

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO

DICTAMEN RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY N° 167/2006-CR QUE PROPONE MODIFICAR EL ARTÍCULO 15° DE LA LEY N° 28237 - CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, REFERIDO A LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Señor Presidente:

Ha ingresado para dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento, el Proyecto de Ley N° 167/2006-CR, presentado por el Congresista de la República Carlos Torres Caro, que propone modificar el artículo 15° de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional, a fin de eliminar el procedimiento excepcional previsto para solicitar medidas cautelares que tengan por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

I.- CONTENIDO DE LA PROPUESTA.-

El presente proyecto propone eliminar de la redacción del artículo 15° del Código Procesal Constitucional, el tercer y cuarto párrafo del mismo, referido al trámite especial para solicitar medidas cautelares que cuestionen actos administrativos municipales o regionales.

La iniciativa se sustenta en que el citado procedimiento es engorroso e inapropiado y afecta principios esenciales como el de juez natural y el de economía procesal.

II.- ANÁLISIS.-

LAS MEDIDAS CAUTELARES

La medida cautelar es el instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional – a pedido de parte- asegura el cumplimiento del fallo definitivo sea adelantando algunos efectos de éste –posibilidad que implica modificar la situación material existente al momento de la petición -, u ordenando se mantenga inalterable la situación fáctica presente al inicio del proceso. Son una clase de proceso al servicio de las partes, especialmente del demandante, que tiene por objeto asegurar el cumplimiento del fallo definitivo y salvaguardar la eficacia del proceso.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 612° del Código Procesal Civil, las medidas cautelares gozan de las siguientes características:

- a) Son provisorias, pero no temporales: la eficacia de sus efectos no depende de un plazo. Sólo permanecen hasta que se expide el fallo definitivo;
- b) Son variables, ya que pueden modificarse o suspenderse antes del fallo definitivo (si las circunstancias han variado);

- c) Son instrumentales, están al servicio de lo que ocurra en el proceso principal;
- d) Son jurisdiccionales, ya que se producen como resultado de una decisión jurisdiccional;
- e) Son procedimientos sumarísimos, el juez la concede o la rechaza inmediatamente, teniendo como criterio lo que se ha fundamentado en el escrito de solicitud;
- f) Son reservados: se conceden o se rechazan sin conocimiento de la parte que va a sufrir las consecuencias de la medida cautelar (inaudita altera pars);
- g) Son prejudiciales: no en el sentido que se conceden antes de iniciar el proceso, posibilidad que no esta permitida en los procesos constitucionales, sino de que se llevan a cabo en base a una información elemental que le permite al juzgador prejuzgar de que si no la concede el derecho puede convertirse en irreparable¹.

Una nota saltante de la medida cautelar está dada por el hecho que su aplicación esta intrínsecamente ligada a la discrecionalidad del juzgador. Tal cualidad no es equivalente a la arbitrariedad. La mejor prueba de ello es que la obtención de una medida cautelar implica el examen que debe hacer el juzgador de ciertos requisitos.

El primero de ellos es la **apariencia de derecho**. La descripción de un hecho importa distintos matices –desde la perspectiva de veracidad -, puede tratarse de un hecho posible que es el que puede o no ser verdadero; de un hecho verosímil que es el que tiene apariencia de verdadero; de un hecho probable que es el que está en aptitud de ser probado como verdadero y el hecho certero que es el indiscutiblemente verdadero. Para el caso específico de la medida cautelar, la apariencia de derecho implica que el solicitante debe persuadir al juzgador con hechos verosímiles.

El segundo requisito es **el peligro en la demora**. En este caso, al pedirse una medida cautelar debe acreditarse al juzgador que si no concede la medida, la espera del fallo definitivo por todo el tiempo que dure el proceso, va a originar una actuación peligrosa y perjudicial para el peticionante.

El tercer requisito es **la contracautela**. Habida cuenta que la medida cautelar es concedida de manera urgente por el juzgador y solo sobre la base de un derecho que parece ser el amparado al final del proceso, ésta puede concederse equívocamente y además producir un perjuicio². Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, por el principio de gratuidad y por la naturaleza de los derechos a proteger en los procesos constitucionales, el que solicita la medida cautelar o la suspensión del acto violatorio no está obligado a ofrecer contracautela.

Los procesos cautelares se clasifican en dos grupos:

- a) Las medidas de no innovar, conservan la situación de hecho vigente a fin de impedir que la producción de nuevos hechos acaben por dejar al proceso sin su finalidad (la defensa y restablecimiento de los derechos humanos). La suspensión del acto violatorio es una modalidad de las medidas de no innovar.

¹ Exégesis del Código Procesal Constitucional. Carlos Mesía. Edit Gaceta Jurídica. Pág. 155-156.

² La medida cautelar en el proceso de amparo peruano. Juan Monroy Gálvez. Lecturas sobre Temas Constitucionales 3, Comisión Andina de Juristas. Pág. 11.

- b) Las medidas innovativas buscan alterar la situación de hecho vigente antes de la interposición de la demanda. Tiene efectos retroactivos y constituye en alguna medida un adelanto de lo que se pretende sea el resultado de la sentencia definitiva. La alteración se materializa en que alguien deje de hacer algo o que se empiece a hacer algo que no se está haciendo³.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El artículo 15º de la Ley Nº 28237 – Código Procesal Constitucional, señala lo siguiente:

“Artículo 15º.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. 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. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

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, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672”.

El citado artículo introduce cambios sustanciales en la regulación de la medida cautelar. En ese sentido, establece con meridiana claridad que para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 2.

adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Así se mejora de manera considerable la regulación anterior e incorpora el principio de adecuación que sólo estaba previsto para las medidas cautelares que se dictan en los procesos contenciosos administrativos (Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, artículo 36.3). De la misma manera 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.

Establece, además, un procedimiento más ágil al previsto por la norma que le precedía (Ley N° 23506), pues dispone que se dicta sin audiencia a la parte demandada, no interviene el Ministerio Público, el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo⁴ y presenta como límite la irreversibilidad de la misma⁵. Esto último significa que la medida cautelar no puede producir situaciones que luego no puedan ser dejadas sin efecto. Este carácter irreversible deberá ser evaluado en función del caso concreto⁶.

El artículo 16 del Código, por su parte señala que, la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso adquiere carácter de cosa juzgada. Estableciendo, además, 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.

No obstante lo señalado hasta ahora, el artículo 15^o establece un trámite agravado cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional. 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 regionales⁷.

En efecto, cuando se cuestionan actos administrativos municipales y regionales –con lo cual se excluyen a las ordenanzas, que no son actos sino normas- se exigen requisitos irrazonables para determinar si se concede o no una medida cautelar. En primer lugar, audiencia a la otra parte; en segundo lugar, intervención del Ministerio Público; en tercer lugar, puede haber informe oral; y en cuarto lugar, la apelación se concede con efecto suspensivo, es decir, sólo se ejecuta cuando el superior en grado confirma la resolución impugnada. Finalmente, agrega la referida norma el pedido cautelar se

⁴ Ello significa que si se concede el recurso de apelación, la medida cautelar continúa vigente y en el caso que haya sido rechazada el aquo no pierde jurisdicción sobre el proceso principal. En el artículo 31^o de la Ley 23506 sucedía lo contrario, la apelación se concedía sin efecto suspensivo.

⁵ En este punto resulta de vital importancia que exista siempre la posibilidad de regresar las cosas al estado anterior, que sea posible retrotraer las situaciones a como estaban antes de la concesión de la medida cautelar. Por ello que siempre este ligada a la discrecionalidad del juez, concederla o no.

⁶ Medida cautelar y proceso de amparo. Samuel B. Abad Yupanqui. Hechos de la Justicia. Pág. 3.

⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. Cit. Pág. 4.

presenta ante la Sala Civil de la Corte Superior y conoce en segundo grado la Corte Suprema⁸.

Las razones que fundamentaron la introducción de este procedimiento excepcional – que no estaba en la propuesta original - se basó 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.

Al respecto, durante el debate en la sesión del Pleno del Congreso, realizada el 6 de mayo del 2004, el congresista Natale Amprimo –entonces Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento- señaló: *“(...) 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”*.

Sobre este procedimiento, diversos autores nacionales han presentado cuestionamientos a su constitucionalidad que esta comisión las recoge y hace suyas en el presente dictamen. En efecto, respecto a sus características más importantes se puede advertir lo siguiente:

- **Respecto a que la solicitud se presente ante la Corte Superior del distrito Judicial.** No se toma en cuenta la realidad geográfica del Perú. Los actos violatorios pueden acontecer en municipios que están alejados de la sede donde tiene lugar la Corte⁹.
- **Respecto al traslado de la solicitud por el término de tres días acompañando copia de la demanda y sus recaudos así como de la resolución que la declara admitida.** Se viola la característica de inaudita pars de esta clase de procesos.

El procedimiento termina siendo más restrictivo que el previsto en el proceso civil, pues el artículo 637º del Código Procesal Civil establece 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 no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal”. No resulta objetivo ni razonable que el procedimiento cautelar propio de los procesos civiles sea mucho más ágil y efectivo que aquel diseñado para los procesos constitucionales que tienen por finalidad tutelar de manera inmediata y directa derechos fundamentales.

⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. Cit. Pág. 4.

⁹ MESÍA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 2.

- **Interviene el Ministerio Público.** No es parte en el proceso y no tiene sentido su participación. En efecto, el diseño adoptado por el Código Procesal Constitucional apuesta porque los procesos constitucionales sean manifestación de una verdadera tutela de urgencia. De igual forma la realidad procesal y la experiencia acumulada en la materia desde que se dictó la Ley N° 23506, demuestra que el pase previo por la fiscalía no ha aportado luces al proceso –con contadas excepciones- y adicionalmente alargan y retrasan procesos que de por sí deben ser rápidos¹⁰.
- **La corte resuelve en el plazo de tres días, salvo que se haya solicitado informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.** Violación del carácter sumarísimo del proceso cautelar.
- **La apelación se concede con efecto suspensivo ante la Corte Suprema.** Ello implica que si la medida ha sido concedida, no se ejecuta hasta que se resuelva en segunda instancia. 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. Así por ejemplo, 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 proceso¹¹.

En este orden de ideas, el argumento según el cual la finalidad de la norma es “cautelar el principio de autoridad” y evitar los abusos, enfrentado a la necesidad de contar con un instrumento procesal ágil y expeditivo que impida la irreparable afectación de un derecho fundamental, carece de sustento suficiente y se constituye en una disposición inconstitucional¹².

El abuso de autoridad que se esgrimió como argumento para establecer este procedimiento diferenciado no puede permitir la violación de derechos fundamentales. Los abusos tampoco se resuelven restringiendo la medida cautelar sino estableciendo una regulación más detallada. Además, el principio de autoridad no sólo lo ejercen las autoridades municipales y regionales, sino también las demás que cuentan con un procedimiento cautelar razonable, por lo que mantener este procedimiento excepcional vulnera el principio de igualdad¹³. Por todas las consideraciones señaladas la comisión considera que la propuesta es viable.

III.- ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La propuesta no irroga gasto al Estado. Se trata de una iniciativa que garantiza la tutela procesal efectiva y el principio de igualdad. Los beneficiarios serán aquellas personas

¹⁰ Opinión de Domingo García Belaunde respecto a la intervención del Ministerio Público en los procesos de amparo. 11/11/2004.

¹¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. Cit. Pág. 4.

¹² ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. Cit. Pág. 4

¹³ Es importante señalar que la Defensoría del Pueblo presentó con fecha 09 de setiembre de 2005, una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15° del Código Procesal Constitucional, por ser lesivos del contenido constitucionalmente protegido de igualdad. Noveno Informe Anual de la Defensoría del Pueblo. Pág. 75.

que pretendan recurrir al Poder Judicial a solicitar una medida cautelar en procesos constitucionales contra actos administrativos emitidos por los gobiernos locales y regionales.

IV.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.-

La norma sólo modifica el artículo 15º de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional, a fin de eliminar el tercer y cuarto párrafo del mismo. No contraviene ninguna norma constitucional. La vigencia de la presente norma se rige por lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional.

V.- CONCLUSIONES.-

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo señalado en el literal a) del artículo 70º del Reglamento del Congreso de la República, se recomienda la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley N° 167/2006-CR, en sus términos:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 15º DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, REFERENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo Único.- Modifícase el artículo 15º de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional, el mismo que quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. 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. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672”.

Lima, 29 de setiembre de 2006.

PASTOR VALDIVIESO, AURELIO
PRESIDENTE

MAYORGA MIRANDA, VÍCTOR
VICEPRESIDENTE

GALARRETA VELARDE, LUIS
SECRETARIO

BEDOYA DE VIVANCO, JAVIER

ESTRADA CHOQUE ALDO

FUJIMORI FUJIMORI, SANTIAGO

GALINDO SANDOVAL, CAYO CÉSAR

GARCÍA BELANDE VÍCTOR ANDRÉS

MOYANO DELGADO, MARTHA

OTAROLA PEÑARANDA, FREDDY

REBAZA MARTEL, ALEJANDRO

TORRES CARO, CARLOS

VALLE Riestra GONZALES OLAECHEA, JAVIER

VEGA ANTONIO, JOSÉ

VELASQUEZ QUESQUEN, JAVIER