



Rafael Viera Arévalo<sup>(\*)</sup>

# Aspectos Procesales del Amparo<sup>(\*\*)</sup>

## *Amparo's Procedural Aspects*

**Resumen:** En este artículo el autor busca abordar las generalidades del proceso de amparo en el ordenamiento peruano, atendiendo a su legislación, jurisprudencia y doctrina. Asimismo, se analiza el objeto de protección del instituto de amparo y la coyuntura que atraviesa, debido a su desnaturalización por su uso indiscriminado. Dicha coyuntura es atendida por nuestro actual Código Procesal Constitucional, que señala la naturaleza excepcional de este recurso para atender vulneraciones de derechos fundamentales, por lo que la evaluación de su procedencia debe hacerse caso por caso. Finalmente, el autor analiza la especial condición de las medidas cautelares dentro de un proceso de amparo.

**Palabras clave:** Amparo - Tutela - Proceso - Medida Cautelar

**Abstract:** In this article the author seeks to address the general amparo process under Peruvian law, according to their legislation, jurisprudence and doctrine. Also he analyzed the object of protection of amparo, and the current situation which is facing due to its denaturation by its indiscriminate use. That situation is consider by our current Constitutional Procedural Code, which states the exceptional nature of this resource to address violations of fundamental rights, so that evaluation of their origin must be on a case by case basis. Finally, the author analyzes the special status of the precautionary measures within an amparo process.

**Keywords:** Amparo - Tutelage - Process - Precautionary Measure.

## 1. Introducción

El proceso de amparo es el mecanismo procesal de protección de los derechos constitucionales diferentes a la libertad individual, a los derechos conexos a ésta y a los que protege el habeas data. Considero que es una de las principales formas de tutela y protección de derechos constitucional porque, a diferencia de lo que ocurre con el proceso de habeas corpus de protección limitada de derechos vinculados a la libertad individual, sin lugar a dudas tiene mayor amplitud de cobertura,

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a la Maestría de Política Jurisdiccional de la misma casa de estudios. Asociado Senior del Estudio Miranda & Amado Abogados.

(\*\*) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 18 de enero del 2015 y aprobada su publicación el 30 de enero del mismo año.

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

al punto que es utilizado por la mayor cantidad de personas que urgen de una tutela rápida, expeditiva, tempestiva y satisfactoria cuando ve amenazado o vulnerado su derecho constitucional.

Precisamente, por tratarse de uno de los principales mecanismos expeditivos de protección, es sumamente tergiversado y usado indiscriminadamente por cualquier persona que considere afectados sus derechos, inclusive, si no tienen contenido constitucional. A este problema se añade que muchos abogados por ignorancia o mala fe, sugieren este mecanismo de protección como la panacea de resolución de todos los problemas legales lo que contribuye al exceso de uso de este mecanismo que impide que pueda cumplir con la finalidad para la cual fue creada. Dicho esto, es importante desarrollar el objeto de protección del proceso de amparo y otros aspectos procesales vinculados.

La derogada Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley 23506) entendía que el proceso de amparo constituía una vía paralela al proceso ordinario. Por su parte, para muchos autores, el actual Código Procesal Constitucional instaura el amparo residual o subsidiario, en el presente trabajo veremos si esto es así.

También será necesario hacer unos apuntes adicionales sobre varios aspectos procesales porque, insisto, el mal tratamiento de esta institución por parte de los abogados y jueces locales la han convertido en una herramienta que en muy pocas ocasiones cumple su finalidad. Todas nuestras actuaciones del día a día se sustentan en el ejercicio libre e irrestricto de nuestros derechos contenidos en la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales, de ahí que la adecuada reglamentación y la correcta aplicación del mecanismo de tutela se hace indispensable.

Finalmente, el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional establece como una de las causales de improcedencia de la demanda de amparo que no existan otras vías igualmente satisfactorias para proteger el derecho vulnerado o amenazado. Esta precisión es sumamente necesaria para reivindicar el mecanismo satisfactorio del amparo solo para conflictos que merezcan una atención urgente, oportuna y tempestiva cuando se ha vulnerado de manera directa la constitución o el aspecto constitucionalmente protegido del derecho y no exista otra vía que igual satisfaga el derecho.

## 2. El amparo como *proceso*, no como *acción*

El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

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

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

Por su lado, el Título III de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, regula el ámbito de protección, naturaleza, alcances, tramite, derecho protegidos y demás aspectos del Proceso de Amparo. De hecho, de muy buen tiempo atrás, ha quedado desfasado denominar al amparo como *acción* y actualmente no queda mayor duda que es *proceso* con todas las garantías propias de éste.

La distinción no es banal, sino estructural, y a partir de su naturaleza jurídica, podremos entenderlo a cabalidad. Recordemos que *proceso* significa marchar, avanzar hacia un determinado fin, hacia una determinada clase; así se habla de un proceso químico, proceso de desarrollo, proceso de curación o recuperación. Si a este proceso se le entiende como un desarrollo de ciertos actos humanos, concatenados, para alcanzar un fin, se le conoce como *procedimiento*, como puede ser un procedimiento electoral, un procedimiento terapéutico y similar.

Sin embargo, respecto del sentido *jurídico* del proceso, se usaba la palabra *processus*, a partir de la Edad Media (primero en Derecho Canónico) y significó “el procedimiento para



## Rafael Viera Arévalo

la reclamación y la prosecución de los derechos ante los tribunales. Este término no era corriente entre los romanos que hablaban de *lis, iudicium, iurgium*<sup>(1)</sup>.

Así se concebía al proceso desde el punto de vista jurídico, como la secuencia y desarrollo de actos humanos/procesales a realizarse ante una autoridad jurisdiccional, para la resolución de los conflictos jurídicos intersubjetivos, el cual tomará una decisión firme y pasible de ser ejecutada, luego de convencerse sobre la posición jurídica antagónica de las partes, evaluar sus fundamentos de hecho y derecho, revisar los medios probatorios aportados y luego de ello, convencerse sobre la titularidad del derecho y su reconocimiento.

Como se puede ir apreciando, lo que importaba era la resolución del conflicto y que a través de una decisión jurisdiccional firme, obligatoria inclusive con el apoyo de la fuerza pública en virtud del poder coercitivo del Estado, se llegue al convencimiento de a quién corresponde amparar determinado pedido. Concebido el proceso de esta manera, importaba la resolución de los casos con prescindencia de los diferentes derechos en busca de tutela, sin una diferenciación en el trámite procedimental, con la posibilidad de aportar pruebas en cualquier momento, sin importar si el proceso se retardaba o demoraba porque lo importante era llegar a la verdad (casi absoluta) sobre la resolución del caso.

Esta tutela clásica u ordinaria se clasificaba en declarativa, constitutiva y de condena. La primera busca el reconocimiento de un derecho preexistente (por ejemplo, la declaración de prescripción adquisitiva de dominio), en la segunda se busca modificar, crear, regular o extinguir una relación jurídica preexistente (por ejemplo, el proceso de divorcio por causal) y, en el tercero, se busca la obtención de un mandato que ordene un dar, hacer o no hacer (por ejemplo, el pago de una suma de dinero). En general, lo que buscaba cualquiera de estos procesos (todos canalizados por una única vía procedimental) es la obtención de un título de ejecución que sea obedecido, respetado por todos y pasible de ejecución forzada.

Este concepto cambia a partir de la finalización de la Primera Guerra Mundial donde empieza a reconocerse los derechos sociales y políticos de las personas y los grupos

minoritarios van tomando el poder. Asimismo, van creándose nuevas tecnologías, aparecen intereses por la protección de derechos que le competen a un grupo de individuos (protección ambiental, al consumidor, sindicatos, derechos colectivos, etcétera) que desfasa esta tutela ordinaria para la protección de toda la gama de nuevos derechos que vienen apareciendo.

Así, luego de esta etapa se da paso a una *tutela jurisdiccional diferenciada* que busca que el proceso atienda los derechos según sus propias diferencias porque se considera que, definitivamente, las personas no tienen el mismo interés, ni tienen la misma urgencia, o el derecho vulnerado no tiene la misma jerarquía normativa. Por ejemplo, el derecho que le asiste a un banco a cobrar una acreencia, no es igual ni urgente al de un menor de edad que requiere de una transfusión de sangre ante la negativa de sus padres a realizarla por sus creencias religiosas; tampoco un trabajador despedido necesita la misma protección a la de un accionista que no está de acuerdo con un acuerdo societario; inclusive, una madre de familia que requiere alimentos para atender a su hijo no tiene la misma urgencia que la madre que desea divorciarse del esposo infiel; de allí que la tutela diferenciada busca crear mecanismos de protección (procesos) diferentes para atender a diferentes requerimientos de justicia.

Hay dos vertientes respecto a la tutela diferenciada, conservadora y contemporánea. Si bien, a efectos de este trabajo no nos detendremos en analizar cada una de ellas y sus subespecies, es oportuno precisar que la tutela diferenciada conservadora mantiene la idea que el conocimiento pleno, absoluto de la verdad de los hechos planteados por las partes plena es el fin del proceso. Es decir, mantiene la idea que debe alcanzarse la

(1) ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Lima: ARA; p. 39.

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

verdad o certeza del derecho cuya protección se exige ante el órgano jurisdiccional. Empero, se realiza una diferenciación de los derechos vulnerados y se regula su protección en procedimientos distintos según su complejidad, pero dentro de una misma estructura básica. Así, se acortan los plazos para determinadas actuaciones, se eliminan algunas audiencias, se restringe la actividad probatoria o impugnatoria en determinados actos, etc. Este tipo de tutela es la que regula nuestro Código Procesal Civil Peruano al dividir a los procesos de cognición o de conocimiento, en sumarísimos, abreviados y de conocimiento pleno.

La tutela diferenciada contemporánea, es la que se establece de manera específica para la protección del derecho según su jerarquía, oportunidad, urgencia de protección, etcétera. Es decir, toda la reglamentación procesal y procedimental, va dirigida a la efectiva tutela del derecho. Dentro de este tipo de tutela está la: i) tutela diferenciada preventiva y ii) la tutela de urgencia.

Respecto de la tutela preventiva, como su nombre lo indica, busca prevenir, adelantarse, evitar un conflicto o eliminar alguna incertidumbre jurídica (como la interpretación correcta de una cláusula contractual ambigua o dudosa) o para evitar un posible debate judicial respecto de determinado derecho (la declaración de pago debido de una deuda), en este último caso, se conoce como tutela inhibitoria.

La tutela de urgencia está concebida para brindarle un tratamiento diferente a situaciones jurídicas que no pueden esperar porque requiere de una protección inmediata, ello en función del contenido del derecho que busca proteger, la importancia del mismo, etc. Así, la doctrina diferencia en tutela urgente cautelar y tutela urgente satisfactoria. En definitiva, ambas tienen en común ser urgentes; sin embargo, se diferencian en que la primera no otorga una satisfacción plena del derecho y, de manera firme e inmutable. Así, la tutela urgente cautelar es una protección que se otorga dentro del cauce de un proceso (principal) para evitar que la sentencia a expedirse y que ampare la demanda se torne ineficaz. En esta línea, el profesor Giovanni Priori sostiene que el derecho a la tutela cautelar constituye propiamente un derecho de naturaleza constitucional: "Así, el derecho a la tutela cautelar

es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean *adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse*<sup>(2)</sup> (el énfasis es agregado).

Pues bien, por su lado, la tutela urgente satisfactoria busca el reconocimiento pleno del derecho de manera definitiva y que la represión a la vulneración de dicho derecho sea efectiva y rápida. Ésta se canaliza a través de un proceso principal donde se obtendrá una sentencia de mérito que se pronuncie con autoridad de cosa juzgada sobre el conflicto puesto a conocimiento. Este tipo de tutela es definitiva, invariable, sólo se concede luego de un debate de las partes confrontadas (quienes aportaran fundamentos, medios probatorios, etc.) y sus efectos son tempestivos y oportunos, es decir, satisfactorios. Inclusive, la sentencia puede reprimir actos homogéneos a los que han sido protegidos.

Para los profesores Monroy Gálvez y Monroy Palacios:

"Una pretensión que deba ser admitida en esta forma tan especial de tutela debe tener una probabilidad intensa, es decir, una elevada posibilidad de ser acogida. Por otro lado, debe ser además infungible, es decir, irremplazable, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por una reparación patrimonial, por ejemplo. Si no se tuviera en cuenta estos requisitos, el uso de esta forma de tutela podría convertirse en indiscriminado.

En lo que se refiere a su trámite, la tutela de urgencia debe ser correspondiente con su nivel de exigencia temporal, por tanto, debe

(2) PRIORI POSADA, Giovanni. *La Tutela Cautelar. Su configuración como un derecho fundamental*. Lima: ARA, 2006.



## Rafael Viera Arévalo

resolverse dentro del cauce de un proceso urgente. Esto significa que sólo es necesario cognición sumaria, es decir, que el juez debe resolver con una información inmediata e instantánea. Inclusive, debe quedar a su criterio, en función de la gravedad de las circunstancias, expedir su decisión con conocimiento de la parte afectada o sin ella. Completa la figura de esta forma de proceso urgente, la necesidad de que la decisión tenga ejecución inmediata, dado que, por las características de la pretensión, su actuación se convierte en la única forma de obtener la satisfacción requerida. Finalmente, la ejecución de la decisión declarada en este tipo de proceso debe recibir la autoridad de la cosa juzgada, por lo tanto, los efectos que produzca deben ser inmutables<sup>(3)</sup>.

Así, el proceso de amparo es una manifestación de la tutela de urgencia satisfactiva, como también lo indica Cairo Roldán al indicar: “El proceso de Amparo es una expresión de la Tutela de Urgencia Satisfactiva, pues su objetivo es proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requiere ser suprimidos con suma rapidez<sup>(4)</sup>, porque su protección no puede esperar, no puede permitirse consumir situaciones injustas e inconstitucionales para el afectado lo cual sucedería aun cuando se reconozca el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado de manera tardía.

### 3. Objeto de protección del proceso de amparo

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 200 de la Constitución Política del Perú establece el proceso de amparo como garantía constitucional con el siguiente texto:

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

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

Toda vez que el proceso de habeas corpus protege la libertad personal y los derechos conexos y que el proceso de habeas data protege los derechos contenidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución<sup>(5)</sup>, el proceso de amparo protege todos los demás derechos constitucionales que no protegen los dos procesos antes indicados.

De allí que tanto la anterior Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, y el artículo 37 del actual Código Procesal Constitucional establezcan una lista no taxativa de derechos constitucionales protegidos por el proceso de amparo y deja, en el último inciso del artículo correspondiente, una cláusula abierta protegiendo “los demás derechos que la Constitución reconoce”, es decir, todos los demás, inclusive los no establecidos en la Constitución sino en los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte.

(3) MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Lima: Palestra, 2004; p. 88.

(4) CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Lima: Palestra, 2004; p. 176.

(5) “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: (...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

Ahora bien, toda vez que todos los derechos de nuestro ordenamiento jurídico tienen un sustento directo o indirecto a la Constitución, es que el proceso de amparo se masificó al tal punto que, por tratarse de un mecanismo expedito, produjo un uso indiscriminado por parte de los justiciables.

Así, existieron una serie de demandas de amparo para cualquier controversia o cualquier motivo y bastaba que una persona señale que tiene un conflicto que directa o indirectamente tenga alguna referencia constitucional, para que pretenda que el Juez Constitucional tutele sus derechos. Inclusive, bastaba indicar algún referente constitucional, para pasar el filtro de la procedencia del proceso de amparo. El Código Procesal Constitucional busca zanjar toda posibilidad que una demanda sin contenido directo en la Constitución sea admitida a trámite por el Órgano Jurisdiccional.

De allí, el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional precisó que:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;”

Del mismo modo, el artículo 38 de la referida norma procesal establece que:

“Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.”

En palabras de los creadores del anteproyecto de dicho Código que comparto en su totalidad:

“Se trata, pues, de circunscribir el amparo a su condición de proceso constitucional estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales; y de proceso excepcional, distinto a los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole.

El fundamento de esta norma es corregir una grave distorsión observada en la inutilización e instrumentación indebida del amparo en los últimos años. A menudo los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, pero solo para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspecto de regulación legal o de naturaleza secundaria, que no deben tutelarse por medio del amparo. O que sólo indirecta y lejanamente se respaldan en la Constitución<sup>(6)</sup>

Definitivamente, esta apreciación debe ser realizada en el caso concreto, y el juez debe atender si el petitorio y la demanda hacen una referencia directa y precisa sobre la amenaza o vulneración de un derecho constitucional y no solo referencias vagas o indirectas que busquen activar este mecanismo procesal indebidamente. Para tal efecto, debe tener en cuenta, en primer lugar, la Constitución y revisar a detalle los derechos y la *ratio legis* de los derechos que reconoce, los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, y en general, el ordenamiento jurídico en conjunto desde una perspectiva racional y razonable.

El inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional bajo comentario exige que el petitorio y los hechos tengan contenido constitucional de forma directa. Recordemos que el petitorio y los hechos, ambos, en suma, forman la pretensión procesal y ésta debe ser claramente formulada. Y esta pretensión constitucional debe ser debidamente sustentada en medios probatorios de actuación inmediata para que puedan ser canalizadas

(6) Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel y OTROS. *Código Procesal Constitucional*. Lima, 2004; pp. 66 y 67.



## Rafael Viera Arévalo

por la vía procesal expeditiva del amparo, sin perjuicio que el Juez adecue las exigencias a los fines del proceso constitucional y ordene la actuación de medios probatorios idóneos que lo ayuden a generar convicción sobre los hechos y derechos que se buscan proteger.

El petitorio que se puede formular en un proceso de amparo es, básicamente, de cese de amenaza cierta e inminente del derecho constitucional y de cesación de afectación del derecho constitucional vulnerado y que se retrotraiga las cosas hasta el estado anterior a la comisión de la afectación constitucional. Como consecuencia de estos pedidos, el juez puede anular el acto jurídico, administrativo, judicial o declararlo ineficaz, inoponible, eliminarlo del ordenamiento, es decir, es irrelevante cómo lo solicitemos, debe quedar claro para el Juez y las partes que lo que se busca es eliminar determinada amenaza o afectación al derecho constitucional.

El petitorio es lo que se pide al Juez, lo que se busca obtener de manera concreta y un referente que no guía sobre lo que se puede pedir, es lo que el Juez puede otorgar como lo dispone el artículo 55 del CPConst que a la letra señala:

“Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada  
La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.”

Entonces, debe quedar claro que los hechos deben hacer referencia directa a la afectación al derecho constitucional

vulnerado o amenazado y descrito con claridad y precisión. No se puede permitir afirmaciones vagas e imprecisas, donde se relatan historias y narraciones de hechos, que no tengan referentes constitucionales inmediatos y directos.

### **4. El proceso de amparo como vía alternativa, residual y/o subsidiaria.**

El artículo XVIII de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica que:

“Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los deberes fundamentales consagrados constitucionalmente.” En el mismo orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 25, inciso 1, que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (...)”. Por último, y respecto a lo que en tratados internacionales se refiere, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo.8 que: “toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o las leyes”.

Por su parte, la Constitución Política del Perú establece que:

“Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)  
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Lo que las normas antes indicadas establecen es el deber de todo Estado proveer de mecanismos procesales previstos legalmente para proteger adecuadamente los derechos de las personas. Esta disposición toma fuerza y mayor preocupación cuando de proteger derechos constitucionales se trata por ser los derechos base de todo el ordenamiento jurídico y pilar fundamental para la subsistencia de la persona humana y su relación en sociedad.

Las distintas vías procesales que el Estado está en la obligación de otorgar a los justiciables, debe ser efectiva, expeditiva, tempestiva, oportuna y satisfactiva creando disposiciones que regulen los procesos según los intereses y derechos vulnerados. Y a efectos de proteger la demanda de justicia de todo estado, debe contener reglas claras para que pueda cumplir con su finalidad.

### 4.1. El proceso como vía alternativa

La antigua Ley No. 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, establecía en el inciso 3 del artículo 6 que: “no proceden las acciones de garantía cuando el agraviado opta por acudir a la vía ordinaria.”

Esta opción, facultativa por cierto, fue concebida como una prerrogativa para litigante y que éste pueda elegir qué vía se adecuaba más a sus intereses cuando de por medio existía una afectación a un derecho constitucional. Así, se afirmó, que el proceso de amparo era una vía paralela porque el litigante tenía una vía ordinaria y otra constitucional para elegir.

Para el profesor Samuel Abad:

“La doctrina y jurisprudencia nacional han asimilado esta

expresión a lo que la experiencia argentina denomina *vías paralelas*. Se ha entendido por vía paralela a todo proceso judicial distinto al amparo (civil, laboral, etc.) que puede proteger el derecho institucional afectado. Además la jurisprudencia ha interpretado que la Ley 23506 reconoce un derecho de opción para el demandante quien puede escoger entre presentar un amparo o acudir a la vía paralela. En todo caso, si el afectado acude a la vía parilla ya no podrá interponer una demanda de amparo<sup>(7)</sup>.

Esta disposición normativa proviene de un criterio privatístico del proceso en virtud del cual las partes eran amas y señores del proceso porque, conocedoras de los conflictos entre ellas, eran las únicas capaces de elegir cual es el proceso que más se le acomoda para la solución de sus intereses. En el concepto privatístico del proceso, el Juez es un simple espectador del conflicto, y su única función es revolverlo, no pudiendo tomar mayores decisiones en cuanto al trámite, al inclusión de medios probatorios o fundamentos (sean extemporáneos o no) y similar. Este principio estuvo recogido en nuestro anterior Código de Procedimiento Civiles de 1912, la Constitución de 1979, la Ley comentada de 1982.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señaló que:

“para este Colegiado queda claro que en el caso de autos se presenta lo que la doctrina denomina *vías paralelas*, las que surgen cuando el actor tiene a su disposición dos o más acciones judiciales para reparar el agravio a un derecho constitucional. Si se ejecuta una de las otras acciones judiciales, el amparo deviene improcedente, porque se optó

(7) ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional del amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; p.121.



## Rafael Viera Arévalo

por la vía judicial ordinaria. Es importante precisar que el término *paralelas* no significa que se trata de vías que sigan líneas paralelas, sino de vías convergentes, pues partiendo de puntos distintos, y transitando por caminos también distintos, conducen a un mismo resultado (...)<sup>(8)</sup>.

Pues bien, dicho criterio ha quedado desfasado con la regulación establecido por el Código Procesal Constitucional en cuyo inciso 2 del artículo 5 establece claramente, como es unánime en la doctrina, la residualidad y excepcionalidad del amparo.

### 4.2. El proceso como vía residual y/o subsidiaria.

El inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional establece:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;”

Dicha norma establece la improcedencia de la demanda de amparo cuando concurren dos requisitos copulativos y concurrentes: (i) Existe una vía procedimental específica y (ii) Dicha vía sea igualmente satisfactoria.

Si bien, existe muchas vías donde se pueda canalizar la protección de un derecho constitucional y, en general, en cualquier proceso se pueden ventilar derechos constitucionales, como puede ser el caso de las impugnaciones de los actos administrativos que vulneren la Constitución<sup>(9)</sup>, cuya vía

idónea podría ser el proceso contencioso administrativo, se debe determinar si para el caso concreto, dicha vía es igualmente satisfactoria para la adecuada protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado. De esa manera, si existe vía procesal específica pero no es igualmente satisfactoria para tutelar el derecho constitucional vulnerado o amenazado, el proceso de amparo procede y debe ser tramitado.

Respecto a esta causal, el Tribunal Constitucional ha determinado lo siguiente:

“6. Consecuentemente, *solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo*, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”<sup>(10)</sup>.

Asimismo, ha indicado:

“2. Que, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente No. 0330-2003-AA/TC, fundamento jurídico 4.

(9) Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.”

Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo:

“Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos (...).”

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 28 de noviembre del 2005 recaída en el Expediente No. 0206-2005-PA/TC.

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes cuando 'Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)'. *Este Colegiado ha interpretado esta disposición en el sentido de que el proceso de amparo 'ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado.* Por ello, si hay una vía efectiva para ventilar el asunto en cuestión, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario'. (cf. STC 4196-2004-AA/TC, fundamento 6, énfasis agregado). Recientemente, ha sostenido que 'solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la tutela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por lo jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, (...)'. (vid. STC 0206-2005-PA/TC, fundamento 6). En consecuencia, si la demandante dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección del derecho constitucional presuntamente lesionado, y él es igualmente idóneo para tal fin, debe acudir a dicho proceso<sup>(11)</sup>.

Consideramos que, para determinar si una vía específica es igualmente satisfactoria, se debe revisar el caso concreto y en virtud de las particularidades de cada caso determinar que urgencia requiere la tutela que el proceso de amparo le deba brindar al justiciable para la protección de sus derechos constitucionales.

Así por ejemplo, en algunos casos el proceso contencioso administrativo no será la vía igualmente *satisfactoria* para la protección de los derechos constitucionales quizás debido a la crisis y la situación caótica que atravesaba la Justicia Contencioso Administrativa. Recordemos, el Informe de la Defensoría del Pueblo No. 121, denominado *Propuestas para una Reforma de la Justicia Contencioso-Administrativo desde la perspectiva del Acceso a la Justicia* que circula por Internet en la página web de la Defensoría del Pueblo, establece:

*"Quinto.- Carga procesal.*

Al cierre del 2006, la carga procesal promedio por juzgado contencioso-administrativo – *primera instancia en la gran mayoría de casos- fue de 3,039 expedientes. Sin embargo, este promedio no debe dejar de lado el hecho de que algunos juzgados contencioso-administrativos cuentan con cerca de 6,000 expedientes.*

*Sexto.- Duración del proceso contencioso-administrativo.*

De acuerdo con los datos recogidos, *un proceso de primera instancia dura un promedio de un año y diez meses hasta la sentencia. Si ésta es apelada, el proceso en segundo grado dura un promedio de un año y tres meses más. De interponerse el recurso de casación se tendrá que esperar dos años y seis meses adicionales hasta la resolución final. En total el promedio de duración de un proceso contencioso-administrativo, en todas sus etapas, es de cinco años y siete meses"* (Énfasis nuestro).

Si bien esta situación ha variado hacia el año 2014 con la creación de más juzgados contenciosos administrativos con materias específicas (tributaria, de mercado, etc.), dado que un gran incumplidor y vulnerador de los derechos de las personas es el Estado y sus diversas dependencias y organismos, la carga procesal en materia administrativa es inmanejable y una tutela de derechos constitucionales se torna casi inviable. Así, el proceso contencioso administrativo no será necesariamente satisfactorio para proteger los Derechos Constitucionales cuya protección solicita determinada persona y, debido a estos problemas, básicamente servirá para tutelar y proteger las afectación que realice

(11) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 14 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente No. 5875-2005-PA/TC.



## Rafael Viera Arévalo

la administración pública de derechos de índole legal y no constitucional, pese a que expresamente está previsto este mecanismo para tutelar derechos constitucionales cuando un acto administrativo los vulnera.

Por otro lado, hay muchos aspectos que un juez constitucional debe revisar para la procedencia a trámite de una demanda de amparo. Así por ejemplo, habrá derechos que requieran de una protección y eficacia inmediata al expedirse la sentencia de primera instancia (artículo 22 Código Procesal Constitucional) que será exigible y de observancia obligatoria para cualquier particular y con eficacia *erga omnes*.

Asimismo, debe evaluar si en determinados casos que lo requieran, la decisión que el Juzgado vaya a tomar en el futuro es susceptible de ser aplicada a casos análogos, o que puede restringir situaciones inconstitucionales similares, en cuyo caso podrá reprimir los actos homogéneos como lo determina el artículo 60 del Código Procesal Constitucional.

Para el profesor Sanmartino, para determinar la procedencia del proceso de amparo deben confluír los siguientes requisitos: “(i) que el amparista logre destruir la presunción constitucional de eficiencia del sistema procesal común u ordinario; (ii) que el amparista acredite la existencia de una situación de urgencia que haga necesario, objetivamente, conferir una tutela judicial inmediata; y, (iii) que logre demostrar que el amparo es un previsible factor de evitación del daño cierto, grave e irreparable, que previsiblemente sobrevendría si el caso se ventilara por la vía comunes”<sup>(12)</sup>.

Por otro lado, concordamos con Roger Rodríguez<sup>(13)</sup> cuando considera que no puede utilizarse como argumento para la improcedencia de la demanda de amparo cuando en otro proceso específico existe la posibilidad de obtener una medida innovativa o de no innovar. De la misma idea es, Morillo y Vallefin cuando indica:

“Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían a priori aptos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable. Una aprehensión de ‘ida y vuelta’; de evolución anticipada de lo que previsiblemente ocurrirá con los resultados, de elegirse una u otra senda. Un cálculo realista que ponga en evidencia la razonabilidad de la prescindencia a priori de un carril que a la postre será claramente ineficaz. Ello requerirá obviamente, un examen no de sesgo conjetural, pero sí, al menos, de perspectiva razonablemente cierta, que como en el caso de las medidas cautelares, dé sustento suficiente al resultado de los trámites que eventualmente correspondía utilizar. De ese examen fundado se deriva que aunque pudieran considerarse abstractamente más convenientes y expeditivos, en su operatividad específica no alcanzarían, sin embargo, al resultado que sólo puede brindar el amparo. Tal circunstancial verificación permitirá colegir si, en la especie, la existencia de otras vías paralelas o la utilización previa o simultánea de diversos procedimientos disponibles justifica la remisión a los mismos, o palmariamente, traducen vías legales inidóneas toda vez que el envío a ellas causaría al interesado un agravio serio e irreparable de conformidad con las singulares situaciones en juzgamiento.”<sup>(15)</sup>.

(12) SANMARTINO, Patricio. *Principios Constitucionales del Amparo Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexos-Abeledo Perrot, 2003; pp. 343 y 344.

(13) RODRIGUEZ SANTADER, Roger. *Amparo y Residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 2.2 del Código Procesal Constitucional Peruano*. En: *Materiales de Enseñanza del Seminario de Derecho Procesal y Jurisdicción de la Maestría de Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2009; p. 119.

(14) MORELLO, Augusto y Carlos VALLEFIN. *El Amparo. Régimen Procesal*. 2da edición. La Plata: Editora Platense, 1995; p. 35.

(15) El tercer requisito es la adecuación y no la contracautela, por ser medianamente unánime que es un requisito para la ejecución y no para la concesión de la medida cautelar.

## Aspectos Procesales del Amparo *Amparo's Procedural Aspects*

En efecto, como se ha señalado anteriormente si bien existe la tutela de urgencia cautelar, ésta no es satisfactiva. Sirve para evitar que en un proceso principal la sentencia se torne ineficaz. En tal virtud, es un instrumento provisorio que puede ser variado, modificado, e, inclusive, dejado sin efecto en cualquier momento. Este no otorga una satisfacción plena de los derechos como la tutela urgente satisfactiva otorga al justiciable que requiere de una decisión definitiva sobre su conflicto.

### 4.3. Las medidas cautelares en el proceso de amparo.

Si el proceso de amparo sirve para proteger de derechos constitucionales que requieran de una decisión inmediata, es sumamente importante una adecuado tratamiento a las medidas cautelares que se puedan otorgar en un proceso de amparo, las cuales mantienen su estructura elemental pero que deben ser ajustado atendiendo a la proceso que busca cautelar. De esa manera, recordemos que la concesión de cualquier medida cautelar se requiere de tres requisitos básicos, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la adecuación<sup>(15)</sup>.

Así, la verosimilitud del derecho (también llamado apariencia del derecho o *fumus bonis iuris*) consiste en que la pretensión tenga una "*posibilidad razonable de ser declarada fundada* al pronunciarse la sentencia"<sup>(16)</sup>. Es decir, la verosimilitud es la probabilidad o posibilidad que el derecho contenido en la demanda sea reconocido por el Órgano Jurisdiccional al expedir sentencia. Esta apariencia del derecho la evalúa el juez sin escuchar a la parte que soportará la medida cautelar (*inaudita altera pars*) y se basa sólo en lo relatado y probado por el solicitante de la medida cautelar.

En este sentido, el profesor Kielmanovich indica:

"Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad

que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren"<sup>(17)</sup>.

El peligro en la demora, (o también llamado *periculum in mora*) es aquel "peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, hacerse efectiva. Es decir, que en razón del transcurso del tiempo los efectos de la decisión final resulten prácticamente inoperantes"<sup>(18)</sup>. El peligro en la demora, en tanto que es requisito de procedencia de toda medida cautelar, también es definido como la existencia de "(...) un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida"<sup>(19)</sup>.

Por último, la adecuación es la relación de correspondencia que hay entre el pedido cautelar y lo que viene siendo materia de conflicto en el proceso principal, de esta manera, si lo que se reclama en el proceso principal es una suma dineraria, lo adecuado respecto de la medida cautelar es que ésta esté destinada a resguardar el futuro pago dinerario y no sea utilizada para un fin diferente (como por ejemplo, prohibir el ejercicio del negocio, utilizar como mecanismo de presión, etcétera).

Asimismo, y siguiendo a Monroy Palacios<sup>(20)</sup>, el procedimiento cautelar se caracteriza, entre otros porque:

(16) MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad, 2002; p. 170.

(17) KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría del Proceso Cautelar*. En: *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002; p. 316.

(18) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Universidad, 1990; p. 52.

(19) *Ibidem*.

(20) MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002; pp. 139-162.



## Rafael Viera Arévalo

- a) Sus efectos jurídicos permanecen hasta que se expida el fallo definitivo (provisoriedad);
- b) Puede ser modificado en la medida en que el cambio de las circunstancias así lo aconseje (variabilidad);
- c) Está subordinado a la expedición de la resolución final, es decir, opera como un instrumento para evitar el peligro que puede generar la demora en la expedición en la sentencia. No es un fin en sí mismo (instrumentalidad); y
- d) Las medidas que se dicten deben guardar adecuación con la pretensión principal, es decir, debe producirse una situación de correlación lógica entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela jurisdiccional de fondo que se busca asegurar

Para cualquier medida cautelar o para el pedido de suspensión del acto violatorio a la que hace referencia el artículo 15 del Código Procesal Constitucional se exigen estos requisitos. No se exige contracautela o caución porque no es acorde con la naturaleza de los derechos constitucionales que se buscan tutelar por esta vía procesal. Tampoco se exige los requisitos de las medidas innovativas o de no innovar para conceder la suspensión del acto violatorio porque la citada norma no los exige para conceder la suspensión y porque tampoco se le puede exigir más cargas y requisitos a los justiciables que desean cautelar y proteger un derecho constitucional que considere que ha sido afectado.

Inclusive, el juez debe ser menos riguroso al conceder una medida cautelar del proceso de amparo y prácticamente conceder, a

solicitud de parte, la que considere adecuada si es que ha dispuesto admitir a trámite el proceso de amparo, es decir, si ha considerado que procede el proceso principal. Esta afirmación se puede extraer fácilmente si uno revisa a detalle lo que busca proteger el proceso de amparo, la forma como está regulado, la opción de legislador de permitir que sea solicitada únicamente dentro de un proceso, que la eficacia se mantenga hasta que concluya de manera firme el proceso (y ya no debe levantarse con sentencia de primera instancia desestimatoria), etcétera.

## 5. Conclusiones

- El proceso de amparo es una manifestación de la tutela urgente satisfactiva.
- El objeto del proceso es la protección de los derechos constitucionales que no son protegidos por el proceso de Habeas Corpus o el proceso de Habeas Data.
- El amparo actual ha dejado de ser un mecanismo paralelo de solución de conflictos constitucionales.
- El amparo diseñado en nuestro actual Código Procesal Constitucional es un mecanismo residual, excepcional y subsidiario de protección de derechos constitucionales.
- Para determinar la procedencia de un proceso de amparo, se debe atender a la urgencia de tutela del derecho constitucional, el cual será evaluado caso por caso.
- Para solicitar una medida cautelar se debe cumplir únicamente con tres requisitos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación. No se requiere contracautela y cumpliendo estos requisitos se puede obtener, inclusive, la suspensión de los actos violatorios.
- Si el juez admite a trámite una demanda de amparo, es decir, si supera el filtro de las causales de improcedencia del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, no debería ser riguroso al evaluar los requisitos para la concesión de una medida cautelar y, prácticamente, otorgarla por el hecho de haber determinado la procedencia del amparo.