
La Medida Cautelar contra Actos Administrativos Locales o Regionales prevista por el Código Procesal Constitucional

A propósito de una reciente demanda de inconstitucionalidad

Samuel B. Abad Yupanqui

Adjunto al Defensor del Pueblo

Profesor Principal de Derecho Constitucional de la PUCP

El 31 de mayo se publicó la Ley N° 28237 que aprueba el primer Código Procesal Constitucional peruano que desarrolla los siete procesos previstos por la Carta de 1993. El Código pretende unificar, fortalecer y modernizar la regulación de estos procesos a fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos y la defensa de la Constitución. Asimismo, está acorde con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia.

No obstante, presenta 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 locales y regionales que afectan derechos fundamentales. Dicho procedimiento, a nuestro juicio, resulta inconstitucional.

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”¹. Lamentablemente, el procedimiento introducido por el Congreso no establece una adecuada ponderación y termina siendo inconstitucional², tal como ya lo han hecho notar dos resoluciones dictadas por una Sala de la Corte Superior de Lima y otra de la Corte Superior de Junín, que lo han inaplicado haciendo uso del control difuso. Precisamente por ello, el 9 de setiembre del 2005, la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15° del Código Procesal Constitucional, cuyos principales fundamentos desarrollaremos en el presente artículo.

L La nueva Regulación de la Medida Cautelar en el Código Procesal Constitucional

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional ha introducido 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.

En este sentido, establece 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, supera la regulación anterior e incorpora el principio de adecuación que sólo se encontraba previsto tratándose de las medidas cautelares que se dictan en los procesos contencioso administrativos (Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, artículo 36.3)³. Asimismo, no exige 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, establece 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 concreto⁴.

1 CALAMANDREI Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, traducción de Marino Ayerra Merin, Buenos Aires: Librería el Foro S.A., 1996, p. 43.

2 Un mayor desarrollo de la medida cautelar en el proceso de amparo puede consultarse en nuestro libro “El proceso constitucional de amparo”, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 468 y ss.

3 PRIORI POSADA Giovanni F., “Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo”, Lima ARA Editores, 2002, p. 187.

4 MONROY PALACIOS Juan José, “Bases para la formación de una teoría cautelar”, Lima: Comunidad, 2002, p. 350.

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.

II. La Inconstitucionalidad del Procedimiento Cautelar de Excepción previsto contra Actos Administrativos Municipales y Regionales

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, en la actualidad el Código cuenta 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 cuestionan actos administrativos municipales y regionales el tercer y cuarto párrafo del artículo 15° del Código establece un procedimiento que cuenta con una serie de requisitos irrazonables y desproporcionados:

- En primer lugar, concede 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”;
- En segundo lugar, dispone la intervención del Ministerio Público, sin precisar cual es el alcance de ella, es decir, si sólo se le notifica para que tome conocimiento o si debe emitir un dictamen. Este 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;

- 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”;
- En cuarto lugar, –como también lo decía el Decreto Ley N° 25433 dictado durante el gobierno del Ingeniero Fujimori-, la apelación se concede con efecto suspensivo, es decir, sólo se ejecuta cuando el superior en grado –la Corte Suprema- confirma la resolución impugnada.
- Finalmente, agrega el referido dispositivo –y esto es una novedad que no presentó la norma de Fujimori-, el pedido cautelar se presenta 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.

Como puede apreciarse, ante las tres posibles alternativas que existen en el panorama comparado para regular el procedimiento cautelar –a) audiencia previa obligatoria, b) audiencia previa en supuestos excepcionales y c) procedimiento “inaudita parte”⁵- el legislador escogió la alternativa más restrictiva, pese a tratarse de un proceso de urgencia destinado a la tutela de derechos fundamentales.

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 291/1998⁶.

El procedimiento introducido por el Congreso desnaturaliza la esencia de una medida cautelar pues

5 CALDERÓN CUADRADO María Pía, “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, Madrid: Civitas, 1992, pp. 230-231.

6 MONTAÑES PARDO Miguel Ángel, “Las medidas cautelares en los procesos constitucionales”, en PEREZ TREMPES Pablo (Coordinador), “Derecho Procesal Constitucional”, Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III, Comisión Europea, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 125.



La Medida Cautelar contra Actos Administrativos...

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 implicaría⁷.

Realmente se trata de un cambio manifiestamente injustificado y que viene generando muchos problemas a los justiciables. Dicho procedimiento es más restrictivo que el previsto por el Decreto Ley 25433 de 17 de abril de 1992⁸, 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.

1. Las Razones de la Modificación Efectuada por el Congreso

Durante el debate en la sesión del Pleno del Congreso realizada el 6 de mayo del 2004, el congresista Natale Amprimo - 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”⁹.

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 en base a 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 (...).”

“Realmente se trata de un cambio manifiestamente injustificado y que viene generando muchos problemas a los justiciables.”

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 país¹⁰.”

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.

7 CALDERÓN CUADRADO María Pia, Ob. Cit., p. 253.

8 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”.

9 AA.VV., “Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio. Exposición de Motivos. Dictámenes e Índice Analítico”, 2ª ed. Actualizada, Lima: Palestra Editores, p. 284.

10 AA.VV., Ob. Cit. p. 285.

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 demandados¹¹.

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 Instancia¹².

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. Sostuvo finalmente 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”¹³.

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.

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

Para saber si en un caso concreto se está frente a la vulneración del principio a la 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 (Exp. 0048-2004-AI, sentencia de 1 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 párrafo 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 sub principio 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.

11 AA.VV., Ob. Cit., p. 290.

12 AA.VV., Ob. Cit., p. 302.

13 AA.VV., Ob. Cit., p. 313.



La Medida Cautelar contra Actos Administrativos...

Por otro lado, es necesario esclarecer si el diseño de un procedimiento cautelar especial para los gobiernos regionales y municipalidades contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención de la finalidad prevista (preservar la autonomía municipal y regional de 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 a lo más neutralizan el factor “sorpresa” – característica esencial de este tipo de mecanismos – pero no evitan necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar, toda vez que ello se logra especializando y capacitando a los jueces que tramitan esta clase de procesos a fin de que se pondere adecuadamente en el caso concreto, así como haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a las que haya lugar.

Además, si 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, etc-, 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.”¹⁴

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 N° 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 reservados para la tutela de derechos constitucionales que necesitan cobertura urgente, dada su vulneración evidente (Exp. 1589-2004-AA/TC, sentencia de 5 de julio del 2004, F.J. 4).

En síntesis, a nuestro juicio, el tercer y cuarto párrafo 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.

3. 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 proceso¹⁵, 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.

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

14 MONROY GÁLVEZ Juan, “A propósito de las medidas cautelares contra el Estado. Juez y ley producto semielaborado”, en *Jurídica*. Suplemento de Análisis Legal, diario oficial “El Peruano”, N° 52, Lima, 28 de junio, 2005, p. 3.

15 MONROY GÁLVEZ Juan, “Temas de proceso civil”, Lima Librería Studium, 1987, p. 15.

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”¹⁶. 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, de 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”¹⁷. El tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código diseña un procedimiento que limita injustificadamente las medidas cautelares contra actos de los gobiernos locales y regionales.

Finalmente, este cambio terminará cerrando la puerta al amparo contra actos administrativos municipales y regionales. En efecto, debido a que el Código acoge la tesis del “amparo residual” (artículo 5 inciso 2), cuando se cuestionen tales actos administrativos, la vía paralela –el proceso contencioso administrativo-, podría ser más eficaz pues tiene medidas cautelares más efectivas. Por tanto, en tales casos el amparo será declarado improcedente al existir una vía procesal específica igual o más satisfactoria. Con ello, lo que en el fondo se logrará es que los actos administrativos municipales y regionales no puedan ser cuestionados a través del amparo.

4. Ejercicio del Control Difuso por el Poder Judicial. La Demanda de Inconstitucionalidad Presentada por la Defensoría del Pueblo

En definitiva, las razones expuestas nos conducen a concluir que tal regulación resulta inconstitucional y debe motivar el ejercicio del control difuso a cargo de los jueces que conozcan estos pedidos cautelares. De ahí que sea factible que el Poder Judicial pueda disponer su inaplicación en un caso concreto por inconstitucional. Hasta el momento este criterio ha sido acogido por dos Salas de la Corte Superior de Justicia, una del distrito judicial de Lima y otra del distrito judicial de Junín. Se trata de aportes importantes que esperamos se consoliden y se conviertan en un verdadero precedente que oriente a los demás jueces.

En efecto, la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. 837-2005-MC) de 15 de abril del 2005 en decisión de mayoría en la que intervino como vocal ponente la Dra. 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

***“Finalmente, este
cambio terminará
cerrando la puerta al
amparo contra actos
administrativos
municipales y
regionales.”***

efectiva”.

Criterio similar fue acogido por unanimidad por la primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced Chanchamayo en su resolución de 30 de junio del 2005 (Exp. 2005-006). En tal ocasión se sostuvo que dicho dispositivo “trasgrede el artículo 2 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

16 RUIZ PIÑERO Fernando Luis. “Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Navarra: Editorial Aranzadi. 2001, p.29.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. “La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso administrativo español”. Madrid: Civitas. 1992, p.278



La Medida Cautelar contra Actos Administrativos...

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 párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional y, de ser el caso, conceder la medida cautelar solicitada, tal como lo anota Ariano en un interesante análisis crítico de la resolución dictada por Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁸. 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 no siempre se han caracterizado por la defensa de la Constitución y mucho menos por un ejercicio cabal del control difuso.

Para evitar que siga subsistiendo una limitación de tal naturaleza, el 9 de setiembre del 2005 la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra los dos citados párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional. Ello permitirá que el Tribunal corrija –ahora sí con carácter general- la inconstitucionalidad cometida por el Congreso.

III. Reflexiones Finales

La vigencia del Código Procesal Constitucional es 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, resulta inconstitucional pues lesiona la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad.

Por ello, pensamos que un Juez, en base a la facultad prevista por el artículo 138 de la Constitución, podría 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”¹⁹. De ahí que resulte meritorio el aporte efectuado por una Sala de la Corte Superior de Lima y otra de la Corte Superior de Junín que dispusieron la inaplicación del tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código. Esperemos que este criterio sea seguido por los demás jueces. Para ello, sería conveniente que los pedidos cautelares contra actos administrativos municipales y regionales se presenten directamente ante los Jueces de Primera Instancia a efectos de que ellos mismos hagan uso del control difuso; hasta que, en su momento, el Tribunal Constitucional resuelva la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo y expulse definitivamente dichas normas del ordenamiento jurídico

18 ARIANO DEHO Eugenia. “Sobre la concreta inaplicación de los párrafos tercer y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, julio 2005, N° 82, año 11, p. 72. La resolución puede consultarse en dicho volumen (pp. 62-68).

19 ARIANO DEHO Eugenia. “Problemas del proceso civil”, Lima: Jurista Editores, 2003, p. 597.