

## La casi inexistente “tutela cautelar” contra los actos administrativos de los gobiernos regionales y locales

Carlo Magno SALCEDO CUADROS\*

### RESUMEN

*Uno de los aspectos más relevantes de las medidas cautelares en los procesos constitucionales de la libertad se refiere a las “medidas contra actos administrativos que provienen de gobiernos locales y regionales”, debido a la singular e ineficiente regulación de su trámite. En tal sentido, el autor explica las peculiaridades de este procedimiento cautelar especial, así como lo discutido en sede constitucional –criticando la posición del Congreso y la decisión del Tribunal Constitucional que avaló esta gravosa regulación–, proponiendo finalmente una reforma integral en materia de medidas cautelares referidas a los procesos constitucionales.*

### I. LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Los procesos constitucionales de la libertad, como el hábeas corpus, el proceso de amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento, tienen por objeto la defensa de los derechos subjetivos fundamentales o “libertades” de la persona, frente a los actos u omisiones que los violen o amenacen con violarlos. De acuerdo con el art. 1 del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), estos procesos “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”. En tal sentido, su finalidad es “garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales” (art. II del Título Preliminar del CPCConst.).

El Título I del CPCConst. contiene las disposiciones generales sobre los procesos constitucionales de la libertad, entre ellas las referidas a las medidas cautelares (arts. 15 y 16). Según estas disposiciones, en estos procesos, excepto en el hábeas corpus, son procedentes las medidas cautelares. Entonces, quienes recurran a la jurisdicción constitucional pretendiendo la defensa de sus derechos subjetivos fundamentales podrían obtener *tutela cautelar* si estos son protegidos por los procesos de amparo, hábeas data o de cumplimiento; pero no si lo son por el hábeas corpus.

La proscripción de la tutela en el proceso de hábeas corpus, en verdad, no implica que los *derechos que conforman la libertad individual* protegidos por el hábeas corpus cuenten con menos herramientas procesales para su tutela. La atención urgente que exige la tutela efectiva de los derechos

\* Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.

## **M**EDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

de la libertad individual ha motivado que en el proceso de hábeas corpus se establezcan diversas reglas especiales no previstas para el resto de procesos constitucionales de la libertad, que lo hacen mucho más expeditivo, permitiendo que se asegure la inmediata salvaguarda del derecho violado o amenazado de ser violado. De este modo, siendo el hábeas corpus un proceso incluso más corto que el proceso cautelar, la tutela cautelar se hace innecesaria en este proceso.

Aunque el CPCConst. no los distingue explícitamente, dicho cuerpo normativo ha establecido dos distintos tipos de proceso cautelar, a los cuales hemos denominado: 1) proceso cautelar ordinario y 2) proceso cautelar especial<sup>1</sup>.

### **1. El proceso cautelar ordinario**

El proceso cautelar ordinario es procedente en todos los casos en que el derecho afectado sea susceptible de tutela jurídica a través de los procesos constitucionales de la libertad distintos al hábeas corpus, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos administrativos emitidos al amparo de la legislación municipal y regional; vale decir, cuando en el proceso constitucional principal se impugnen decisiones de los gobiernos locales (las municipalidades) o de los gobiernos regionales. Está regulado en los dos primeros párrafos del art. 15 del CPCConst.

En este proceso la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contraparte la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo y el proceso es conocido por el mismo juez constitucional que conoce o conocerá el proceso principal.

### **2. El proceso cautelar especial**

El proceso cautelar especial está previsto para obtener tutela cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los gobiernos locales o los gobiernos regionales. Está regulado en los párrafos tercero y cuarto del art. 15 del CPCConst.

Los procedimientos establecidos para este proceso lo hacen mucho más gravoso e ineficiente que el proceso cautelar ordinario. Veamos. En este proceso, a

diferencia del proceso cautelar ordinario, la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada por el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal (ya que la solicitud cautelar debe notificarse a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, y de la resolución que la admite, lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso); se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo; y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación es resuelta por la Corte Suprema.

## **II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR ESPECIAL. UNA DECISION POLÉMICA**

Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales, ha puesto en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar.

### **1. El Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad del proceso cautelar especial en decisión equivocada**

Tan cuestionable ha sido considerado el trámite del proceso cautelar previsto contra las actuaciones de los gobiernos locales y regionales, que la Defensoría del Pueblo, el 2 de setiembre de 2005, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del art. 15 del CPCConst. (Exp. N° 0023-2005-PI/TC)<sup>2</sup>.

No obstante, a través de sentencia emitida el 27 de octubre de 2006, en decisión que no compartimos, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, confirmando la constitucionalidad del proceso cautelar especial.

1 En nuestro artículo "La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales, en: *Actualidad Jurídica*, Tomo 172, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2008, pp. 175-180 (disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/nucleus/plugins/avatar/236.pdf>), ensayamos la distinción de estos dos tipos de proceso cautelar: el *proceso cautelar ordinario* y el *proceso cautelar especial*.

2 Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>.

Los argumentos de dicho colegiado fueron los siguientes:

- El procedimiento [proceso] cautelar especial en cuestión, 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, resulta proporcional por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal realiza el test de *razonabilidad*, con el objeto de verificar si los párrafos tercero y cuarto del art. 15 del CPConst., vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción. En tal sentido, llega a las siguientes conclusiones (fundamento 35 de la sentencia):
  - a) Respecto al subprincipio de idoneidad o de adecuación, considera que el cuestionado procedimiento [proceso] 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) Respecto al subprincipio de necesidad, considera que dicho procedimiento [proceso] 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) Respecto al subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, considera que se trata de una opción legislativa adecuada para *evitar la interposición de medidas cautelares que dificulten 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.
- Respecto a la separación de los jueces que conocen el procedimiento [proceso] cautelar y el

proceso principal, el Tribunal considera que la misma tiene por objeto garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia (fundamento 36).

- Que el legislador al configurar el procedimiento [proceso] cautelar especial cuestionado ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la *gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados*. En tal sentido, crear un procedimiento [proceso] cautelar único *hubiera significado limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, desconociéndose la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e irreversibles*. En el mismo sentido, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía política, económica y administrativa reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188, 190 y 194 de la Constitución (fundamento 39).
- Por las mismas razones señaladas, los extremos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, no suponen una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción (fundamento 40).

Luego de sustentar lo manifestado, el tribunal fundamenta el carácter constitucional que tiene la *tutela cautelar como una manifestación del debido proceso, así como los deberes que ello impone a los jueces*. Esta es, a nuestro juicio, la parte más interesante de la sentencia; aunque no deja de resultar paradójico que dicho colegiado haga este desarrollo luego de sostener la validez constitucional del proceso cautelar especial frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales.

Sobre dicho carácter constitucional el Tribunal considera que, al igual que ocurre con el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no está expresamente reconocida en la Constitución;

## MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. En tal sentido, no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento su decisión (fundamento 49).

El Tribunal Constitucional también acota que es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca (fundamento 51). Sin embargo, estos deberes impuestos al juez constitucional se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo, hábeas data y cumplimiento; por lo que es necesario que se distinga el uso regular de los medios procesales que la ley prevé –como la medida cautelar–, y el uso abusivo de este derecho, signo inequívoco de mala fe y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional (fundamento 52).

El Tribunal, asimismo, aclara que el derecho a la tutela cautelar no implica que, en todos los casos, la medida cautelar solicitada tenga que ser concedida. Por tanto, corresponde a la autoridad judicial valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictarla, mantenerla o revocarla, estando todo juez facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso (fundamento 55).

Así también, considera que la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, si bien caben algunas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el

“... no entendemos cómo es que otorgar una medida cautelar en contra de un acto administrativo de un gobierno regional o local que viole derechos fundamentales significa una violación de su autonomía o una amenaza a la gobernabilidad. ¿Se supone acaso que la mayoría de medidas cautelares concedidas en estos casos han sido otorgadas de manera ilegítima? ...”

proceso de inconstitucionalidad (fundamento 57).

En líneas generales, nos parece importante que el TC haya reconocido expresamente el carácter constitucional de la tutela cautelar como una manifestación del debido proceso. Sin embargo, de acuerdo con dicha sustentación lo que correspondía era establecer la inconstitucionalidad del proceso cautelar especial regulado por los párrafos tercero y cuarto del art. 15 del CPConst., ya que el mismo no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían

ocasionar por la duración del proceso principal.

En efecto, el trámite de los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento establecido por los arts. 53, 65 y 74 del Código Procesal Constitucional, respectivamente, para concluir que dichos procesos constitucionales resultan incluso más expeditivos que el proceso cautelar especial cuestionado.

La consecuencia del establecimiento de dicho proceso cautelar especial es que, en los hechos, las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales prácticamente no puedan ser objeto de tutela cautelar; y si en alguno de estos procesos un justiciable logra obtener una medida cautelar, su oportunidad será tan tardía que habrá desnaturalizado la razón de ser de la tutela cautelar. Como señala Samuel Abad sobre el particular: “De esta manera, ante situaciones que requieren una solución urgente y rápida la medida cautelar, debido a un trámite intencionalmente engorroso, no otorga al afectado una solución eficaz, en otras palabras no garantiza una tutela judicial efectiva”<sup>3</sup>.

De otro lado, no entendemos cómo es que otorgar una medida cautelar en contra de un acto administrativo de un gobierno regional o local que viole derechos fundamentales significa una violación de su autonomía o una amenaza a la gobernabilidad. ¿Se supone acaso que la mayoría de medidas cautelares concedidas en estos casos han sido otorgadas

3 ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2004, p. 572.

de manera ilegítima? De ser así, ¿el problema es que la legislación procesal constitucional haya previsto la tutela cautelar, o más bien la deficiente actuación de los jueces, sea por falta de preparación o por corrupción?

Si el argumento es mantener la autonomía de los gobiernos locales y regionales, habría que considerar que tan autónomos como estos gobiernos lo son los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos. ¿Por qué en tales casos, entonces, no se aplican los mismos criterios?

## **2. La correcta aunque rechazada posición de la Defensoría del Pueblo**

La Defensoría del Pueblo consideró que las disposiciones sobre el proceso cautelar especial son inconstitucionales por las siguientes consideraciones:

- Al regularse la procedencia de la medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, se han establecido limitaciones que desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares, las cuales resultan “irrazonables” y “desproporcionadas” al conceder audiencia a la parte demandada e informe oral si lo solicita; disponer la intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido con efecto suspensivo y, finalmente, que el pedido de medida cautelar sea presentado ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema.
- Tales disposiciones establecen un trato discriminatorio al crear un procedimiento injustificado para sujetos como los gobiernos locales y regionales.
- Aunque dicho procedimiento pretende preservar la autonomía municipal y regional establecida por los artículos 191 y 197 de la Constitución, la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efecto suspensivo, si bien neutralizan el “factor sorpresa”, no evitan necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar. Ello solo se logrará con una debida especialización y capacitación de los jueces encargados de tramitar estos procesos; y haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a que hubiere lugar. En este sentido, la Defensoría plantea como pretensión accesorias que el Tribunal Constitucional exhorte a la Comisión Ejecutiva del

Poder Judicial a la pronta implementación de jueces especializados en materia constitucional, exigida por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional, tal como lo hizo en la sentencia recaída en el caso Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), en que se exhortó al Poder Judicial a que aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de distritos judiciales de la República.

- Finalmente, dicho proceso cautelar no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva, ya que al iniciarse ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia–, al ser resuelta en segundo grado por la Corte Suprema –cuando este órgano jamás conocerá el proceso principal–, y al ser apelable con efecto suspensivo –que implica que así se conceda la medida esta no se ejecutará de inmediato–, no se asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal.

En líneas generales, nuestra postura coincide con la de la Defensoría del Pueblo. En este caso creemos que el Tribunal Constitucional se equivocó.

## **3. Los poco convincentes argumentos del Congreso de la República**

En la contestación de la demanda, el apoderado del Congreso de la República alegó que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, por las siguientes consideraciones:

- El Congreso de la República, sobre la base de razones de oportunidad y conveniencia, eligió una de las variantes de medidas cautelares existentes en la teoría general del proceso, con el fin de proteger la autonomía municipal y regional respecto de los abusos cometidos en ejercicio de la función jurisdiccional.
- En el proceso de amparo, al constituir un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, pues estas son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.
- En cuanto a la concesión de audiencia otorgada a la parte demandada, en el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, el juez solo en

## **M** EDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

---

casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, puede determinar medidas cautelares sin audiencia de las partes. De este único ejemplo el apoderado del Congreso concluye que en las medidas cautelares la bilateralidad es la regla y la medida inaudita *et altera pars*, la excepción.

- Respecto a la intervención del Ministerio Público, este órgano no “participa” en los procesos cautelares, pues solo interviene como tercero interesado que no es parte en el proceso, pero que por mandato del artículo 159 de la Constitución debe garantizar la correcta actuación de la función jurisdiccional y representa en juicio a la sociedad.
- Respecto a la apelación con efecto suspensivo, si en los procesos principales debe respetarse la regla del efecto suspensivo de la sentencia apelada, no se incurre en inconstitucionalidad cuando se ha previsto el efecto suspensivo del auto apelado que concede una medida cautelar, máxime en un contexto como el peruano en el que el litigante “no se caracteriza precisamente por una actuación de buena fe”.
- Si las pruebas y los elementos que sirven de soporte para la concesión de la medida cautelar son distintos a los del principal no resulta cuestionable que corran en cuerda separada y por medio de jueces distintos. Por el contrario, la Corte Superior y la Suprema garantizan de mejor manera la proporcionalidad y adecuación de la medida a las exigencias del proceso y de lo que se persigue con su tramitación.
- La norma parte del hecho práctico que los gobiernos locales y regionales son los más afectados en sus atribuciones y competencias constitucionales por el abuso del amparo y las medidas cautelares, que en los últimos tiempos solo han servido para enervar el principio de autoridad. Así, la finalidad de la norma cuestionada es el respeto del principio de autoridad, que se traduce en el acatamiento de las normas que emiten los gobiernos locales y regionales. Entonces, dicha norma no vulnera el principio de igualdad.
- La sola demora en la tramitación del despacho no es sinónimo de inconstitucionalidad. En efecto, desde esta perspectiva, la vía igualmente

satisfactoria no es necesariamente la más rápida ni la que dura el mismo tiempo, pues está claro que no hay vía más rápida que el Amparo, sino aquella en la que el derecho puede obtener satisfacción, pese al perjuicio normal que implique la demora a que se ve sometida toda persona que reclama ante la justicia.

Varios de esos argumentos nos parecen poco consistentes. En primer lugar, se defienden las características, a nuestro juicio gravosas, que tiene el proceso cautelar especial; luego, se considera que en el proceso de amparo, al ser de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares que, a juicio del Congreso, serían más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.

Dicha superposición de argumentos no resiste un análisis lógico, ya que si en el proceso de amparo no cabe admitir medidas cautelares, ¿cómo se entiende que al mismo tiempo se defienda el proceso cautelar especial cuestionado? ¿O es que acaso se está admitiendo que, por la forma en que ha sido regulado el proceso cautelar especial, es como si en verdad no se hubiera previsto la tutela cautelar frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales? Si esto es así, nos encontramos entonces frente a una suerte de “cinismo legislativo”, por el cual se establece una supuesta herramienta procesal a favor de los justiciables, sabiéndose de antemano que dicha herramienta no servirá para nada. ¿No hubiera sido más coherente, simplemente, establecer la no procedencia de las medidas cautelares en dichos casos? O, más aún, si en efecto es verdad que “no hay vía más rápida que el amparo”, ¿no hubiera sido más lógico proscribir la tutela cautelar en todos los procesos constitucionales de la libertad (tal como se ha hecho con el hábeas corpus)?

De otro lado, el hecho que el Ministerio Público intervenga “como tercero interesado” y no como parte en el proceso cautelar especial, no significa ningún alivio para el justiciable, ya que, es evidente que la intervención de dicho organismo constitucional no se ha previsto para que sea un convidado de piedra, sino para que, en uso de sus atribuciones, tenga que tomar posición a través de sus dictámenes, con la consiguiente demora en el procedimiento que ello implica.

### III. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

Como hemos señalado, no obstante lo gravoso y engorroso que resulta el proceso cautelar especial, que lo hace no idóneo para lograr una tutela judicial efectiva, el TC confirmó su constitucionalidad. Sin embargo, a pesar de lo equivocada que pueda ser la decisión del supremo intérprete de la Constitución, la norma cuestionada no puede ser ahora inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, como proponía Samuel Abad antes de que dicha sentencia se expida<sup>4</sup>.

En tal sentido, la única vía que queda para solucionar dicho entuerto legislativo es la modificación de la norma en el Parlamento.

#### 1. Lineamientos para la reforma del proceso cautelar en los procesos constitucionales de la libertad

Nuestra primera propuesta es que exista un tipo único de proceso cautelar para los procesos constitucionales de la libertad. Las mismas reglas deberían ser válidas en todos los casos, ya que establecer reglas diferentes para los mismos casos, con el objeto de favorecer a ciertos demandados (en este caso, los gobiernos regionales y locales), consideramos que atenta contra el principio de igualdad, más allá de las consideraciones que haya tenido el TC para no considerarlo así.

De otro lado, consideramos que, en general, el proceso cautelar previsto por el CPCConst. requiere de diversos ajustes. A nuestro juicio, este proceso debería tener las siguientes características:

- a) **El proceso cautelar debería ser conocido por el mismo juez que conoce el proceso constitucional**, conforme a las mismas reglas de competencia (funcional y territorial). Respecto al asunto de la competencia territorial consideramos que urge una reforma, que evite el uso indebido de los procesos constitucionales; conforme lo explicaremos más adelante.
- b) **Debe restringirse la medida cautelar fuera de proceso**. La regla general debería ser que la solicitud cautelar se presente junto con la demanda o después de presentada esta. Asimismo, solo

si se admite la demanda se calificaría la solicitud cautelar (para admitirla o no a trámite).

Cabe señalar que la tutela cautelar regulada en el proceso civil, que resulta un referente obligado de lo regulado sobre la materia en el proceso constitucional, es defectuosa en este extremo. En efecto, como anota Eugenia Ariano Deho, el art. 608 del Código Procesal Civil, reproduciendo lo previsto solo para el embargo preventivo por el art. 223 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, permite que toda medida cautelar se pida antes del inicio del proceso de fondo. Ante esa situación, Ariano considera que hubiera sido oportuno que se limitara, al modo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la posibilidad de dictar medidas cautelares *ante causam* solo a los supuestos de particular urgencia o necesidad, lo cual si bien, per se, no constituye un obstáculo para el mal uso de la tutela cautelar, implica concebir desde la ley, a la tutela cautelar ante causam como un supuesto “excepcional” (y no “normal”), y como tal a concederse con mayor precaución por parte del juez<sup>5</sup>.

- c) **Debe implementarse el contradictorio en materia cautelar**, es decir, la medida debe dictarse con conocimiento previo de la parte contraria y dándole la oportunidad para que realice sus descargos.

Siguiendo nuevamente a Ariano Deho, este mecanismo es el único medio que puede evitar la distorsión de la función de la tutela cautelar, ya que puede prevenir que se dicten medidas absolutamente injustificadas, así como la manipulación de la competencia territorial<sup>6</sup>.

- d) **Debe obviarse la intervención del Ministerio Público**.
- e) **Si concede la medida cautelar, esta debe tener efecto inmediato**. En tal sentido, la apelación no debe tener efecto suspensivo.

Teniendo en consideración lo manifestado, proponemos el siguiente texto alternativo del artículo 16 del CPCConst.

4 Ibid., p. 573.

5 ARIANO DEHO, Eugenia. “Tutela cautelar y statu quo en la reforma procesal (comentarios a una propuesta de modificación que poco pretende modificar)”, en: *Actualidad Jurídica*, Tomo N° 172, Lima: Gaceta Jurídica, marzo 2008, pp. 72-73.

6 Ibid., pp. 73-74.

## **M** EDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

“Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida cautelar es dictada por el mismo juez que conoce el proceso principal, con conocimiento de la contraparte, para lo cual se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada. Con la contestación expresa o ficta, el juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad. La apelación es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

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”.

### **2. El problema de la competencia territorial**

Aunque el asunto de la competencia territorial es una cuestión que no es privativa del proceso cautelar, consideramos que el actual régimen sobre el particular facilita que se pueda hacer un mal uso,

tanto de los procesos constitucionales de la libertad como de los procesos cautelares derivados de aquellos. Como señala Ariano Deho, hay que tener en cuenta que “las más ‘lamentables experiencias’ en materia cautelar se han dado ‘jugando’ con las reglas de la competencia territorial”<sup>7</sup>.

La anterior versión del art. 51 del CPCConst. disponía la siguiente regla general para la determinación de la competencia territorial en los procesos de amparo:

“Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción”.

El objeto de una regla de esta naturaleza, que le otorgaba a los ciudadanos la potestad de elegir libremente ante qué juez interponer la demanda de amparo, fue facilitar a los presuntos afectados por la violación o amenaza de violación a sus derechos constitucionales la interposición de la demanda respectiva. En este sentido se supone que, como señala Carlos Mesía, dejar a elección del demandante el juez ante quien interpondrá la demanda “permite al ciudadano hacer valer su derecho ante el juzgador que él considera se encuentra en un plano de mayor inmediatez y que puede significarle menos onerosidad”<sup>8</sup>.

No obstante, lo que proliferó fue el uso inapropiado de esta regla competencial, lo que terminó convirtiendo al amparo, en lugar de ser lo que es: un arma contra la violación de la constitucionalidad, en un arma contra la legalidad.

Es conocido, por ejemplo, el caso de más de medio millar de establecimientos de “casinos y tragamonedas” que, gracias a los procesos de amparo

“ El objeto de una regla ... que le otorgaba a los ciudadanos la potestad de elegir libremente ante qué juez interponer la demanda de amparo, fue facilitar a los presuntos afectados por la violación o amenaza de violación a sus derechos constitucionales la interposición de la demanda respectiva. No obstante, lo que proliferó fue el uso inapropiado de esta regla competencial, lo que terminó convirtiendo al amparo, ... en un arma contra la legalidad. ”

7 Ibid., p. 73.

8 MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, 1ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 358.



iniciados en cualquier juzgado del país –sobre todo en zonas alejadas de la capital– operan en su lucrativo negocio sin pagar impuestos, haciendo que el Estado pierda cientos de millones de soles. En este rubro, inclusive, se ha generado un “mercado negro”, a través del cual empresas que obtuvieron acciones de amparo en cualquier lugar del país, “arriendan” sus recursos de amparo, para que otros inversionistas evadan al fisco al permitirles abrir la cantidad de salas que puedan bajo el nombre de la empresa que originalmente obtuvo el amparo.

Con el ánimo de solucionar dicha situación, el Congreso aprobó la Ley N° 28946, que modifica el art. 51 del CPCConst en los siguientes términos:

“Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento *no se admitirá la prórroga de la competencia territorial*, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

Promovida la excepción de incompetencia, el juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este código.

De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, este (sic) será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones. (...) (resaltado nuestro)”.

Poco después de la aprobación de dicha ley, el Poder Judicial presentó al Congreso otra iniciativa legislativa proponiendo la modificación del primer párrafo del art. 51 del CPCConst, con el siguiente texto:

“Son competentes para conocer del proceso de amparo, el juez civil territorialmente competente del lugar donde se afectó el derecho o se produjo la amenaza de violación de un derecho constitucional”.

La Ley N° 28946, a pesar de sus buenas intenciones, no es la solución al mal uso de las acciones de amparo derivada de la excesiva liberalidad en la determinación de la competencia territorial que la

ley le otorga al demandante, toda vez que, en esencia, el texto modificado por la Ley N° 28946 mantiene la posibilidad de interponer la demanda de amparo ante jueces de diferente competencia territorial, así como la potestad del demandante de determinar ante cual de estos diferentes jueces acudir, lo que en sí mismo es el origen del problema.

Mediante la modificación se pretendió atenuar el efecto pernicioso de la anterior regla para determinar la competencia territorial estableciendo, por un lado, que las alternativas que el demandante tiene para elegir son únicamente entre el juez del lugar donde se afectó el derecho o el juez donde el demandante tiene su domicilio principal; y, por otro lado, estableciendo sanciones ante la comprobación de malicia o temeridad en la elección del juez por el demandante.

Considerar un domicilio principal implica la existencia del denominado domicilio múltiple a que se refiere el art. 35 del Código Civil. Según esta norma, a la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos. Ahora, en este caso, ¿cómo determinar inobjetablemente cual es el domicilio principal? Consideramos que es una cuestión muy discutible, más aún si la norma no define qué se entiende por domicilio principal.

Por otro lado, ¿cómo demostrar malicia o temeridad en la elección del juez por el demandante? ¿Quién se encargaría de establecer las sanciones? ¿Sería acaso el juez ante quien se interpuso y admitió la demanda de amparo?

Consideramos que la iniciativa del Poder Judicial tendría más eficacia, ya que propone eliminar de raíz la posibilidad de interponer la demanda de amparo ante distintos jueces por razón de competencia territorial, estableciendo como única regla que la demanda se interpone ante el juez del lugar donde se afectó el derecho o se produjo la amenaza de violación de un derecho constitucional. De aprobarse la propuesta se acabaría con la potestad que la norma actual le otorga al demandante de decidir, a su criterio, el juez competente territorialmente y, con ello, se impediría la manipulación de dicho criterio competencial para burlar la ley.

#### IV. CONCLUSIONES

El Código Procesal Constitucional establece dos tipos de proceso cautelar relacionados con los

## **M**EDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

---

procesos constitucionales de la libertad. El primero de estos es un *proceso cautelar ordinario*, que procede en todos los casos, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos violarios de derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales. El segundo tipo es un *proceso cautelar especial*, el cual procede contra los referidos actos de dichos gobiernos subnacionales.

El *proceso cautelar ordinario*, en el cual la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo, resulta más idóneo para que se logre una tutela judicial efectiva, ya que permite atender la urgencia que muchas veces requiere la protección de los derechos subjetivos fundamentales y evitar que su violación se convierta en irreparable. No obstante, tiene algunos defectos que deberían ser subsanados con una reforma legal.

El *proceso cautelar especial*, en cambio, considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable, por lo que no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal. Lo absurdo de este tipo de proceso cautelar es tal que, incluso, los procesos constitucionales de los cuales puede ser accesorio (el proceso de amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento) consideran un trámite más expeditivo. En tal sentido, la existencia de la tutela cautelar contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales resulta meramente declarativa ya que, en los hechos, la misma prácticamente no se utiliza. Es, pues, una tutela cautelar casi inexistente.

No obstante lo evidente de lo gravoso y engorroso que resulta el *proceso cautelar especial*, por lo cual no es idóneo para lograr a través de él una tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional

ha confirmado su constitucionalidad a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2005-PI/TC. Con ello, a pesar de lo equivocada que ha podido ser la decisión del supremo intérprete de la Constitución, la norma cuestionada (los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional) no puede ser ahora inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, como proponía Samuel Abad antes de que dicha sentencia se expida<sup>9</sup>. En tal sentido, la única vía que queda abierta para solucionar dicho entuerto legislativo es la modificación de la norma que pueda realizar el Congreso de la República.

En tal sentido, consideramos que resulta necesario realizar una reforma legal del art. 16 del CPConst. que reforme de manera integral el tratamiento de la tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad, estableciendo que, en todos los casos (es decir, sin otorgar un tratamiento diferenciado a los gobiernos regionales y locales), el proceso cautelar sea conocido por el mismo juez del proceso constitucional principal; restringiendo la medida cautelar fuera de proceso; implementando el contradictorio en materia cautelar, obviando la intervención del Ministerio Público; y disponiendo que la apelación no debe tener efecto suspensivo.

Asimismo, consideramos necesario que se reforme el art. 51 del CPConst., referido a la competencia territorial, de modo que no exista posibilidad alguna de que el demandante haga un mal uso de los procesos constitucionales o de las medidas cautelares como resultado de la excesiva liberalidad en la determinación de la competencia territorial que la ley le otorga al demandante, al permitirle interponer la demanda ante jueces de diferente competencia territorial, así como la potestad del demandante de determinar ante cuál de estos diferentes jueces acudir, lo que en sí mismo es el origen del problema.

---

9 Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. cit., p. 573.