilizado por la resolución recurrida no es pertinente para la presente causa, pues la interposición de determinadas denuncias a nivel de fiscalía no tiene que ver con la presencia de vías paralelas a la presente causa, desde que el objeto entre el proceso penal y el proceso constitucional –en este caso el Amparo– es totalmente distinto, pues mientras en el primero se trata de determinar responsabilidades y aplicar sanciones, en el segundo, se trata de restaurar derechos constitucionales ante la violación o amenaza de los mismos”⁴⁶.

volviéndose inmutables, pero sólo en el proceso en el que fueron emitidas. Es decir, la cosa juzgada formal sólo rige internamente, lo que no obsta a que la materia que fue controvertida y resuelta por la resolución que adquirió la autoridad materia de nuestro estudio pueda ser planteada nuevamente y de manera válida en un proceso posterior”. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano*. En “Doctrina Contemporánea”, Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 459.

⁴⁶ Exp. 0119–1995–AA/TC, de 13 de junio de 1997, f. j. 6.

De manera que no se configura la causal de improcedencia de los procesos constitucionales que ahora se comenta (vía paralela), en el supuesto que el agraviado haya acudido primero a la vía judicial penal por los mismos hechos que dieron lugar después a la demanda de garantía constitucional porque aquélla “tiene por objeto la satisfacción de una pretensión punitiva y no la urgente necesidad de tutela constitucional”⁴⁷.

Esto que se dice del proceso penal debe decirse también de todos aquellos procesos judiciales ordinarios que no tienen por finalidad la salvación de derechos constitucionales. Si el agraviado ha acudido a alguno de ellos, no es posible hablar de vía paralela, porque para que esta se configure –digámoslo una vez más– se requiere que el proceso judicial ordinario persiga la misma finalidad que el proceso constitucional. De esta manera debe ser interpretado el artículo 5.3 CPC.

2. Necesidad de una breve precisión

Sin embargo, lo afirmado debe ser matizado de la siguiente manera. Hay las veces en las que el procesamiento penal de una persona por unos hechos supuestamente delictivos y que afectan algún derecho constitucional, directa y necesariamente conllevan la desaparición del acto agresor del derecho constitucional. De modo que necesariamente la finalidad del proceso penal no sólo se limitará al procesamiento y eventual condena del acusado, sino que también y colateralmente, perseguirá el cese de la amenaza o violación del derecho constitucional.

Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad individual, en los cuales el procesamiento y la captura del inculpado generará que los actos delictivos constitutivos de agresión de derechos constitucionales desaparezcan, y con ellos la agresión constitucional misma, dejando sin objeto la demanda de habeas corpus que por las mismas agresiones a igual derecho constitucional se haya podido interponer. Es el caso también, por ejemplo, de los delitos por usurpación en los que el denunciante se constituye en parte civil y como tal ha solicitado además de la indemnización correspondiente, la restitución del bien (artículo 93 a y b del Código penal).

En estos supuestos debería actuarse con mucho cuidado a fin de evitar situaciones de *litispendencia* o evitar la posibilidad –como se dijo ha afirmado el Tribunal Constitucional– de pronunciamientos divergentes o contradictorios. En cualquier caso, debe tenerse presente que si hubiese cualquier duda, debe resolverse siempre a favor de lo que signifique una mayor protección de los derechos constitucionales.

⁴⁷ Exp. 1260–2001–AA/TC, de 11 de septiembre de 2002, f. j. 1.



3. *Algunos errores en la doctrina del Tribunal Constitucional*

No siempre han sido acertados los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre este asunto. Un ejemplo en el que este Alto tribunal yerra en la solución, a pesar de que era claro que la vía penal no persigue ni directa ni indirectamente la finalidad de la acción de garantía, es la figura de usurpación. Es el caso del amparo interpuesto por Teodoro Rodríguez Ortiz contra Marcelina Jaime Rodríguez y otros por violación de su derecho de propiedad, quienes con el argumento de que los demandados habían invadido un inmueble de su propiedad, solicitaban la restitución del bien supuestamente usurpado. Días antes el demandante había interpuesto denuncia penal por usurpación. El Tribunal Constitucional sin entrar a estudiar si en el caso que conocía, se trataban de procesos que perseguían la misma finalidad, optó por declarar improcedente la acción de amparo entre otros porque “el inciso dos (sic) del artículo 6º de la Ley veintitrés mil quinientos seis es sumamente claro, cuando establece que no procede una acción de garantía cuando el agraviado, como en el presente caso, opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”⁴⁸.

Este tipo de errores por parte del Tribunal Constitucional parece haber sido consecuencia de la oscuridad existente para cuando trata de estos asuntos. No otra cosa se puede concluir luego de leer sentencias en las que declara improcedentes demandas de garantía constitucional por el sólo hecho de haberse aperturado procesos penales a la vez y por los mismos hechos, incluso de procesos judiciales puestos en marcha a iniciativa del ministerio público y no del afectado y por los mismos hechos, sin entrar a examinar la cuestión fundamental de si el tránsito de la vía penal suponía o no efectivamente perseguir el mismo propósito que con la acción de garantía, es decir, el cese de la agresión al derecho constitucional.

Esto se manifiesta claramente en aquellas declaraciones en las que aludiendo a la finalidad de la vía penal y de la acción de garantía, no cae en la cuenta que son distintas y que por tanto no constituiría vía paralela. Así en el caso Paula Paya Colque contra el Rector de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, la demandante interpone acción de amparo con la finalidad que se deje sin efecto la resolución rectoral n° 26195 por la que se dejaba sin efecto la resolución rectoral n° 25610 que sustentaba la expedición de su título profesional.

A iniciativa del propio Ministerio público (es decir sin intervención de la demandante en amparo), se apertura juicio penal contra las autoridades y personal docente de la Universidad San Luis Gonzaga por supuestos actos dolosos, entre ellos por la expedición indebida de títulos profesionales. El Tribunal Constitucional declaró improcedente la

⁴⁸ Exp. 0284-1996-AA/TC, de 14 de julio de 1997, f. j. 4. Un caso similar puede verse en el Exp. 0587-1996-HC/TC, de 06 de noviembre de 1996, f. j. 2.

acción de amparo, entre otras cosas porque “existe acción penal abierta a instancias del Ministerio Público (...) por supuestos actos dolosos contra las autoridades y personal docente de la Facultad de Derecho de la indicada Universidad [San Luis Gonzaga de Ica], dentro de la cual se encuentra inmersa la situación del título profesional de la actora, por lo que será en dicho proceso en el cual se determine la culpabilidad de los supuestos responsables y eventualmente la validez o no del título profesional que se le ha emitido, de suerte que la resolución en esta Acción de Amparo, de trámite brevísimo y excepcional, puede resultar implicante o contradictorio al emitirse antes de que dicho proceso penal termine en forma definitiva”⁴⁹.

En este caso el Tribunal Constitucional advierte claramente que el objeto del proceso penal es la identificación y sanción de los responsables; y reconoce asimismo que *eventualmente* puede haber pronunciamiento sobre la validez del título profesional que la actora pretende defender en la vía de amparo. ¿Qué ocurre si no hay pronunciamiento sobre el referido título, limitándose la sentencia penal a condenar o a declarar inocentes a los inculpados? Se configuraría una situación de indefensión de la recurrente en amparo. Y si hay que esperar a la finalización del juicio penal para interponer el amparo ¿no se corre el riesgo de que se venza el plazo legal previsto para la interposición de la acción de amparo? Más aún, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de ningún modo puede resultar *implicante* o *contradictorio* con lo que resolvería la instancia penal, por el hecho que ambas al perseguir finalidades distintas no se pronunciarán sobre lo mismo.

Nuevamente, al igual que en el caso de la usurpación, no es que ante el caso presentado el Tribunal Constitucional haya fallado incorrectamente al declarar improcedente la demanda constitucional. Lo que no se debe compartir es el argumento de la vía paralela utilizado como fundamento del fallo, porque en estricto en este caso no se configura vía paralela como causal de improcedencia. Bastaba con argumentar –como lo hace el mencionado Tribunal en el fundamento 3 de la última de las citadas sentencias– la necesidad de una amplia actuación de pruebas para declarar improcedente la acción de garantía debido a que en éstas no existe etapa probatoria.

Del mismo modo, aunque quizá más grave que el anterior caso, el Tribunal Constitucional se equivoca al fundamentar su decisión con el argumento de la vía paralela en el caso Mayela Ulloa Portilla contra la Municipalidad distrital Eleazar Guzmán Barrón. El demandante interpone acción de amparo con la finalidad que se inaplique la Resolución municipal n° 02-96-CD-EGB.P que le destituía y por tanto se le reponga en sus labores

⁴⁹ Exp. 0948-1996-AA/TC, de 15 de abril de 1998, f. j. 2.



abonándosele las remuneraciones dejadas de percibir. La demandante días después interpone denuncia por abuso de autoridad contra el alcalde de la referida Municipalidad distrital.

El Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de amparo porque “de autos consta que la demandante, en forma simultánea, (...) denunció al Alcalde de la Municipalidad demandada (...) ante la Fiscalía Provincial de mariscal Luzuriaga, (...), proceso en el cual la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaraz condenó al referido alcalde (...), a un año de pena privativa de la libertad suspendida y al pago de quinientos Nuevos Soles por reparación civil a favor de la agraviada Doña Dina Mayela Ulloa Portella.(...). Que habiendo recurrido la referida autora a la vía judicial ordinaria, la presente demanda de Acción de Amparo resulta improcedente según lo previsto por el artículo 6º inciso 3) de la Ley N° 23506 de Hábeas corpus y Amparo”⁵⁰.

En buena cuenta lo que se desprende de lo transcrito en el párrafo anterior es que el Tribunal Constitucional está equiparando la finalidad del amparo a la finalidad de una acción penal, es decir, el amparo tendría por finalidad sancionar al infractor e indemnizar a la víctima (cuando ello proceda). Pero ¿qué ocurre con el derecho laboral invocado por el demandante y supuestamente violado por el demandado? La sentencia penal no restituyó en sus labores al demandante, que era lo que se perseguía mediante la acción de amparo; y el hecho que se haya acudido a la vía penal no supone que el actor se haya desistido o haya reemplazado su pretensión formulada en el amparo, cual es la de obtener la reposición laboral, finalidad distinta a la perseguida y conseguida en el juicio penal⁵¹.

VII. VALORACIÓN DEL CAMBIO DE CRITERIO LEGISLATIVO DE ALTERNATIVIDAD ABSOLUTA A EXCEPCIONALIDAD PARCIAL

En la historia de las acciones de garantía en general y del amparo en particular, se experimentó con la Ley 23506 y su complementaria, la Ley 25398, una exageración, abuso y consecuente desnaturalización en el empleo de las mismas. Este amplio empleo se produjo especialmente respecto de la acción de amparo al punto que quedó prácticamente anulado como proceso de defensa de determinados derechos de rango constitucional. Ello se debió –se debe– a que en los hechos experimentó un masivo e indiscriminado empleo. Como apuntaba Borea Odría a mediados de la década de los 90, “[o]tro problema del amparo es su *inflación*, esto es, la proliferación de juicios de amparo decididamente inmotivados, carentes de fundamento o abiertamente fabricados. Ello importa la

⁵⁰ Exp. 0839–1996–AA/TC, de 10 de junio de 1998, f. j. 1 y 2.

⁵¹ Una de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en la que considera indebidamente a la vía penal como vía paralela, se da en Exp. 0999–1999–AA/TC, de 21 de enero de 2000, f. j. 3.

manipulación o adulteración del amparo, como genuino producto constitucional, a favor de intereses secundarios o rastroseros. Naturalmente, todo ello provoca una seria devaluación institucional de esta acción, con su consecuente desprestigio”⁵².

La Ley 28237 intenta –entre otras cosas– ser un neutralizador de esta práctica desnaturalizadora. Así lo demuestra lo manifestado por el grupo de juristas que propuso el anteproyecto de lo que hoy es nuestro primer Código Procesal Constitucional. En efecto, ellos tienen escrito que “siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad), se ha puesto muy especial celo en construir un sistema que permita al Juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es sólo la construcción jurídica realizada por el demandante para ‘amparizar’ la solución judicial de su conflicto. En tal sentido, se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de ésta (artículos 5 y 47 [CPC])”⁵³.

El legislador peruano, en un afán de resguardar la verdadera significación de las acciones de garantía constitucional, en particular del amparo, ha tomado una serie de medidas como obligar al afectado en su derecho constitucional a acudir a la vía judicial ordinaria en lugar que al proceso constitucional, cuando en aquella pueda encontrar una respuesta efectiva a su reclamación. Pero habrá que advertir que ésta medida no ayudaría mucho a revertir la situación de desnaturalización que se ha denunciado antes, si es que a su vez no va acompañada de un trabajo serio y efectivo de concientización y preparación, especialmente de jueces y abogados. Se debe difundir y crear el verdadero convencimiento de que las demandas de garantía constitucional sólo deben ser interpuestas cuando exista una verdadera e incontrovertible afectación del contenido jurídico de un derecho que tenga rango constitucional.

Si no se consigue esto, la medida de excepcionalidad de los procesos constitucionales que recoge el Código Procesal Constitucional será sólo un débil paliativo. No sólo porque – como se ha estudiado anteriormente– la excepcionalidad es sólo parcial y no total; sino también porque son pocos los casos en los que se puede encontrar en la vía ordinaria un proceso tan rápido y eficaz como el que activa la acción de garantía. Es decir, son pocas *las vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias* para la protección de los

⁵² BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. 2ª edición, Grigley, Lima, 1996, p. 11.

⁵³ AA. VV., *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente*. Palestra, Lima, 2003, ps. 20–21.



derechos constitucionales afectados, como lo exige el artículo 5.2 CPC. Habría que analizar cada caso concreto, y ya se encargará oportunamente el Tribunal Constitucional en determinar cuales vías procedimentales ordinarias serán esas, pero los procesos ordinarios que suelen presentarse como paradigmas de procesos igualmente expeditivos y eficaces que los procesos constitucionales, son los interdictos y el juicio de alimentos⁵⁴. Sin embargo estas vías de poco servirían para “competir” con los procesos de amparo.

En efecto, si se tiene en cuenta que los interdictos protegen la posesión, y ésta como tal en rigor no es un derecho constitucional, como lo ha dispuesto en jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional; entonces los interdictos no pueden ser vías judiciales igualmente eficaces en la restitución del derecho constitucional afectado. Que la posesión no es un derecho constitucional lo tiene claramente establecido el Tribunal Constitucional, por ejemplo cuando ha mencionado que “el derecho de posesión si bien es una derivación del derecho de propiedad, sin embargo, sólo este último y no el primero, es materia de protección de la acción de amparo”⁵⁵.

Del mismo modo, y en lo referido al juicio de alimentos, si se tiene en cuenta que aún asumiendo que el derecho a los alimentos tiene rango constitucional, las pretensiones de alimentos no se tramitan vía proceso de amparo, no porque el amparo sea una acción excepcional, sino porque se hará necesario de actuación de pruebas para determinar la capacidad económica de los padres y las necesidades concretas del alimentista, y como se sabe, los procesos constitucionales no cuentan con etapa probatoria.

Por lo dicho, la solución que ahora adopta el legislador a través del reconocimiento de la excepcionalidad en los procesos constitucionales deberá ser complementado adecuadamente por la toma de conciencia de que se trata de procesos destinados sólo a proteger derechos constitucionales y sólo cuando la afectación de los referidos derechos

⁵⁴ Este último, por ejemplo, en BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las...* Ob. cit., p. 102.

⁵⁵ Exp. 0198-1996-AA/TC, de 15 de octubre de 1997. Del mismo modo –y más recientemente– manifestó que “[t]ambién se ha hecho referencia a la supuesta amenaza al derecho de posesión que ejerce el demandante sobre las Unidades Catastrales N.ºs 10002 y 10003; sin embargo, dado que dicho derecho es de naturaleza civil y no constitucional, no cabe ampararse su protección a través de la acción de amparo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 200.º, inciso 2), de la Constitución”. Exp. 0152-2002-AA/TC, de 07 de noviembre de 2002, f. j. 2.d. Complementariamente, hay que decir que incorrectamente el Tribunal Constitucional en alguna oportunidad ha declarado improcedente una acción de amparo por causal de vía paralela, cuando el afectado había acudido previamente a la acción de interdicto. Así dijo el mencionado Tribunal: “[c]onforme lo expresa la recurrida, criterio que este Tribunal Constitucional comparte, en el caso es de aplicación el inciso 3) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, toda vez que, según se advierte de los documentos obrantes de fojas ochenta y ocho a noventa y nueve, los recurrentes han acudido a la jurisdicción ordinaria promoviendo una acción judicial sobre interdicto de retener alegando los mismos hechos y solicitando el pago de indemnización, con el objeto de que ‘se constate las perturbaciones del camino de acceso’”. Exp. 0812-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2002, fundamento jurídico único.

sea manifiesta e incontrovertible. Si se tiene un verdadero y completo conocimiento de la significación y trascendencia de los procesos constitucionales, sólo se activarán cuando se cumplen esos dos requisitos: que esté en juego un derecho de rango constitucional y cuando la violación o amenaza del mismo sea incontrovertible. Si en la práctica se exigiera con estricto rigor la concurrencia de estos dos requisitos, el abuso en la interposición de las demandas de garantía constitucional –especialmente del amparo– disminuiría considerablemente, mucho más que prohibiendo acudir a los procesos constitucionales cuando haya una vía judicial ordinaria igualmente eficaz que el proceso constitucional.

VIII. CONCLUSIONES

Como se ha podido tratar en este trabajo, el Código Procesal Constitucional trae importantes novedades en lo referido a la alternatividad y excepcionalidad de los procesos constitucionales. Con la Ley 23506 se recogía el principio de alternatividad plena en las acciones de garantía (artículo 6.3). Así, el afectado en su derecho constitucional siempre tenía la opción de acudir a la vía constitucional o acudir al proceso judicial ordinario en busca de la salvación de su derecho constitucional. Con la nueva legislación esto cambia.

En efecto, con el Código Procesal Constitucional esta alternatividad sin desaparecer por completo, sí queda bastante reducida y mediatizada. Una vez que entre a regir la nueva ley, el afectado en su derecho constitucional ya no tendrá plena libertad para decidir (optar) si ventilar la agresión a su derecho constitucional a través de una demanda de garantía constitucional o a través de una demanda en la vía judicial ordinaria. Tendrá que preguntarse, ahora, si en esta vía ordinaria *existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.*

Si la respuesta es afirmativa, entonces no podrá acudir al proceso constitucional, sino que necesariamente deberá intentar encontrar solución en la vía judicial ordinaria. En este sentido es que se puede afirmar que el Código Procesal Constitucional ha acogido el principio de excepcionalidad entendida como subsidiaridad. Complementariamente, también ha acogido el principio de excepcionalidad entendida como definitividad, al exigir firmeza en las resoluciones judiciales antes de ser cuestionadas vía un proceso constitucional por violación de la tutela procesal efectiva (artículo 4 CPC).

Si por el contrario, la respuesta es negativa, es decir, si el proceso judicial no brinda una sumaria y efectiva solución como lo brindaría un proceso constitucional, entonces para el agraviado en su derecho constitucional permanece el carácter alternativo, de modo que



será él quien elija si transita la vía judicial ordinaria o la vía constitucional para salvar su derecho constitucional agredido.

Habrà que distinguir, por tanto, entre los casos en los que además de la vía constitucional existe una vía judicial ordinaria expeditiva como el proceso constitucional, de aquellos casos en los que no la hay. En el primer caso rige el principio de excepcionalidad; y en el segundo el principio de alternatividad.

Dentro de este segundo ámbito puede configurarse lo que doctrinalmente se ha dado en llamar “vía paralela”. Lo cual ocurrirá si concurren ciertas características y requisitos: que la vía sea una de tipo judicial; que con ella es posible la salvación del derecho constitucional; que no sea una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional; que sean los mismos los hechos y las partes tanto en la vía ordinaria como en la constitucional; y que haya simultaneidad. Asimismo, se configurará vía paralela como causal de improcedencia del proceso constitucional sólo si la vía judicial ordinaria ha sido activada con anterioridad a la interposición de la acción de garantía.

Con la Ley 23506 era posible invocar esta figura aún cuando la demanda de garantía constitucional hubiese sido interpuesta con anterioridad a la demanda judicial ordinaria. En este sentido se debe afirmar que el Código Procesal Constitucional es mucho más preciso y coherente, porque de ocurrir esta última situación en estricto no se configuraba vía paralela, sino litispendencia si existía simultaneidad, o cosa juzgada si no hay simultaneidad.