

LA DIFÍCIL TRAYECTORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO PERUANO. LOS CAMBIOS RECIENTES

Samuel B. ABAD YUPANQUI*

SUMARIO: I. *La regulación de la medida cautelar en la versión original del Código Procesal Constitucional.* II. *La inconstitucionalidad del procedimiento cautelar de excepción previsto contra actos administrativos municipales y regionales.* III. *La sentencia del Tribunal Constitucional y la nueva reforma al código en materia cautelar.* IV. *Reflexiones finales: una historia de nunca acabar.*

Uno de los temas que ha motivado las intensas reflexiones del reconocido profesor Héctor Fix-Zamudio ha sido el referido a las medidas cautelares en el proceso de amparo;¹ por ello hemos escogido abordar esta institución a partir de los cambios recientes que se han presentado en el derecho procesal constitucional peruano.

En efecto, como se sabe, el 31 de mayo se publicó la Ley 28237 que aprobó el primer Código Procesal Constitucional peruano que desarrolla los siete procesos previstos por la Carta de 1993. El Código entró en vigencia seis meses después, y tuvo por objetivo unificar, fortalecer y modernizar la regulación de los procesos constitucionales a fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos y la defensa de la Constitución. Asimismo, pretendía recoger la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia.

* Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; profesor principal de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ *Cfr.* por ejemplo Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 59 y ss.

No obstante, desde el principio presentó una grave limitación introducida por el Congreso de la República. Nos referimos al procedimiento cautelar previsto por el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código cuando se cuestionan actos administrativos dictados por los gobiernos locales y regionales que afectan derechos fundamentales.

Y es que, como hace mucho tiempo sostuvo Calamandrei, las medidas cautelares “representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación”.² Lamentablemente, el procedimiento introducido por el Congreso no estableció esa adecuada ponderación, y por ello, terminaba siendo inconstitucional, tal como lo hicieron notar dos resoluciones dictadas por una Sala de la Corte Superior de Lima y otra de la Corte Superior de Junín, que lo inaplicaron haciendo uso del control difuso. Precisamente por ello, el 9 de septiembre de 2005, la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional dictó una polémica sentencia declarando infundada la demanda. Posteriormente el Congreso aprobó una nueva ley que modificó el procedimiento cautelar establecido, subsistiendo en parte el problema de fondo que presentaba la regulación cautelar.

Cabe recordar que la medida cautelar en el proceso de amparo ha sido la institución que más modificaciones ha tenido durante la historia del proceso de amparo peruano.³ En efecto, su primera regulación se efectuó en 1982 a través de la Ley 23506, durante el segundo gobierno del presidente Fernando Belaúnde Terry (1980-1985), y desde esa fecha todos los gobiernos, con la única excepción del gobierno de transición del doctor Valentín Paniagua (noviembre de 2000-julio de 2001), dictaron diversas normas con la finalidad de modificarla y, en múltiples ocasiones, mediatizarla. Así, durante el primer gobierno del presidente Alan García (1985-1990) se promulgó el decreto legislativo 384 (1986), la Ley 24723 (1987) y la Ley 25011 (1988); el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori (1990-2000) hizo lo propio a través del decreto legislativo 613 (1990);

² Calamandrei Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, Librería el Foro, 1996, p. 43.

³ Abad Yupanqui, Samuel B., *El proceso constitucional de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 484 y ss.

el Congreso de la República, por su parte, aprobó y promulgó la Ley 25398 (1992), que a los dos meses de vigencia y luego del golpe del 5 de abril de 1992 fue modificada por el decreto ley 25433; el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006) promulgó el Código y, finalmente, el segundo gobierno de Alan García (2006-2011) promulgó la Ley 28946 (2006), que modificó nuevamente la regulación cautelar. Como puede apreciarse desde su primera regulación —Ley 23506 de 1982— hasta la aprobación del Código y su posterior reforma por la Ley 28946 de 2006, es decir, en veinticuatro años de vigencia del amparo en el Perú, se ha regulado y modificado la medida cautelar en nueve oportunidades.

I. LA REGULACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA VERSIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La versión original del artículo 15 del Código Procesal Constitucional introdujo cambios sustanciales en la regulación de la medida cautelar. La intención fue alejarse de lo previsto por el decreto ley 25433 dictado por Fujimori en 1992, que restringió intencionalmente su eficacia.⁴

En este sentido, estableció con claridad los presupuestos necesarios para concederla. Así, señala que para “su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión”. De esta manera superó la regulación anterior e incorporó el principio de adecuación que se encontraba implícito en el artículo 611 del Código Procesal Civil y que

⁴ El citado decreto modificó el artículo 31 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, señalando que “a solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea evidente la inminente amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo”.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el juez o, en su caso, la Corte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos bajo responsabilidad.

La medida de suspensión decretada no implica la ejecución de lo que es materia del fondo mismo de la acción de amparo”.

fue expresamente reconocido tratándose de las medidas cautelares que se dictan en los procesos contencioso administrativos (Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, artículo 36.3).⁵ Asimismo, no exigía caución de ninguna clase, pues lo que se encuentra en disputa —por ejemplo, en un proceso de amparo— es la tutela de derechos fundamentales.

Además, establecía un procedimiento mucho más ágil al previsto por la norma que le precedía, pues dispone que se dicta sin audiencia a la parte demandada, no interviene el Ministerio Público, el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo y presenta como límite la irreversibilidad de la misma (artículo 15). Esto último significa que la medida cautelar no puede anticipar los efectos de la decisión final, de tal modo que luego no pueda ser alterado por la sentencia en caso de rechazar la pretensión. Este carácter irreversible deberá ser evaluado en función del caso concreto.⁶

Agrega el artículo 16 del citado Código que la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso adquiere carácter de cosa juzgada, y establece que si la sentencia no reconoce el derecho reclamado se procede a la liquidación de costos y costas, y puede, adicionalmente, declararse la responsabilidad de quien indebidamente solicitó la medida cautelar imponiéndose, de ser el caso, una multa. Con ello se pretende desalentar pedidos cautelares injustificados que —tal como la experiencia lo ha evidenciado— no han sido extraños en nuestro país.

Se trata, pues, de un procedimiento tuitivo que se fundamenta en la naturaleza de las medidas cautelares —garantizar que la sentencia pueda cumplirse—, y en la necesidad de brindar una tutela judicial efectiva —y de urgencia— a los derechos fundamentales. No obstante, el problema se presentó con los dos párrafos introducidos por el Congreso de la República al artículo 15 del Código.

⁵ Priori Posada, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, Lima, ARA Editores, 2002, p. 187.

⁶ Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, p. 350.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR DE EXCEPCIÓN PREVISTO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES Y REGIONALES

1. *Un procedimiento cautelar especial*

La Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso introdujo dos párrafos al artículo 15 del anteproyecto, estableciendo un procedimiento especial, tratándose de medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales, el cual fue aprobado por el Pleno. Por ello, cuando el Código entró en vigencia contaba con dos procedimientos en materia cautelar: uno general para todo tipo de actos lesivos y uno especial, aplicable exclusivamente cuando se trata de actos administrativos municipales y regionales.

En efecto, cuando se cuestionaban tales actos administrativos el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código establecía un procedimiento que contaba con una serie de requisitos irrazonables y desproporcionados, que son:

- a) En primer lugar concedía audiencia a la otra parte, pues “de la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida”.
- b) En segundo lugar disponía la intervención del Ministerio Público, sin precisar cual sería el alcance de ella, es decir, si sólo se le notificaba para que tome conocimiento o si debía emitir dictamen. Éste es el único caso en que interviene, pues para garantizar una tutela de urgencia el Código excluyó la intervención del Ministerio Público de los procesos constitucionales.
- c) En tercer lugar el demandado puede solicitar informe oral, lo cual amplía el plazo para que la Corte Superior resuelva en primer grado, pues dicho término “se computará a partir de la fecha de su realización”.
- d) En cuarto lugar —como también lo decía el decreto ley núm 25433 dictado durante el gobierno del ingeniero Fujimori— la apelación se concedía con efecto suspensivo, es decir, sólo se ejecutaba

cuando el superior en grado —la Corte Suprema— confirma la resolución impugnada.

e) Finalmente, agregó el referido dispositivo —y esto es una novedad que no presentó la norma de Fujimori—, el pedido cautelar se presentaba ante la Sala Civil de la Corte Superior pese a que la demanda se presenta ante el juez de primera instancia, y resuelve en apelación la Corte Suprema. Es decir, la medida cautelar se presentaba ante un juez distinto al de la demanda.

Como señala la doctrina, existen hasta tres posibles alternativas en el panorama comparado para regular el procedimiento cautelar:⁷

- a) Audiencia previa obligatoria para garantizar el derecho de defensa.⁸
- b) Audiencia previa en supuestos excepcionales, como por ejemplo ante casos de urgencia.
- c) Procedimiento “inaudita parte”, es decir, cuando el pedido se concede sin notificar a la otra parte. De ellas, el legislador escogió la alternativa más restrictiva para un proceso de urgencia destinado a la tutela de derechos fundamentales y, exclusivamente, cuando se trata de gobiernos locales y regionales.

De esta manera se desconoció que incluso en aquellos países que cuentan con audiencia preceptiva de las partes, tal como ocurre con el “recurso de amparo” español pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 56.2) así lo establece, se ha entendido que en supuestos de urgencia puede concederse una medida cautelar “de modo inmediato y a reserva de la ulterior audiencia de las partes, para que el recurso de amparo no pierda su finalidad”. Esto sucedió cuando el Tribunal Constitucional Español concedió cautelares mediante el ATC 285/1998 en un supuesto de extradición, criterio que se mantuvo en el ATC 291/1998.⁹

⁷ Calderón Cuadrado, María Pia, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 230 y 231.

⁸ Esta postura la mantiene el profesor italiano Cipriani. *Cfr.* Cipriani, Franco, “El procedimiento cautelar enter eficiencia y garantía”, *Derecho y Sociedad*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, traducción de Eugenia Ariano Deho, Lima, núm. 25, 2005, p. 53, y en el Perú acoge dicha postura la profesora Eugenia Ariano.

⁹ Montañes Pardo, Miguel Ángel, “Las medidas cautelares en los procesos constitucionales”, en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Quito, Tri-

El procedimiento introducido por el Congreso desnaturaliza la esencia de una medida cautelar, pues desconoce que ella debe ejecutarse de inmediato. “Sin esperar la decisión del órgano de apelación, sin necesidad de firmeza, deberá, en su caso, ponerse en marcha toda la actividad necesaria para la realización de la medida adoptada”. Ello se fundamenta en la esencia de la medida cautelar que busca evitar el peligro que la demora propia del procedimiento de apelación implicaría.¹⁰

Realmente se trata de un cambio manifiestamente injustificado y que generó muchos problemas a los justiciables. Dicho procedimiento era más restrictivo que el previsto por el decreto Ley 25433 del 17 de abril de 1992, pues aquel se iniciaba ante el juez y no ante la Sala Civil de la Corte Superior y, en consecuencia, jamás llegaba a la Corte Suprema. Las “razones” que supuestamente justificaban el cambio se pueden apreciar si examinamos el debate efectuado en el Congreso.

2. Las razones de la modificación efectuada por el Congreso

Durante el debate en la sesión del Pleno del Congreso realizada el 6 de mayo de 2004, el congresista Natale Amprimo —en ese entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento— sustentó el proyecto, indicando que era fruto del esfuerzo de un grupo de profesores que el Congreso hacía suyo. Uno de los temas que se discutió fue el procedimiento especial propuesto por él para las medidas cautelares contra actos administrativos municipales o regionales, aspecto que fue severamente cuestionado por Javier Diez-Canseco, Judith de la Matta y Eduardo Salhuana. En efecto, para Diez-Canseco (SP-AP-UPP):

El artículo 15 tiene problemas de constitucionalidad porque establece que un procedimiento especial sobre medidas cautelares, en el caso de actos administrativos emitidos por gobiernos regionales, es más oneroso para el recurrente, pues, mientras que en los otros casos procede la concesión sin conocimiento de la contraparte, aquí sí debe notificarse éste, debe llamarse al Ministerio Público y debe iniciarse en una instancia judicial distinta.¹¹

bunal Constitucional del Ecuador-Universidad Carlos III-Comisión Europea-Corporación Editora Nacional, 2005, p. 125.

¹⁰ Calderón Cuadrado, María Pia, *op. cit.*, nota 7, p. 253.

¹¹ Varios autores, *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e índice analítico*, 2a. ed., Lima, Palestra Editores, p. 284.

Ante este cuestionamiento el congresista Amprimo (SP-AP-UPP) solicitó una interrupción para afirmar que:

...hay un gran número de acciones de garantía que se presentan contra instancias municipales o regionales porque, por ejemplo, se negó la licencia a un establecimiento; porque, por ejemplo, un establecimiento no cumplió o se ha limitado el permiso de circulación de una... línea de transporte, y, no es posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que va a suspender los efectos de una resolución dada por un órgano competente y con base en sus facultades, sin siquiera conocer la opinión de ese organismo, porque justamente ese mecanismo... ha servido para que en nuestro país, ..., se debilite cada día más la autoridad municipal y regional...

Entonces, el procedimiento que prevé el artículo... es fruto de la experiencia que ha tenido el Perú y que además está resumida en múltiples artículos sobre el particular que dan cuenta... de los abusos que por la vía de acción de garantía se está dando en este país.¹²

Una posición crítica también fue expuesta por la congresista Judith de la Matta (APRA), quien consideró que:

...este artículo señala, de un lado, que la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contraparte, lo cual es acertado porque responde a la naturaleza misma de la solicitud cautelar; pero, sin embargo, de otro lado, al referirse a la solicitud que tiene por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se señala que se corre traslado de ella a la contraparte, por el término de tres días. Esto constituye una desigualdad en la ley.

Se está dando un trato distinto a los demandados, ya que cuando el demandado sea un gobierno municipal o regional, tendrá un privilegio de ser notificado de la solicitud cautelar a diferencia de los demás demandados.¹³

Por su parte, Eduardo Salhuana Cavides (PP) creía que el procedimiento cautelar debía ser modificado para permitir que se inicie ante el juez de primera instancia.¹⁴

¹² *Ibidem*, p. 285.

¹³ *Ibidem*, p. 290.

¹⁴ *Ibidem*, p. 302.

Luego del debate correspondiente, el congresista Natale Amprimo, en su calidad de presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, introdujo algunos de los cambios propuestos, pero mantuvo el párrafo que regulaba la medida cautelar contra actos administrativos municipales y regionales. Finalmente, sostuvo que:

...se ha creído por conveniente establecer que el trámite de medidas cautelares sea el trámite que está previsto en los proyectos, en el sentido de que se recurre primero a la Corte Superior y después se recurre a la Suprema. Esto no es novedad, eso no es novedad en los casos de garantía. Así también se tramitan las medidas cautelares contra medidas judiciales, o sea no es novedad. Y hay que entender que la garantía es, como repito, el último remedio jurídico frente a la arbitrariedad; o sea, que hay una serie de mecanismos de rápida acción. Y, evidentemente, aquí lo que se quiere es cautelar el principio de autoridad, que deben tener justamente las autoridades electas que actúan en competencia y en concordancia con lo que dispone la Constitución.¹⁵

El examen del debate en el Pleno del Congreso permite apreciar que las razones que “justificaron” el cambio de la propuesta original se basaron en consideraciones referidas a la experiencia y a los abusos que se habían cometido al concederse indebidamente medidas cautelares, lo cual debilitaba la autonomía municipal y regional y, además, a la necesidad de garantizar el principio de autoridad. Sin embargo, desde ese momento ya se avisaban puntuales cuestionamientos como los problemas de constitucionalidad que presentaba la norma, en la medida que concedía un privilegio irrazonable y desproporcionado a ciertos sujetos demandados: los gobiernos locales y regionales.

3. *Violación del principio de igualdad*

Como ha señalado, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional, “el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razo-

¹⁵ *Ibidem*, p. 313.

nables” (expediente 010-2002-AI/TC, sentencia del 3 de enero de 2003, F.J. 211).

Para saber si en un caso concreto se está frente a la vulneración del principio de igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables, o cuando frente a un trato arbitrario caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio (expediente 0048-2004-AI, sentencia del 1o. de abril de 2005, F.J. 64).

Uno de estos mecanismos es el *test* de razonabilidad o proporcionalidad que se utilizará a continuación para demostrar que el tercer y cuarto párrafos del artículo 15 del Código, introducidos por el Congreso, establecen un trato discriminatorio y, por tanto, lesivo del principio de igualdad.

En primer lugar, debe analizarse bajo el subprincipio de idoneidad o adecuación si con el establecimiento de un procedimiento cautelar específico para cuestionar actos administrativos de gobiernos regionales o municipalidades se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, la configuración de dicho procedimiento es idóneo.

Como se puso de manifiesto, el debate en el Pleno del Congreso permite apreciar que las razones que “justificaron” el cambio de la propuesta original se centraron básicamente en los abusos que se habían cometido al concederse indebidamente medidas cautelares, lo cual debilitaba la autonomía municipal y regional y, además, en la necesidad de garantizar el principio de autoridad. En suma, lo que se trata de proteger es el ejercicio de competencias que la Constitución les reconoce a las municipalidades y gobiernos regionales. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como legítimo constitucionalmente, pues apunta a preservar la autonomía municipal (artículo 191) y regional (artículo 197) de abusos cometidos en ejercicio de función jurisdiccional.

Por otro lado, es necesario esclarecer si el diseño de un procedimiento cautelar especial para los gobiernos regionales y municipales contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad a la obtención de la finalidad prevista (preservar la autonomía municipal y regional de los abusos cometidos en ejercicio de función jurisdiccional). Consideramos que la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efecto suspensivo ante la Corte Suprema, a lo más, neutralizan el factor “sorpresa” que caracteriza a este tipo de mecanismos pero no evitan necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocaco-

do de la tutela cautelar, toda vez que aquel también se puede evitar especializando y capacitando a los jueces que tramitan esta clase de procesos, así como haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a las que haya lugar. Es decir, sí existían otras alternativas menos graves que la impuesta por la norma impugnada.

Además, los abusos no sólo se pueden cometer contra los gobiernos locales y regionales, pues el principio de autoridad también lo ejercen otro tipo de entidades —Ejecutivo, Legislativo, órganos constitucionales autónomos, etcétera—; en consecuencia, no se entiende por qué se configura un procedimiento cautelar sólo para los gobiernos regionales y las municipalidades.

De ahí que el procedimiento cautelar cuestionado constituya un verdadero “privilegio” para determinadas autoridades sin que exista una justificación objetiva y razonable. Así también lo ha entendido Juan Monroy Gálvez al señalar que:

...el Congreso plasmó una discriminación por razón del sujeto que puede sintetizarse así: si usted es agraviado en un derecho fundamental, un juez paralizará de inmediato con una medida cautelar los actos que los perjudiquen, salvo que quien lo afecte sea un gobierno regional o uno local; en estos casos, primero acabará el proceso principal y después se hará efectiva la medida cautelar, en atención a la expresa regulación concedida. Es decir, un estropicio mayúsculo.¹⁶

Similar opinión comparte Eugenia Ariano, pues considera que el “argumento parece contundente, porque efectivamente los párrafos ...establecen un trato privilegiado a favor de los demandados cuando o son municipios o son gobiernos regionales...”¹⁷ Del mismo parecer es Giovanni Priori, para quien “no hay justificación constitucional alguna para el trato diferenciado, sino que, lo que hay es la creación de un privilegio para algunas entidades de la administración (regionales y municipales)”.¹⁸

¹⁶ Monroy Gálvez, Juan, “A propósito de las medidas cautelares contra el Estado. Juez y ley producto semielaborado”, *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal, *Diario Oficial El Peruano*, Lima, núm. 52, 28 de junio de 2005, p. 3.

¹⁷ Ariano Deho, Eugenia, “Sobre la concreta inaplicación de los párrafos tercer y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional”, *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 82, año 11, julio de 2005, p. 71.

¹⁸ Priori Posada, Giovanni F., *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, Lima, ARA Editores, 2006, p. 168.

Incluso, el procedimiento cautelar introducido por el Congreso resulta mucho más restrictivo que aquel previsto para los procesos civiles. En efecto, el artículo 637 del Código Procesal Civil señala que: “la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo mayor de cinco días para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal”.

Esta regla se aplica al ordenamiento cautelar en sede contencioso administrativo, conforme al artículo 35 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo. De esta forma, es evidente que carece de justificación objetiva y razonable que el procedimiento cautelar diseñado para estructuras procesales complejas como son los procesos civiles y contencioso administrativos resulte mucho más ágil y efectivo que aquel diseñado para los procesos constitucionales”, los cuales como ha señalado el propio Tribunal Constitucional “se reservan a la tutela de derechos constitucionales que necesitan cobertura urgente, dada su vulneración evidente” (expediente 1589-2004-AA/TC, sentencia del 5 de julio de 2004, F.J. 4).

En síntesis, a nuestro juicio, el tercer y cuarto párrafos, del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, introducidos por el Congreso, no resiste el *test* de proporcionalidad, establece un trato discriminatorio y, por tanto, afecta arbitrariamente el principio de igualdad.

4. *Violación de la tutela judicial efectiva*

Si aceptamos que la medida cautelar debe garantizar una tutela judicial efectiva y en definitiva el “valor eficacia” en el proceso,¹⁹ resulta lógico que el diseño de su procedimiento también lo haga. A nuestro juicio, un procedimiento cautelar que se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior y se resuelve en segundo grado ante la Corte Suprema, que cuenta con una apelación con efecto suspensivo —es decir, así se conceda la medida no se ejecuta de inmediato—, no garantiza una tutela judicial efectiva.

¹⁹ Monroy, Gálvez, Juan, *Temas de proceso civil*, Lima, Librería Studium, 1987, p. 15.

De esta manera, si la demanda se presenta en Ayacucho contra un acto administrativo dictado por el gobierno regional, el pedido cautelar deberá presentarse ante la Sala Civil de la Corte Superior de ese distrito judicial y, en segunda instancia, lo resolverá la Corte Suprema. Ello, sin duda, limita el acceso a la justicia y no garantiza cabalmente el valor eficacia en el proceso.

Debemos tomar en cuenta, como lo expuso el Tribunal Constitucional Español en la STC 14/1992, fundamento jurídico 7, criterio que ha sido reiterado en diversas ocasiones, que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.²⁰ De ahí que haya declarado inconstitucional, por ejemplo, una norma —el artículo 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre— que prohibía la suspensión del decreto que calificaba una finca como manifiestamente mejorable (STC 238/1992, del 17 de diciembre).

Y es que como afirma García de Enterría, los más importantes tribunales constitucionales europeos “han sostenido unánimemente que la exclusión —o aun la limitación— de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial efectiva o a los derechos de defensa”.²¹ Los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código diseñaron un procedimiento que limitaba injustificadamente las medidas cautelares contra actos de los gobiernos locales y regionales.

5. Ejercicio del control difuso por el Poder Judicial. La demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo

Las razones expuestas nos conducen a concluir que tal regulación resultaba inconstitucional y debía motivar el ejercicio del control difuso a cargo de los jueces que conozcan estos pedidos cautelares. De ahí que apreciemos con especial satisfacción que el Poder Judicial en dos ocasio-

²⁰ Ruíz Piñero, Fernando Luis, “Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, del 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, p. 29.

²¹ García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, p. 278.

nes haya dispuesto su inaplicación por inconstitucional. Dicho criterio fue acogido por dos salas de la Corte Superior de Justicia, una del distrito judicial de Lima y otra del distrito judicial de Junín.

En efecto, la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (expediente 837-2005-MC) del 15 de abril de 2005 en decisión de mayoría en la que intervino como vocal ponente la doctora Echevarría Gaviria, declaró inaplicables para el caso concreto los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, ordenando que el pedido cautelar se remita al Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, a fin de que proceda a calificarlo. La Sala sostuvo que “el texto legal comentado resulta contrario a la Constitución, pues desconoce el principio de igualdad ante la ley y el de tutela judicial efectiva”.

Criterio similar fue acogido por unanimidad por la primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced Chanchamayo en su resolución del 30 de junio de 2005 (expediente 2005-006). En tal ocasión se sostuvo que dicho dispositivo “trasgrede el artículo 2o. de la Constitución Política al establecer desigual trato para el mismo caso sobre medidas cautelares, sólo por consideraciones de quien emite el acto sea una autoridad municipal o regional; desigualdad que no tiene causa objetiva, razonable que la justifique”. Asimismo, agregó que “afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su expresión de acceso a la justicia, al imponer un trámite más complejo que impide que la medida cautelar cumpla con su carácter de tutela de urgencia”.

Sin duda, hubiera sido mejor que el pedido cautelar se presente directamente ante el juez de la demanda —el de primera instancia—, a fin de que éste pudiera disponer la inaplicación del tercer y cuarto párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional y, de ser el caso, conceder la medida cautelar solicitada, tal como lo anota Eugenia Ariano en un interesante análisis crítico de la resolución dictada por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.²² No obstante, la realidad fue distinta, pues el demandante formuló su pedido ante la Sala de la Corte Superior respectiva. Ello, a nuestro juicio, no nos impide saludar estas decisiones que han permitido a dos Salas de la Corte Superior hacer uso del control difuso y privilegiar la Constitución por encima de una norma que la contradice. Más aún, si en el Perú los jueces, salvo notables ex-

²² Ariano Deho, Eugenia, *op. cit.*, nota 17, p. 72. La resolución puede consultarse en dicho volumen (pp. 62-68).

cepciones, no se han caracterizado por un ejercicio constante del control difuso.

Para evitar que siga subsistiendo una limitación de tal naturaleza, el 9 de septiembre de 2005 la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra los citados párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional. Lamentablemente, el 27 de octubre de 2006 el Tribunal, en vez de corregir el problema introducido por el Congreso, convalidó la norma cuestionada al declarar infundada la demanda.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA NUEVA REFORMA AL CÓDIGO EN MATERIA CAUTELAR

1. *Un sentencia polémica*

No hay duda que la labor del Tribunal Constitucional peruano en los últimos años ha sido sumamente positiva, pues ha contribuido decisivamente a la tutela de los derechos fundamentales y la institucionalidad democrática en el país. Sin embargo, en el presente caso dictó una sentencia extremadamente polémica, publicada en el *Diario Oficial* el 23 de noviembre de 2006, que pese a reconocer que la tutela cautelar “se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso” (F.J. 49), concluyó que la regulación establecida en los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código establecían una restricción razonable y, por tanto, desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta.

Para llegar a tal conclusión consideró que la medida legislativa cuestionada respetaba el derecho al libre acceso a la jurisdicción y la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la tutela cautelar y el derecho a la igualdad.

En ese sentido, en el fundamento jurídico núm. 34 sostuvo que la norma cuestionada no afectaba el derecho al libre acceso a la jurisdicción ni la tutela judicial efectiva:

Por cuanto la Constitución no ampara el abuso de derecho (artículo 103 de la Constitución), para este Colegiado, el procedimiento cautelar especial establece requisitos *razonables* para acceder a la tutela jurisdiccional, que

se constituyen en la alternativa *necesaria* para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido cautelar sin menoscabo de bienes constitucionales protegidos como la gobernabilidad; asimismo, *proporcional*, por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento.

En efecto, aplicando el *test* de razonabilidad concluyó que la regulación cuestionada es perfectamente válida. En el fundamento jurídico núm. 35 desarrolló sus argumentos de la manera siguiente:

a) *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. Dicho procedimiento especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo, la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.

b) *Subprincipio de necesidad*. También lo es que constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto.

c) *Subprincipio de proporcionalidad* stricto sensu. Se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificultan la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y, en particular, de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.

Asimismo, consideró que el legislador no ha desnaturalizado la esencia de la medida cautelar en el proceso de amparo (F.J. núm. 58), ni ha vulnerado la tutela cautelar sino más bien ha establecido un límite razonable a ella (F.J. núm. 59).

...el legislador tiene la potestad de regular el procedimiento cautelar en procesos como el amparo, en tanto no desnaturalicen la esencia de la medida cautelar, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. Pero sin desconocer los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una administración de justicia indiferente ante la protección de los bienes constitucionales, que encuentran su sustrato en la realidad constitucional misma, lo que trae como principal

consecuencia una afectación a las competencias legítimas de los gobiernos locales y regionales.

En consecuencia, los referidos extremos del artículo 15 no son inconstitucionales, sino que son una razonable modulación, en tanto no supone dificultar la efectividad del proceso constitucional, sino proteger con prudencia bienes o derechos constitucionales (F.J. núm. 58).

Además, entendió que tampoco se afectaba el principio de igualdad. En primer lugar, pues la regulación cuestionada brinda (F.J. núm. 73):

...un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes. El procedimiento cautelar general es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en casos que no se dirijan contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, y el procedimiento cautelar especial es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en el caso de actos administrativos de gobiernos locales regionales.

En segundo lugar, pues la medida impugnada cuenta con un fin constitucional que justifica esta diferenciación (F.J. núm. 74): "...tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191 y 194), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias".

Y, en tercer y último lugar, verifica la razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia (F.J. núm. 75), y concluye que la medida adoptada es la correcta constitucionalmente:

a) *Subprincipio de idoneidad*: ...la medida legislativa diferenciadora ...resulta adecuada para conseguir un fin constitucional, como es proteger la autonomía local y regional que se podría ver afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.

b) *Subprincipio de necesidad*: ...las medidas legislativas cuestionadas, que limitan la tutela cautelar y al debido proceso, resultan necesarias relativamente para la consecución del fin que se pretende; por cuanto resultan insuficientes otras medidas por no ser igualmente idóneas, aunque menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales...

c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* ...las disposiciones cuestionadas no violan el derecho a la igualdad en la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en el caso de

los actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pues, en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a los antes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente.

La citada sentencia ha sido objeto de una importante crítica de la profesora Eugenia Ariano, quien incluso muestra su “desilusión”, pues considera que “con argumentos por demás fútiles “...no ha dado para nada respuesta (que era en mi concepto inevitable) sobre si para el (llamado) *supremo intérprete de la Constitución* un procedimiento jurisdiccional que no esté estructurado bajo el principio del contradictorio es constitucional”.²³ Compartimos la desilusión de la profesora Ariano porque consideramos que los argumentos de la referida sentencia carecen de sustento. Es más, pensamos que no se ha podido desvirtuar el hecho que una regulación de tal naturaleza, exclusivamente aplicable a los gobiernos regionales y locales y que supuestamente pretende defender su autonomía de los abusos judiciales, constituye un verdadero privilegio —del que carecen las demás entidades constitucionalmente autónomas— que torna ineficaz a una medida cautelar en esos casos.

No obstante, la disposiciones cuestionadas fueron modificadas al poco tiempo por una nueva ley dictada en un contexto de fuertes críticas al proceso de amparo y a los abusos cometidos por algunos jueces y abogados.

2. La regulación vigente en materia cautelar: la Ley 28946

La referida Ley publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 26 de diciembre de 2006, es decir, un mes después de dictada la sentencia del Tribunal Constitucional tuvo como base cinco proyectos de ley que pretendían modificar diversos artículos del Código. Nos referimos al proyecto 00167/2006 presentado por el grupo parlamentario demócrata, al proyecto 00260/2006-CR presentado por el grupo parlamentario de Unidad Nacional, al proyecto 00346/2006-CR presentado por el partido aprista, el proyecto 00747/2006-PE presentado por el Poder Ejecutivo y, final-

²³ Ariano Deho, Eugenia, “La sentencia Expediente núm. 0023-2003-PI/TC: cuando las garantías procesales valen sólo para algunos”, *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra, diciembre de 2006, pp. 390 y 391.

mente al proyecto 00756/2006-CR presentado por el grupo parlamentario fujimorista. Sólo dos de ellos proponían modificar la regulación de la medida cautelar, nos referimos al proyecto presentado por el Poder Ejecutivo y al suscrito por el denominado grupo parlamentario demócrata.

En efecto, el proyecto del Ejecutivo presentado el 30 de noviembre de 2006 establecía que si la medida cautelar declaraba la inaplicación de normas autoaplicativas la apelación debía concederse con efecto suspensivo. La justificación de dicha propuesta, según su respectiva exposición de motivos, partía de reconocer la proliferación de este tipo de medidas contra normas —poniendo como ejemplo el caso de los casinos y tragamonedas, donde efectivamente se cometieron excesos, pues incluso se desconoció el criterio establecido por el Tribunal Constitucional— y se justificaba en la necesidad de garantizar “el orden, la legalidad y la coherencia en un Estado de derecho”, así como debido a que “a toda norma legal le asiste la presunción de legalidad, legitimidad y validez, y su inaplicación aun cuando fuera para un caso concreto tiene enorme trascendencia en la vida jurídica del país y su institucionalidad”. Asimismo, la propuesta del Ejecutivo eliminaba el procedimiento especial contra actos administrativos locales y regionales, pues consideraba que “viola el principio del juez natural, ha sido objeto de inaplicación por juzgados y salas civiles de la Corte Superior de Lima y de una acción de inconstitucionalidad promovida por la Defensoría del Pueblo en tal sentido, es urgente su corrección, en atención al principio de igualdad ante la ley”. Por su parte, el proyecto presentado por el grupo parlamentario demócrata el 12 de setiembre de 2006 proponía suprimir los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código, atendiendo, entre otras consideraciones, a la demanda de inconstitucionalidad antes mencionada.

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos a partir de los cinco proyectos antes mencionados elaboró un texto sustitutorio que fue aprobado por el Pleno del Congreso el 21 de diciembre, dando nacimiento a la Ley 28946, que modificó diversos artículos del Código, entre ellos el artículo 15. Los cambios fundamentales establecidos por la referida norma son:

- a) Mantiene un procedimiento general para el otorgamiento de las medidas cautelares, señalando que se dictan sin conocimiento de la contraparte, y que la apelación se concede sin efecto suspensivo. Es decir, mantiene lo que ya señalaba el Código.

b) Regula un procedimiento especial cuando la medida cautelar dispone la inaplicación de una norma legal autoaplicativa, “en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo”. En este extremo acoge la propuesta efectuada por el Poder Ejecutivo.

c) Regula un segundo procedimiento especial cuando la medida cautelar se dirige contra actos administrativos locales y regionales, estableciendo que en tales supuestos se correrá traslado por tres días, intervendrá el Ministerio Público, y el juez resolverá dentro del plazo de tres días. Aquí se aparta de los proyectos del Ejecutivo, que eliminaba ese procedimiento, y del grupo parlamentario demócrata, cuya propuesta también pretendía derogarlo, aunque elimina la apelación con efecto suspensivo ante la Corte Suprema.

d) Finalmente, señala que el juez al momento de conceder una medida cautelar deberá atender “al perjuicio que con la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales”. Acoge así la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo, que en rigor resultaba innecesaria, pues el juez, al momento de conceder o rechazar una medida de esta naturaleza, siempre debe efectuar un análisis sobre los fines de dichos procesos y los postulados constitucionales. Por lo demás, el tema del orden público deberá evaluarse en cada caso concreto y siempre que corresponda.

Como puede apreciarse, la nueva ley elimina parte del irrazonable procedimiento cautelar incorporado por el Código, específicamente cuando se establecía que tratándose de actos administrativos locales y regionales la apelación se concedía con efectos suspensivos y no se solicitaba ante el juez de la demanda sino ante la Corte Superior. Sin embargo, subsiste parte del procedimiento especial contra los actos antes mencionados —concretamente la audiencia que en sí misma no es inconstitucional pues constituye una de las posibles opciones y la intervención del Ministerio Público—, y se crea un nuevo procedimiento cuando la pretensión cautelar se dirige contra normas autoaplicativas. De esta manera sólo se corrige parcialmente la situación anterior, pues siguen existiendo dos procedimientos especiales y uno general.

La pregunta que subsiste es si la citada ley corrige la inconstitucionalidad que motivó la demanda presentada —que para el Tribunal Constitu-

cional no existía— o ella aun perdura. Como se ha indicado, existen dos procedimientos diferenciados, distintos al general e incluso al que existe para los procesos civiles y contencioso administrativos, que, a nuestro juicio, no superan el *test* de igualdad, pues no encontramos una justificación objetiva y razonable para su presencia. Más aun cuando se refiere a normas autoaplicativas no distingue si se trata de leyes, de decretos supremos o de simples resoluciones de carácter general, es decir, a todas las trata por igual. Además, mantiene un procedimiento especial a favor de los gobiernos locales y regionales, aunque no tan grave como el anterior. Por todo ello, estamos nuevamente ante la existencia de privilegios inaceptables a favor de los actos normativos que pueda dictar cualquier órgano del Estado con competencia legislativa o reglamentaria, y de los actos administrativos de los gobiernos regionales y locales. No obstante, creemos que esa tarea será mejor que la definan los jueces, pues en temas cautelares el Tribunal Constitucional ha dejado mucho que desear.

IV. REFLEXIONES FINALES: UNA HISTORIA DE NUNCA ACABAR

La vigencia del Código Procesal Constitucional ha sido un primer paso en un esfuerzo de cambio destinado a garantizar la defensa de los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional. No obstante, creemos que tratándose de la medida cautelar contra actos administrativos municipales o regionales, el Congreso de la República introdujo un procedimiento especial que, a nuestro juicio, resultaba inconstitucional, pues lesionaba la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad.

Por ello, siempre pensamos que un juez, con base en la facultad prevista por el artículo 138 de la Constitución, podía conocer y conceder una medida cautelar inaplicando —control difuso— la polémica norma que establece un procedimiento especial. Y es que actualmente es posible afirmar que existe un “derecho fundamental a la tutela cautelar”.²⁴ De ahí

²⁴ Ariano Deho, Eugenia, *Problemas del proceso civil*, Lima, Jurista Editores, 2003, p. 597. Para Giovanni Priori consiste en “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 oportuna de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse”. Priori Posada, Giovanni F., *op. cit.*, nota 18, p. 142.

que haya resultado meritorio el aporte efectuado por dos salas, una de la Corte Superior de Lima y otra de la Corte Superior de Junín, que dispusieron la inaplicación de los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código. Lamentablemente, la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional en una sentencia polémica que generó mucha “desilusión”, pues evitó con argumentos cuestionables pronunciarse con coherencia como hubiera correspondido en un caso de esta naturaleza.

Finalmente, el Congreso de la República, a través de la Ley núm. 28946, nuevamente modificó la regulación vigente en materia cautelar, manteniendo el procedimiento general ya existente, así como el trámite especial contra los actos administrativos dictados por los gobiernos locales y regionales —aunque sin que la apelación tenga efectos suspensivo—, pero creando uno nuevo cuando se trata de normas autoaplicativas emanadas de cualquier autoridad pública con competencias legislativas o reglamentarias. De esta manera, sigue subsistiendo un privilegio innecesario a favor de ciertas entidades del Estado cuando son objeto de medidas cautelares, aunque cierto es que la gravedad no es tan intensa como la que planteaba la versión original de los párrafos tercero y cuarto del tantas veces citado artículo 15 del Código. Como se habrá podido apreciar desde 1982 la historia se repite y parece que es una de aquéllas de nunca acabar.