

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0023-2005-PI/TC

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República

Del 27 de octubre de 2006

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Walter Albán Peralta, defensor del Pueblo en funciones, contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales.

Magistrados presentes:

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

SUMARIO

- I. Asunto**
- II. Datos generales**
- III. Disposición cuya constitucionalidad se cuestiona**
- IV. Antecedentes**
- V. Materias constitucionalmente relevantes**
- VI. Fundamentos**

A) El Código Procesal Constitucional y el cambio en el régimen legal del proceso de amparo

- §1. La nueva configuración del proceso en el Estado Democrático y Social de Derecho
- §2. Naturaleza y fines de los procesos constitucionales
- §3. El caso del proceso de amparo
- §4. La configuración constitucional y legal del proceso de amparo: el Código Procesal Constitucional
- §5. Los cambios en el régimen procesal de la medida cautelar en el proceso de amparo

B) La efectividad del debido proceso y la tutela jurisdiccional en el proceso de amparo

- §6. La efectividad en el proceso de amparo
- §7. El procedimiento cautelar cuestionado y el derecho de libre acceso a la jurisdicción

C) El derecho al debido proceso y la tutela cautelar

- §8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso
- §9. La función constitucional de la tutela cautelar y los deberes que ello impone
- §10. La tutela cautelar como contenido implícito del derecho al debido proceso
- §11. Presupuestos de la medida cautelar
- §12. Análisis de constitucionalidad del procedimiento cautelar cuestionado

D) El principio de igualdad como límite de la actividad del legislador en la regulación del proceso

- §13. El principio-derecho de igualdad y su vinculación al legislador
- §14. La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”
- §15. La vinculación entre el juicio de igualdad “en la ley” y el principio de proporcionalidad
- §16. Test de igualdad: examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas

VII. Fallo

**EXP. N.º 00023-2005-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva orlandini.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Walter Albán Peralta, defensor del Pueblo en funciones, contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales.

II. DATOS GENERALES

- Tipo de proceso** : Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante : Defensoría del Pueblo
Norma sometida a control : Tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, publicada el 31 de mayo de 2004
Normas constitucionales cuya vulneración se alega : Artículos 2.2 y 139.3 de la Constitución, que establecen el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional, respectivamente
Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del artículo 15º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional

III. DISPOSICION CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CUESTIONA

Tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional que establece lo siguiente:

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.

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 2 de setiembre de 2005, la recurrente interpone demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional,

solicitando que se declaren inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, establecidos en los artículos 2.º, inciso 2, y 139.º inciso 3, de la Constitución.

Sustenta la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en las siguientes consideraciones:

- El primer y segundo párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional estableció como regla un procedimiento ágil para la procedencia de la medida cautelar, al disponer que ésta sea dictada sin audiencia a la parte demandada, sin intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido sin efecto suspensivo y que tenga como límite la irreversibilidad de la misma. Sin embargo, en los cuestionados tercer y cuarto párrafo del referido artículo 15.º, 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, toda vez que 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.

Al respecto, se precisa que en el respectivo debate del pleno del Congreso se alegó que un procedimiento cautelar de esta naturaleza se justificaba en consideraciones referidas a la experiencia y a los abusos que se habían cometido a nivel jurisdiccional al concederse indebidamente medidas cautelares, debilitando de este modo la autonomía municipal y regional, además del principio de autoridad.

- Las disposiciones cuestionadas establecen un trato discriminatorio, por cuanto se crea un procedimiento injustificado para sujetos como los gobiernos locales y regionales. Si bien el procedimiento cautelar cuestionado tiene como fin preservar la autonomía municipal y regional (artículos 191.º y 197.º de la Constitución), aplicando al caso el principio de idoneidad, que forma parte del principio de proporcionalidad, la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efectos suspensivos, a lo mucho neutralizan el factor “sorpresa”, pero no evitan necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar. Ello sólo se logra especializando y capacitando a los jueces que tramitan esta clase de procesos a fin de que se ponderen adecuadamente en el caso concreto, así como haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a que hubiere lugar.
- El procedimiento cautelar cuestionado no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, un procedimiento cautelar que se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia– y que es resuelto en segundo grado por la Corte Suprema –cuando el principal jamás lo conocerá–, que puede ser apelado con efecto suspensivo –es decir, así se conceda la

medida no se ejecutará de inmediato—, no asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal.

- Finalmente, se solicita a este Colegiado que exhorte a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a la pronta implementación de jueces especializados en materia constitucional, la misma que viene exigida por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional. Al respecto, indica que en el punto resolutivo N.º 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, CASO ANICAMA HERNÁNDEZ, 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.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 27 de octubre de 2005, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que se la declare infundada, alegando que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, ya sea directa o indirecta, por la forma o por el fondo, en atención a las siguientes consideraciones:

- El Congreso de la República, en base a 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 éstas 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 (gobierno local o regional), en ordenamientos jurídicos como el de Brasil, en el que el juez debe escuchar a la otra parte antes de conceder la medida, salvo casos excepcionales, donde la urgencia privilegia la concesión de una liminar (decisión otorgada sin contradictorio). En efecto, el artículo 797.º del Código de Proceso brasileño establece que “Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, determinará el juez medidas cautelares sin audiencia de las partes”. En suma, en las medidas cautelares la bilateralidad es la regla y la medida *inaudita et altera pars*, la excepción. Asimismo, la solicitud de informe oral es una consecuencia de la forma en que ha sido diseñada la medida cautelar, es decir, con audiencia de la otra parte.
- En cuanto al cuestionamiento a la intervención del Ministerio Público, este órgano no “participa” en los procesos cautelares, pues su intervención tiene lugar como tercero interesado que no es parte en el proceso, pero que por mandato del artículo 159.º de la Constitución tiene que garantizar la correcta actuación de la función jurisdiccional y representa en juicio a la sociedad.

- Con respecto al hecho de que la apelación sea concedida con efecto suspensivo, si en los procesos principales se debe respetar 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. Más aún, en un contexto como el peruano en el que el litigante “no se caracteriza precisamente por una actuación de buena fe”. Es por ello que la suspensión del auto que concede la medida cautelar tiene como propósito salvaguardar la ponderación, ya que se correría el riesgo de utilizar las medidas cautelares en contra de los gobiernos locales y regionales como medios de presión frente a autoridades que sólo han actuado de modo regular y correcto, evitándose la interposición de medidas sin correlato con la realidad jurídico-material o, en el peor de los casos, en la concesión por parte de la autoridad judicial de medidas inadecuadas e irreversibles.
- 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 de un hecho práctico de que, tanto los gobiernos locales como los 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 –o desde que estaba en vigor la Ley N.º 23506– sólo han servido para enervar el principio de autoridad. Así, la finalidad de la norma cuestionada, se encuentra constituida por el respeto del principio de autoridad, el que se traduce en el acatamiento de las normas que emiten los gobiernos locales y regionales (artículo 38.º de la Constitución). En suma, las medidas cautelares del Código Procesal Constitucional, en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, no vulnera el principio de igualdad al resistir con suficiencia el test de razonabilidad.
- No es válido el argumento de que el procedimiento cautelar diseñado para municipalidades y gobiernos regionales desgasta indebidamente los recursos del Poder Judicial, pues este argumento no tiene una naturaleza jurídica y menos constitucional, siendo un problema que le compete a la ciencia administrativa y a los funcionarios del Poder Judicial que se desempeñan en las labores de gestión eficaz de los despachos.
- 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.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.), debe centrarse en los siguientes temas:

1. Determinar cuáles son los cambios derivados en el régimen legal aplicable al proceso de amparo a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional:
 - 1.1. ¿Cuál es la nueva configuración del proceso en el Estado Democrático y Social de Derecho?
 - 1.2. ¿Cómo se establecen la naturaleza y los fines de los procesos constitucionales?
 - 1.3. ¿Cuál es la función constitucional del proceso de amparo?
 - 1.4. ¿Cuál es la configuración legislativa del proceso de amparo?
 - 1.5. ¿Cuáles son los cambios en el régimen procesal de la medida cautelar en el proceso de amparo?
2. Si el procedimiento cautelar aplicable al caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, que presenta como características: a) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; b) la intervención del Ministerio Público; c) la posibilidad de solicitar informe oral; d) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, y e) que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. En tal sentido, los problemas jurídicos que se plantean pueden ser expresados del siguiente modo:
 - 2.1. ¿Cuál es la relación existente entre la efectividad procesal y el proceso de amparo?
 - 2.2. Determinar si el procedimiento cautelar cuestionado supone una afectación del derecho al libre acceso a la jurisdicción
3. Analizar la naturaleza de la tutela cautelar como garantía del derecho al debido proceso; para tales efectos corresponderá analizar:
 - 3.1. ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso?
 - 3.2. ¿Cuál es la función constitucional de la tutela cautelar? ¿Cuáles son los deberes que impone al juez constitucional y a los justiciables?
 - 3.3. ¿La tutela cautelar se encuentra incorporada como contenido implícito del derecho al debido proceso?
 - 3.4. ¿Cuáles son los presupuestos de la medida cautelar?
 - 3.5. Análisis de constitucionalidad del procedimiento cautelar cuestionado
4. Evaluar si, en comparación con el procedimiento cautelar general establecido en el CPConst., el procedimiento cautelar especial contenido en el mismo cuerpo normativo vulnera el derecho a la de igualdad de quienes demandan en este último procedimiento; en tal sentido corresponderá responder a las siguientes interrogantes:

- 4.1. ¿De qué forma el principio-derecho de igualdad vincula al legislador?
- 4.2. Establecer el contenido de la igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”
- 4.3. ¿Cuál es la vinculación entre el juicio de igualdad “en la ley” y el principio de proporcionalidad?
- 4.4. ¿Cuál es la incidencia del *test de igualdad* aplicado a las disposiciones cuestionadas?

VI. FUNDAMENTOS

A) El Código Procesal Constitucional y el cambio en el régimen legal del proceso de amparo

§1. La nueva configuración del proceso en el Estado Democrático y Social de Derecho

1. La Constitución es la norma jurídico-política suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto manifestación jurídica del principio político de soberanía popular, sirva para la tutela de los derechos fundamentales y el respeto del ordenamiento jurídico de la nación.

De un lado, como norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo constituido por valores, principios y derechos fundamentales capaz de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.

De otro, como norma política, su validez y eficacia está condicionada a servir al fortalecimiento del régimen democrático y a la adecuación de las normas que contiene a contextos sociales determinados, lo que impone a este Colegiado no reducir sus competencias únicamente a un mero examen formal de la ley, sino orientarlas a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales, resolviendo los procesos constitucionales sin desconocer las cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

2. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas:

“(…) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”¹.

¹ STC 5854-2005-PA, FJ 3

3. Dentro de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, el proceso en general tiene una configuración diferente en el Estado Constitucional de Derecho, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, entre las que destacan: los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139.13), el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139.14), el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139.15), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y, para todos, en los casos que la ley señala (artículo 139.16), el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (artículo 139.20); el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103), el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2.24.e), entre otras.
4. Más allá de estas garantías procesales, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones, ha identificado otras garantías de naturaleza procesal; así por ejemplo, el derecho a un juez independiente e imparcial², el derecho al libre acceso a la jurisdicción³, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva⁴, el derecho a la prueba⁵, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas⁶, el principio *non bis in ídem*⁷, el principio de igualdad procesal de las partes⁸, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales⁹, entre otras garantías.

² STC 0023-2003-AI, FJ 34.

³ STC 1003-1998-AA, FJ 3.C. y STC 05374-2005-AA, FJ 6.

⁴ STC 2915-2004-HC, FJ 5.

⁵ STC 1934-2003-HC, FJ 1 y ss. y STC 1808-2003-HC, FJ 2.

⁶ STC 4124-2004-HC, FJ 8 y STC 0549-2004-HC, FJ 3.

⁷ STC 0729-2003-HC, FJ 2 y STC 2050-2002-AA, FJ 18 ss.

⁸ STC 2028-2004-HC, FJ 5.

⁹ STC 1042-2002-AA, FJ 2.3.1, STC 1546-2002-AA, FJ 2 ss. y STC 0015-2001-AI (acumulados), FJ 6 ss.

5. La existencia de este amplio conjunto de garantías procesales, que en todo caso deben ser respetadas por el legislador, configura de manera especial el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para regular el proceso. Las actuales Constituciones contienen disposiciones que evidencian un notable interés por las condiciones de realización de la justicia, un interés en cómo está disciplinada. De allí, el mandato de garantizar la independencia de los jueces, el libre acceso a la jurisdicción o los comportamientos, sin menoscabo del normal desarrollo de la función gubernamental.
6. Y es que las garantías razonables de un proceso debido se constituyen en mandatos que buscan superar una concepción tradicional del proceso, de modo tal que éste pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de los gobiernos descentralizados –local y regional-. Ello, incluso, ha originado una nueva configuración de determinadas instituciones procesales como aquel de la acción existente para acudir a un órgano jurisdiccional en busca de tutela, sin abuso del derecho. La investigación comparatística, en base al análisis de la experiencia constitucional estadounidense del *due process*, destaca la imposibilidad de configurar una dimensión puramente “procesal” de la acción, por ello se ha destacado que la cláusula del debido proceso -*due process clause*- es susceptible de violación no sólo cuando sean “irrazonables” las modalidades técnicas de ejercicio de los poderes procesales, sino también en los casos en los que la configuración misma de los derechos sustantivos - *substantive rights*-, en la incidencia sobre la posibilidad de probar su existencia en juicio, sea tal que perjudique la tutela, condicionando “irrazonablemente” el éxito del proceso. De allí que resulte razonable poder regular de manera especial el procedimiento cautelar frente a los actos legítimos de las autoridades locales y regionales.
7. De todo ello se desprende que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución se encuentra orientada a una protección procesal de los derechos fundamentales, lo que supone una teoría constitucional procesal, como primer paso para concretizar el contenido material de la Constitución, a través de la afirmación de un *contenido procesal autónomo de los derechos fundamentales (status activus processualis)*, que permite asegurar al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de la justicia constitucional para un ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales sobre la base de una autonomía procesal, constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Por ello, seguidamente se analizarán las características que identifican a los procesos constitucionales encargados de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en especial el proceso de amparo, de modo tal que se pueda verificar cuáles son los ámbitos que debe observar el legislador al momento de regular estos procesos.

§2. Naturaleza y fines de los procesos constitucionales

8. Los “derechos fundamentales” y los “procesos para su protección” se han instituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían “realizarse” en la medida en que cuenten con mecanismos “rápidos”, “adecuados” y “eficaces” para su protección. Así, a los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.

Así, los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se constituyen en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y en el instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales.

9. De allí que la Constitución de 1993 ha establecido en el Título V denominado *Garantías Constitucionales*, un conjunto de disposiciones que regulan, entre otras previsiones, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, constituyendo una *tutela especializada* -a cargo de jueces constitucionales- distinta a aquella *tutela común* -a cargo de jueces ordinarios-. Asimismo, tal reconocimiento se deriva también de lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25.1¹⁰), así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3.a), al permitir la interposición de un recurso «efectivo» contra las violaciones de los derechos fundamentales.
10. La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) *Por sus fines*, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) *Por el rol del juez*, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) *Por los principios orientadores*, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) *Por su naturaleza*, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia.

¹⁰ Disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención [CIDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrafo 32]

11. De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución¹¹. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.
12. Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional. Todo lo cual nos permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.

§3. El caso del proceso de amparo

13. El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.
14. En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, “la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es *una* faceta del recurso de amparo. Este tiene una *doble función*, junto a la

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. «¿Derecho procesal constitucional?». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º IV, Lima, 2001. pp. 409 y 415.

subjetiva, otra objetiva: `asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación ¡y perfeccionamiento! ”¹².

En tanto proceso fundamentalmente *subjetivo*, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo. Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales.

15. De allí, que debemos discutir las afirmaciones de los demandantes, de reducir el proceso de amparo a su identificación única y exclusivamente como un recurso rápido, idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, en el marco del principio de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. Pues, el amparo no sólo busca satisfacer las exigencias de una justicia celeré en la satisfacción de las pretensiones subjetivas; sino que está orientado a resolver la tensión individuo-comunidad en el sentido de una “conexión y vinculación de la persona a la comunidad”¹³. Y es que el ciudadano que defiende sus derechos fundamentales echa a andar una actividad judicial que, al mismo tiempo, sirve a la defensa objetiva de la Constitución y contribuye a su interpretación y desarrollo¹⁴.

16. Así, en el presente caso, para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los procesos constitucionales, especialmente del amparo, que se funda no sólo en la idea de “eficacia” en sí y para sí, sino también en el de la eficacia normativa de toda la Constitución.

17. El proceso de amparo, si bien mantiene supletoriamente alguna conexión con el sentido civilista de proceso, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean subordinadas al Derecho Procesal Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, que impone a este Colegiado examinar los derechos fundamentales en armonía con los valores y bienes constitucionales objetivos -tales como, en este caso, las normas que desarrollan y proyectan el desarrollo progresivo del proceso de

¹² HÄBERLE, Peter. «El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional». En Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 257.

¹³ Ibidem, p. 256.

¹⁴ LIMBACH, Jutta. «Función y significado del recurso constitucional en Alemania». En *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 3, julio-diciembre, México, 2000, p. 71.

descentralización y el ejercicio de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales (Capítulo XIV de la Constitución)-, de no ser así sino pasarían a ser meros enunciados retóricos, carentes de valor normativo.

En suma, atendiendo a la naturaleza y fines del proceso de amparo, la teoría constitucional procesal construida por la doctrina y la jurisprudencia de este Colegiado adquiere especial relevancia, en tanto implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales, obligando a efectuar una lectura iuspublicista de este proceso constitucional, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos. Lo que determina, como bien aprecia Pedro de Vega, que “so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles”¹⁵.

18. En consecuencia, la interpretación e integración de las normas procesales aplicables al proceso de amparo, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirven los procesos constitucionales –la Constitución-, debe realizarse atendiendo a la autonomía y supremacía que este representa respecto al resto del ordenamiento jurídico fundado en la legalidad. Por tal razón, “esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermeneútica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución*”¹⁶.

En efecto, la incorporación del proceso de amparo al orden público constitucional supone una forma específica dirigida primordialmente a excluirlo del tráfico *iure privato*, sin que ello suponga desconocer la aplicación supletoria de determinadas categorías, en virtud del mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dice: “En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”.

De acuerdo con esta disposición, “la integración del CPConst., a través de la *aplicación analógica* del resto de regulaciones procesales ordinarias afines, está siempre condicionada a su compatibilidad o adecuación a los mencionados fines y, además, a que los concrete y *optimice* (“ayuden a su *mejor* desarrollo”). Por consiguiente, se

¹⁵ DE VEGA, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.

¹⁶ Resolución Exps. N.os 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 15.

trata de condiciones concurrentes; no es suficiente la compatibilidad con el fin, sino también que ello suponga su optimización. Según esto, aun cuando determinada regulación procesal diera lugar a una aplicación analógica, ello debe entenderse sólo como una posibilidad *prima facie*, sujeta siempre a las condiciones antes mencionadas¹⁷.

§4. La configuración constitucional y legal del proceso de amparo: el Código Procesal Constitucional

19. Precisamente, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 200.º de la Constitución, según el cual “Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías”, el legislador expidió la Ley N.º 28237, denominado Código Procesal Constitucional, que entró en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2004.

De este modo, se diseñó un cuerpo normativo orgánico que unificó y sistematizó los procesos constitucionales, dotándolos de principios generales y mecanismos que tienen por finalidad, tal como lo señala el artículo II de su Título Preliminar, “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

20. Determinar los límites de la libertad de configuración legislativa exige atender la compleja relación que existe entre Constitución y ley, es decir, en qué medida, por ejemplo, la libertad que tiene el legislador para establecer límites a derechos fundamentales, como el debido proceso, no se constituye en una libertad absoluta, sino en una libertad limitada, a su vez, por la propia Norma Fundamental.

Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, en la primera el legislador no es mero ejecutor de la Constitución sino el órgano que en base a los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no sólo desarrollando la Norma Fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas - como es el caso de la regulación de la concesión de medidas cautelares en los procesos contra los gobiernos descentralizados-.

1. No obstante, esta libertad en la configuración de la ley, en cuanto a la organización de los procesos constitucionales, no implica en modo alguno su desvinculación de los valores y principios de la Constitución.

Así, el legislador, al regular el proceso de amparo, no puede vulnerar el principio de igualdad creando diferencias que resulten desproporcionadas o irrazonables respecto del bien jurídico que se pretende proteger. De igual modo, no puede vulnerar el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional ni las garantías procesales constitucionales (derechos fundamentales y principios de naturaleza procesal), estableciendo reglas

¹⁷ Resolución Exps. N.os 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 16.

innecesarias y procedimientos que resultan ineficaces en cuanto al resultado que se pretende obtener.

Ello tiene implicancias en el presente proceso; en consecuencia, la regulación de la medida cautelar también está sujeta a una regulación que no devenga en desproporcionada e irrazonable con el fin que se pretende obtener.

§5. Los cambios en el régimen procesal de la medida cautelar en el proceso de amparo

2. En los debates previos a la expedición del CPConst., respecto de la medida cautelar, se sostuvo que “El importante desarrollo que ha tenido el tema cautelar en sede nacional, algunas veces positivo y muchas otras pernicioso, ha exigido a la Comisión un cuidado especial en su regulación. (...) las medidas cautelares se mueven en nuestro sistema judicial entre Escilas y Caribdis, es decir, entre peñascos y tormentas y, además, entre su trascendente necesidad y su cotidiano abuso. Sin embargo, es necesario regularlas más allá del temor y de la temeridad, por eso la Comisión opta por su ejecución inmediata –como enseña unánimemente la doctrina–, aplazando el contradictorio y la posibilidad de impugnarla”¹⁸.
3. De este modo, el artículo 15.º del CPConst., que contiene cinco párrafos, estableció en los dos primeros que “Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y 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”, y “El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma”.
4. Tal como se aprecia, los aludidos párrafos establecen, entre otras previsiones, las características esenciales de toda medida cautelar, como son el *fumus boni iuris* (apariencia del derecho), el *periculum in mora* (peligro en la demora), así como la adecuación (uso de medida adecuada a los fines perseguidos). Asimismo, se exige que a) una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta sin conocimiento de la parte demandada; b) de apelarse la decisión adoptada en primera instancia, ésta sólo será concedida sin que se suspendan sus efectos, y c) en el momento de concederse la medida cautelar, el juzgador deberá tener en consideración que ésta es irreversible.
5. Sin embargo, en los párrafos tercero y cuarto del referido artículo 15.º se establece que “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

¹⁸ Exposición de motivos de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso contenida en el Proyecto de Ley N.º 09371.

regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente”, y que “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. (...) 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”.

6. Este procedimiento cautelar especial creado por el Legislador para el caso de los gobiernos locales y regionales se diferencia del procedimiento cautelar “general” por las siguientes características:
 - a) Una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta con conocimiento de la parte demandada.
 - b) Es posible solicitar informe oral.
 - c) De apelarse la decisión adoptada en primera instancia ésta sólo será concedida suspendiéndose sus efectos.
 - d) Intervención del Ministerio Público.
 - e) En primera instancia es de conocimiento de una sala superior y, en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia.
7. Como se aprecia, el legislador ha creado dos procedimientos cautelares diferentes. Un procedimiento especial para el caso de los gobiernos locales y regionales y otro general para los demás casos. Ello, en principio, es constitucional, en la medida que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”, según lo dispone el artículo 103.º de la Constitución.

En consecuencia, corresponde ingresar al examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, debiendo analizarse en primer lugar si éstas vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela cautelar, como contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, para luego analizar si las disposiciones cuestionadas vulneran el principio-derecho de igualdad.

***B) La efectividad del debido proceso y la tutela jurisdiccional
en el proceso de amparo***

§6. La efectividad en el proceso de amparo

28. El debido proceso y la tutela jurisdiccional que es ejercida en los procesos constitucionales, para ser considerada como tal, debe ser efectiva, desde el inicio de un proceso hasta el cumplimiento de lo decidido por la autoridad judicial, pues, no tendría ningún sentido la existencia de un sistema de administración de justicia si la tutela que éste debería brindar no pudiera ser real y verdadera.

Precisamente, la necesidad de entender que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo, se encuentra esencialmente referido a los procesos constitucionales de la libertad¹⁹.

Esta efectividad en los procesos constitucionales no se satisface con la existencia formal de los recursos, sino que debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos fundamentales. Así, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”²⁰.

29. En referencia al proceso de amparo, el elemento de efectividad que caracteriza al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, *prima facie*, debe ser observado bajo un principio de oportunidad, en cada una de las etapas del proceso y en la realización de todo acto procesal, inclusive, claro está, procedimientos como el cautelar.

En suma, la efectividad de la tutela atraviesa, *prima facie*, todos los contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional y se constituye en uno de sus elementos indispensables, no sólo en lo que se refiere al proceso de amparo, sino subsidiariamente en el procedimiento cautelar, dado su carácter instrumental en la consecución de una resolución que realice los fines comunes a todos los procesos constitucionales: proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía jurídica de la Constitución.

30. Por ello, sería inconducente interpretar la efectividad en un sentido absoluto, en perjuicio de un proceso constitucionalmente justo. Como todo derecho, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva es uno que puede ser limitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos,

¹⁹ STC 0015-2001-AI (acumulados), FJ 10.

²⁰ CIDH. *Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 77.

principios o valores a los que la Constitución también concede protección –tales como, la ejecución de las resoluciones judiciales firmes²¹ o la gobernabilidad en sus distintos niveles de organización del Estado descentralizado, entre otros-.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

Pues, tal como ha sido establecido *supra*, el proceso de amparo debe ser leído como una garantía iuspublicista que debe satisfacer las legítimas pretensiones subjetivas pero en consonancia con otros bienes que integran el orden público constitucional. Siendo que la efectividad querida por la Constitución es aquella que es capaz de realizar y optimizar de mejor manera la dimensión subjetiva y objetiva que confluyen en el proceso de amparo; y en el caso específico del procedimiento cautelar especial cuestionado, supone puedan armonizarse la actuación gubernamental legítima de los gobiernos locales y regionales con la tutela de urgencia del proceso de amparo.

31. En consecuencia, la efectividad que se busca garantizar, si en el procedimiento cautelar en el ámbito jurisdiccional civil está orientada a la anticipación provisional de la pretensión interpuesta por el actor; la situación no es la misma en el proceso de amparo, donde la medida cautelar no pasa de ser una medida provisional de conservación de un derecho fundamental²². En este sentido se debe sostener que la medida cautelar no puede anticipar lo que es el contenido de la pretensión de amparo, sino la verosimilitud de la afectación de un derecho; de lo contrario la medida cautelar excedería la finalidad perseguida por el artículo 15 del CPConst.

Por ejemplo, si se accediese a otorgar la suspensión pedida mediante medida cautelar, que suponga dejar sin efecto unas diligencias de investigación realizadas en el marco de un proceso civil, cuya irregularidad es precisamente lo que el actor somete a la decisión del Tribunal Constitucional. En este caso, la adopción de la medida cautelar bloquearía toda la actividad emprendida de oficio por el Juez y se confundiría con el objeto del presente proceso, de tal manera que el pronunciamiento supondría otorgamiento anticipado del amparo. Además, la suspensión que se pide, aunque instalada respecto de determinadas resoluciones, supondría la real paralización del proceso en curso²³.

²¹ Así, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que “tratándose de resoluciones judiciales, el criterio general es el de la no suspensión, habida cuenta del interés general que se desprende de su ejecución (AATC 125/1989, 306/1991, 214/1995)

²² MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 416.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 336/1992, de 16 de noviembre, FJ 3.

§7. El procedimiento cautelar cuestionado y el derecho al libre acceso a la jurisdicción

32. Seguidamente, se debe verificar si los párrafos del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, que establecen un procedimiento cautelar especial, vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción.

En primer término, cabe mencionar que la demandante ha sostenido que “el procedimiento cautelar diseñado para municipalidades y gobiernos regionales desgasta indebidamente los recursos disponibles al interior del Poder Judicial, pues el ‘abrumado’ aparato administrativo de dicho Poder del Estado deberá movilizar expedientes cautelares de cada una de las salas superiores de las 28 Cortes a nivel nacional”; por ello “disuade fuertemente el acceso a la justicia, toda vez que el tránsito hasta la capital de la República incrementa notoriamente el esfuerzo, el tiempo y el costo para ver satisfecho el interés cautelar”.

De lo expuesto se desprende que el cuestionamiento de la demandante, respecto del derecho de libre acceso a la jurisdicción, está referido principalmente al extremo que establece que la medida cautelar en el caso de actos de gobiernos locales y regionales, en primera instancia, es de conocimiento de una sala superior y en segunda instancia, de la Corte Suprema de Justicia.

33. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República sostuvo que “El proceso cautelar y su procedimiento no son únicos. Y si las pruebas y los elementos que le sirven de soporte para dictar la providencia y conceder la medida 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. Por último, las supuestas deficiencias técnicas de la medida cautelar *sub júdice*, en la hipótesis negada que así lo fuese, no necesariamente convierten su tramitación en una inconstitucionalidad”.

34. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración el contenido constitucionalmente protegido del derecho al libre acceso a la jurisdicción, estima, en primer lugar, que el extremo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, que establece que la solicitud de medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales es conocida en primera instancia por una Sala Superior y en segunda instancia por la Corte Suprema, no es inconstitucional.

Por cuanto la Constitución no ampara el abuso de derecho (artículo 103.º de la Constitución), para este Colegiado, el procedimiento cautelar especial establece requisitos *razonables* para acceder a la tutela jurisdiccional, que se constituyen en la alternativa *necesaria* para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido cautelar sin menoscabo de bienes constitucionales protegidos como la gobernabilidad; asimismo, *proporcional*, por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento.

35. En efecto, el principio de proporcionalidad contiene criterios que permiten medir la legitimidad de una medida legislativa que interviene en los derechos fundamentales: a) idoneidad de la medida para conseguir un fin legítimo; b) necesidad o indispensabilidad de la misma, y c) proporcionalidad en sentido estricto, en el que se verifica si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar relacionada con la ponderación de intereses según las circunstancias del caso.

En el presente caso, que supone analizar la constitucionalidad del procedimiento especial -conocimiento en primera instancia por una Sala Superior y en segunda instancia por la Corte Suprema- dado al pedido cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, recurriremos a la utilización del *test* de razonabilidad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en el párrafo precedente:

- a) *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*: Dicho procedimiento especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo, la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
 - b) *Subprincipio de necesidad*: También lo es que constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto.
 - c) *Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*: Se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificultan la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.
36. Por ello, es que mediante este pronunciamiento afirmamos la plena validez constitucional de la medida legislativa cuestionada. Esto no atenta contra el derecho al libre acceso a la jurisdicción ni contra la tutela jurisdiccional efectiva, sino que desarrolla el principio-derecho, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta separación de los jueces que conocen el procedimiento cautelar y el proceso principal, sólo pretende 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.

37. Respecto del argumento del apoderado del Congreso en el que se hace referencia a cierto nivel de independencia que posee el procedimiento cautelar respecto del proceso

principal, es necesario precisar que de ningún modo puede interpretarse tal independencia como una de carácter *teleológico*, sino únicamente de carácter *funcional*. Es decir, tanto el procedimiento cautelar como el proceso principal son dependientes uno del otro básicamente porque el primero configura provisionalmente el principal, que en suma persiguen los mismos fines, establecidos en el artículo II del Título Preliminar del CPConst., cuales son garantizar la primacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. Así, el proceso tiene por finalidad solucionar un conflicto jurídico o despejar una incertidumbre de naturaleza también jurídica, para lo cual el procedimiento cautelar garantiza la efectividad sustantiva y adjetiva del precitado proceso.

38. CALAMANDREI ha sostenido que “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”²⁴.

Mutatis mutandi se podría señalar que en los procesos constitucionales los fines esenciales de los mismos, en tanto fines sustantivos y adjetivos, también son atribuibles al procedimiento cautelar, para que éste no termine por desnaturalizarlos; sino, por el contrario, haga eficaz la justicia constitucional.

39. Es por ello que el legislador al configurar libremente el procedimiento cautelar especial cuestionado, la ha ejercido limitadamente, respetando no sólo los derechos fundamentales, dentro de los que destacan el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; sino también la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. Por ello, el legislador no puede limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, creando un procedimiento cautelar único que desconozca la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e irrevisables.

Ello es así, porque cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía, en el triple sentido (política, económica y administrativa) que ha sido reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188.º, 19.º y 194.º de la Constitución. En tal sentido, en el otorgamiento de medidas cautelares se debe tener presente la capacidad que tiene la municipalidad para el análisis de las libertades económicas demandadas (v. gr. de empresa), según el marco de las competencias que fluyen de la autonomía asignada.

De allí que este Colegiado reconoce plena validez a las actuaciones realizadas por los gobiernos regionales y municipalidades en el marco de sus atribuciones, por ser de su

²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45.

competencia, siempre que no violen los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

40. Finalmente, el Tribunal Constitucional estima que por idénticas razones a las expresadas en los párrafos precedentes son constitucionales los extremos del artículo 15.º 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, en el caso del pedido de medida cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, por no suponer una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción.

Asimismo, dada la íntima relación existente entre el concepto de razonabilidad –aquí empleado para verificar la constitucionalidad de la protección de bienes y derechos ciudadanos– y los conceptos de igualdad y no discriminación, este tema será abordado ampliamente cuando se examine si el procedimiento cautelar cuestionado vulnera el principio de igualdad.

C) El derecho al debido proceso y la tutela cautelar

§8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso

41. Este derecho se encuentra contenido en el artículo 139.º inciso 3) de la Constitución, en cuanto establece que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.
42. Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un *contenido complejo* (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139.º, el segundo párrafo del artículo 103.º u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio–derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3.º de la Constitución).
43. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo

órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros).

44. El contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, establecidos en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución, no puede ser identificado correctamente si tales derechos no son interpretados sistemáticamente con disposiciones constitucionales, tanto subjetivas como objetivas.

En relación con los bienes subjetivos, cabe mencionar el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1.º), el principio del Estado democrático y social de derecho (artículo 43.º), la protección jurisdiccional de los derechos (artículo 200.º), y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (Cuarta Disposición Final y Transitoria), entre otros.

En cuanto a los bienes objetivos, tenemos los deberes de todos los peruanos (artículo 38º), los deberes primordiales del Estado (artículo 44.º), el principio político de soberanía popular (artículo 45.º), el principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51.º), los principios constitucionales del proceso de descentralización (artículo 188.º), por señalar los principales.

45. Asimismo, la determinación de tal contenido debe tener en consideración, además, la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por el Estado peruano.
46. De otro lado, es necesario precisar que la delimitación del contenido de los referidos derechos no puede prescindir de las circunstancias de hecho que rodean cada caso concreto. En efecto, si bien es cierto que el análisis armónico y sistemático de las disposiciones constitucionales, así como la revisión de la jurisprudencia nos van a proporcionar un concepto del derecho fundamental del que se trate, este análisis se encontrará incompleto si es que se prescinde de los hechos que caracterizan cada caso y lo distinguen de otros, pues el contenido de todo derecho fundamental no es posible determinarlo en forma general o abstracta –de modo que pueda tener validez para todos los casos, al igual que sucede con las fórmulas matemáticas–, sino que deberá fijarse a la luz de cada caso, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que rodean el mismo.
47. Dentro de las características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes:
 - a) *Es un derecho de efectividad inmediata.* Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que

su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”²⁵.

- b) *Es un derecho de configuración legal.* En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales²⁶.

- c) *Es un derecho de contenido complejo.* No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales.

48. Luego de haber precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, podemos establecer, recogiendo jurisprudencia precedente, que este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

²⁵ STC 1417-2005-AA, FJ 10.

²⁶ STC 1417-2005-AA, FJ 12.

De allí que, conviene ahora analizar con mayor detalle el acceso a la tutela cautelar en los procesos constitucionales, toda vez que podría constituirse en uno de los componentes del aludido derecho, alegado como vulnerado por el demandante.

§9. La función constitucional de la tutela cautelar y los deberes que ella impone

49. Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. 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 artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. 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 la decisión adoptada por ésta.
38. De lo cual se desprende que la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para eficacia del derecho.

Así, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de amparo. Es por eso que el profesor CALAMANDREI las configura como instrumentos del instrumento²⁷

39. En suma, afirmada la función constitucional de la medida cautelar, este Colegiado considera necesario acotar que, si bien no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la concesión de la medida cautelar pueda reputarse irrazonable, es necesario que los jueces que conozcan de ellas se ajusten a los plazos y a las actuaciones previstas en el artículo 15 del CPConst. Así, 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. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, en el marco de procesos de tutela de urgencia, se convertiría en un instrumento inoperante, resquebrajando la capacidad de respuesta de la jurisdicción constitucional frente a los actos violatorios de derechos fundamentales que provienen de las autoridades públicas, y mellando el propio principio-derecho de dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 419.

43. 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. Es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé –como la medida cautelar–, y el uso abusivo de este derecho (artículo 103.º de la Constitución), signo inequívoco de mala fe y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional.

De allí que la práctica del derecho no debe estar orientada intencionalmente pedidos de medidas que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado trámite en la búsqueda de la verdad constitucional (de carácter material), que es inherente a todo proceso constitucional. Es pertinente tener presente que si bien toda parte actora goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino de la jurisdicción constitucional en la realización de los fines que le son propios.

En ese sentido, al pedirse una medida cautelar, no podrán alegarse hechos contrarios a la realidad, para fines claramente ilegales o con propósitos fraudulentos, porque ello resulta ser expresión de deslealtad constitucional, que termina por afectar el “programa” constitucional que ha de ser respetado y realizado no sólo por los funcionarios públicos de los gobiernos regionales y locales, sino también por los particulares (artículo 38.º de la Constitución).

§10. La tutela cautelar como contenido implícito del derecho al debido proceso

44. Son dos, entre otros, los órganos que desempeñan una labor de primer orden en cuanto al adecuado funcionamiento de tutela cautelar como mecanismo que busca garantizar el derecho al debido proceso.

De un lado, el legislador, por cuanto en su labor de configuración del procedimiento cautelar no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y, consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales.

De otro, la labor de los jueces, ya sean ordinarios o constitucionales, toda vez que en el otorgamiento o mantenimiento de las medidas cautelares deben proceder con absoluta prudencia. Y de manera especial, el juez constitucional en los procesos de amparo, dada su trascendencia, debe concederlas compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita una medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar

si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales, tales como los tutelados por los gobiernos locales y regionales –v.gr. protección de niños y adolescentes, salud pública, protección del medio ambiente, seguridad pública, educación, vivienda, saneamiento, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte–.

45. Los derechos de la parte demandada deben ser tomados en consideración. Si bien se puede afirmar con ZAGREBELSKY que hoy en día existe una tendencia generalizada a habilitar “una «justicia provisional» inmediata y rápida, dejando la «justicia definitiva» remitida, ya sin grave daño, y sólo en los casos en que pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos”²⁸, tal tendencia no puede implicar el *sacrificio* de la gobernabilidad regional y local que ha establecido reglas y disposiciones en aras del cuidado del bienestar, seguridad y salud ciudadana, que podría ponerse de lado si no existiera una medida cautelar diferente. Máxime si la Constitución permite que se expidan leyes especiales por la naturaleza de las cosas, mas no por la diferenciación de las personas (artículo 103 de la Constitución).
46. Asimismo, es necesario precisar que el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar no implica el derecho a que, en todos los casos en que se solicite una medida cautelar, ésta tenga que ser aceptada o concedida. Es la respectiva autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, por lo que todo juez está facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso.
47. Así también es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una *tutela de urgencia*, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas.
48. Finalmente, es preciso reconocer que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia.

En primer término, la consideración de las leyes como expresión de la voluntad popular otorga a éstas una legitimación democrática directa que no poseen el resto de disposiciones²⁹.

²⁸ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 1992, p. 272.

²⁹ VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1993, p. 106.

En segundo lugar, la existencia de razones de orden práctico, según las cuales “la eficacia *erga omnes* que la suspensión tendría como lógica consecuencia del control concentrado de inconstitucionalidad comprometería en gran medida la certeza de las relaciones jurídicas, al afectar con carácter general tanto a los procesos en curso como a las relaciones jurídicas pendientes”³⁰.

§11. Presupuestos de la medida cautelar

49. Habiendo establecido que la función constitucional de la medida cautelar está determinada para servir en la realización de los fines de los procesos constitucionales (artículo II CPConst.), de ahí su carácter eminentemente instrumental e interdependiente de estos, corresponde ahora verificar cuáles son los presupuestos que caracterizan a toda medida cautelar; es decir, aquellos elementos fundamentales de los cuales depende la posibilidad misma de que se decrete alguna medida.
50. Desde la Teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (*fumus boni iuris*), mediante una medida idónea (*adecuación*), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (*periculum in mora*).
51. Sin embargo, el desarrollo civilista realizado de la tutela cautelar debe ser leído desde la Constitución, de lo contrario estaríamos ante una medida cautelar vacía de contenido constitucional sustantivo, propia de un modelo de Estado de Derecho formalista y ritualista, donde el legislador regulaba los procesos de forma abstracta, avalorativa y neutral frente a la Constitución. Sin embargo, en el Estado Democrático y Social de Derecho, la Constitución, y no la ley, es la fuente del derecho; pero no cualquier noción de Constitución –normativa, avalorativa y formal–, sino una Constitución que adquiere fuerza normativa en el cumplimiento de los fines y deberes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, sobre la base del respeto de la persona humana.

En consecuencia, la medida cautelar es un instituto procesal, pero al igual que existen procedimientos especiales, también resulta legítimo que se diferencie por la naturaleza de los bienes a cautelar.

52. De allí que podamos establecer que en cuanto a los *presupuestos* que debe contener toda medida cautelar dictada en un proceso constitucional, destacan, *prima facie*:
 - a) El *fumus boni iuris*. Según este presupuesto, si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga como presupuesto “la apariencia de buen derecho constitucional”, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino

³⁰ SICA, M. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1991. En: VECINA CIFUENTES, Javier...*Op.cit.*, p. 107.

a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar.

Lo que constituye un análisis distinto a la probanza de la existencia del derecho alegado por el actor, dado que la titularidad de los derechos fundamentales recae en toda persona humana, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I, Título I, de la Constitución. De lo cual se deriva una importante consecuencia procesal; que “La apariencia de buen derecho es algo que, en principio, podría deducirse del hecho mismo de haber sido admitida a trámite la demanda, pues al tiempo de dictar la resolución en que así se acuerda siempre se realiza un análisis de su contenido constitucional y, por ende, de su potencial viabilidad. Pero junto a esa inicial apariencia de buen derecho, lo esencial es la justificación del peligro que representa el perjuicio que, de no acordarse la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada en amparo, se ocasionaría al demandante”³¹.

- b) El *periculum in mora*. Este presupuesto se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso³².

Al respecto, CALAMANDREI ha sostenido la existencia de dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal:

Algunas de las providencias cautelares (...) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables (...). En cambio en otros casos (...) la providencia interina trata de *acelerar* en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria *cae directamente sobre la relación sustancial controvertida* (...).³³

³¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 423.

³² VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares... Op. cit.*, p. 179.

³³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 71 y ss.

Si bien la carga de la prueba, recae en el demandante, es necesario matizar esta afirmación a nivel de los procesos constitucionales, pues “de lo que se trata es de que se acredite, al menos, un principio razonable de prueba al respecto. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida, ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables”³⁴.

Y en este punto cabe destacar los límites al perjuicio del demandante de amparo, reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada:

Primero. Que de la suspensión se siga una perturbación grave de los intereses generales y de los bienes constitucionales de carácter objetivo, como lo constituye la gobernabilidad y el afianzamiento de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Segundo. Que produzca una perturbación grave de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros.

- c) *Adecuación.* Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue.

53 Teniendo en cuenta, como ya se ha mencionado, que no sólo la efectividad, sino también garantizar los bienes constitucionales son exigibles en todos los contenidos del debido proceso, incluida la tutela cautelar, toca ahora analizar la constitucionalidad de los extremos cuestionados.

§12. Análisis de constitucionalidad del procedimiento cautelar cuestionado

54. Como se recuerda, los extremos cuestionados del procedimiento cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales son los siguientes: a) la intervención del Ministerio Público; b) la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo; d) que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema; y e) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada.

55. Previamente, cabe mencionar que en el presente caso no se discute la existencia de medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento, pues queda claro que ya existen; sino, antes bien, si los mencionados extremos del procedimiento cautelar creado por el legislador imposibilitan la realización de bienes constitucionales, a través de la medida cautelar en contra de los actos administrativos de los gobiernos

³⁴ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 426.

locales y regionales, y si, consecuentemente, vulneran tanto el derecho al debido proceso como la supremacía constitucional.

56. La demandante refiere que los mencionados extremos del procedimiento cautelar creado contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares. A juicio de la accionante, un procedimiento cautelar que se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia– y que es resuelto en segundo grado por la Corte Suprema –cuando el principal jamás lo conocerá–, que puede ser apelado con efecto suspensivo –es decir, así se conceda la medida no se ejecutará de inmediato–, no asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal. A ello, agrega que la fijación inexplicable de plazos de actuación (contradictorio previo, intervención del Ministerio Público e Informe oral) es absolutamente contrarias a la urgencia de la ejecución de la medida.
57. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República ha argumentado que en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales el legislador ha regulado un procedimiento cautelar especial con el fin de proteger la autonomía municipal y regional, respecto de los abusos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional al otorgarse indiscriminadamente medidas cautelares.

Asimismo, adujo que, si la medida cautelar solo busca la eficacia, entonces, una vez concedida, aun cuando su trámite pueda ser más agravado, no tiene por qué ser inconstitucional. Y si el amparo termina primero, mejor aún, ya que será más eficaz que el proceso cautelar; y la sentencia, si le es favorable al demandante, se tendrá que ejecutar en su propios términos.

58. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional no comparte necesariamente los argumentos expresados por la demandante. En efecto, el legislador tiene la potestad de regular el procedimiento cautelar en procesos como el amparo, en tanto no desnaturalicen la esencia de la medida cautelar, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. Pero sin desconocer los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una administración de justicia indiferente ante la protección de los bienes constitucionales, que encuentran su sustrato en la realidad constitucional misma, lo que trae como principal consecuencia una afectación a las competencias legítimas de los gobiernos locales y regionales.

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

59. Así, la efectividad que pueda tener la tutela cautelar se materializa a través de un procedimiento que se utiliza para modular –no para eliminar– la protección razonada de bienes constitucionales incluso superiores a la tutela procesal. De este modo, el referido procedimiento cautelar especial supone un límite razonable a la tutela

cautelar. Y es que el Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, que está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias, pretende, mediante el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión –no de colisión– entre la protección del interés general, que representan los gobiernos locales y regionales, y los intereses privados, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios de la Constitución.

De allí que no existe argumento válido que demuestre cómo el procedimiento cautelar especial creado por el legislador para el caso de los actos administrativos de los gobiernos municipales y regionales podría vulnerar, *per se*, una efectiva tutela cautelar acorde con los principios constitucionales de la descentralización. Con la regulación cuestionada, la tutela cautelar sólo podría hacerse efectiva si no afecta la garantía de la seguridad jurídica, ni desconoce el dato de la realidad derivado de la experiencia judicial negativa de utilización masiva y no ética de las medidas cautelares, que lograron dejar sin efectos actos administrativos legítimos dictados por gobiernos municipales en ejercicio de sus funciones de fiscalización, control y sanción –v.gr. funcionamiento de discotecas y bares clandestinos para menores de edad–.

60. Examinemos con más detalle los extremos cuestionados. La intervención del Ministerio Público en el procedimiento cautelar tiene justificación, sobre todo si se toma en consideración que el Ministerio Público es el defensor de la legalidad. Si bien, respecto de la pretensión principal del proceso constitucional, el propio legislador no ha considerado indispensable la participación del Ministerio Público en procesos de defensa principalmente de intereses particulares, en cambio sí lo ha previsto para los gobiernos municipales y regionales.

En consecuencia, este Colegiado afirma la legitimidad del Ministerio Público de participar en el caso del procedimiento cautelar contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

61. En cuanto a los extremos del procedimiento cautelar especial contenido en el artículo 15.º del CPCConst., referidos a la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; cabe precisar que dichos extremos representan características de un procedimiento que busca asegurar el interés público, y que ha sido configurado por el legislador, no siendo por ello inconstitucionales.

Por ello, las características del procedimiento cautelar general, previstas en los procesos sobre controversias privadas, no pueden trasladarse, sin más, cuando se está ante el cuestionamiento del interés público. En el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, las disposiciones cuestionadas tienen por finalidad, conforme se desprende del respectivo debate de aprobación del Código Procesal

Constitucional realizado en el pleno del Congreso de la República, evitar que se interpongan medidas cautelares que dificulten la actuación de los gobiernos locales y regionales. Se concluye que no existe fundamento válido que justifique cómo tales disposiciones cuestionadas puedan resultar violatorias de los fines de la tutela cautelar, siendo evidente, por el contrario, que su establecimiento representa la existencia de mecanismos que garantizan una tutela cautelar razonable, en cuanto buscan persuadir a los justiciables de la presentación excepcional de los respectivos pedidos de medida cautelar, en el caso del cuestionamiento a los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

En seguida, corresponde examinar si las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de igualdad, para lo cual previamente se hace necesario desarrollar algunas cuestiones teóricas respecto del mencionado principio.

***D) El principio de igualdad como límite
de la actividad del legislador en la regulación del proceso***

§13. El principio-derecho de igualdad y su vinculación al legislador

62. El punto de partida del análisis de la igualdad es la clásica fórmula de Aristóteles, quien sostiene que “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad para ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”³⁵.

Como tal, hoy en día la igualdad expresa una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. En efecto, en su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades³⁶.

De allí que este Tribunal postule una igualdad ante los principios, que integra una moralidad social de tipo democrático y una igualdad social en libertad, lo que constituye la forma superadora de la visión de la igualdad formal ante la ley propia del Estado liberal. Por ello, los fines esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho son conformes a la realización de la igualdad material en la protección de los menos favorecidos.

³⁵ ARISTÓTELES. *Política*, III 9 1280 a. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos, 1999, p. 174.

³⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María y otro. *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: “El principio constitucional de igualdad”. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 106.

63. En suma, el derecho a la igualdad como el conjunto de derechos consagrados en nuestra Constitución encuentra su fundamento, primero y último, en la dignidad de la persona humana. Así, cuando el artículo 1 de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas. Dicho mandato constitucional exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana, no en un sentido individual o formal, sino social y sustantivo.

64. Asimismo, este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como *principio fundamental* se encuentra reconocida en los artículos 103.º y 2.2. de la Constitución, e implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático.

Como *derecho fundamental*, se encuentra reconocida en el artículo 2.º inciso 2), de nuestra Norma Fundamental, que comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias³⁷.

65. Como tal, el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. No posee una naturaleza autónoma sino relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

En efecto, el examen sobre la vulneración del principio–derecho de igualdad siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Con mucha frecuencia, y tal como ha tenido oportunidad de constatar este Colegiado, han sido frecuentes los casos en los que se vulneraba el derecho a la igualdad y, a su vez, derechos como a la libertad de empresa o al trabajo, entre otros. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que en función a su carácter relacional, precisamente, opera

³⁷ STC 0018-2003-AI.

para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan³⁸.

66. De allí que podemos advertir que la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Sin embargo, en el procedimiento cautelar especial cuestionado en el presente proceso de inconstitucionalidad, debemos partir por la afirmación de la diferencia sustancial con implicancias procesales, de la defensa de intereses subjetivos con la salvaguarda de los intereses colectivos que otorgan sustento a las competencias ejercidas por los gobiernos locales y regionales.

Así que de una primera aproximación es posible concluir que el tratamiento procesal dispensado para la concesión de las medidas cautelares tiene un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.

§14. La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”

67. El principio-derecho de igualdad, a su vez, advierte dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite al legislador, en tanto la actividad legiferante deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

68. De otro lado, se encuentra la igualdad “en la aplicación de la ley”. Si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos, al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

§15. La vinculación entre el juicio de igualdad “en la ley” y el principio de proporcionalidad

³⁸ STC 0261-2003-AA, FJ 3.1.

69. A juicio de la demandante, el procedimiento cautelar cuestionado constituye un verdadero “privilegio” para determinadas autoridades sin que exista una justificación objetiva y razonable, configurándose una discriminación por razón del sujeto. De esta forma argumentan la afectación de la dimensión de la igualdad “en la ley”.
70. Al respecto, el escrito de contestación de demanda, presentado por el apoderado del Congreso de la República, establece que la existencia de situaciones de hecho diferentes admiten también un trato diferente. Así, argumentan que en el caso que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad, resulta claro que la norma parte del hecho práctico de que tanto los gobiernos locales como los 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 sólo han servido para enervar el principio de autoridad, no obstante que deberían recibir del ordenamiento las garantías suficientes para el efectivo cumplimiento de su gestión.
71. Corresponde establecer a este Colegiado que, ya en el plano de la igualdad en la ley, cabe aplicar el respectivo *test de igualdad* sobre la actuación del legislador que requiere de la verificación de su legitimidad. Toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta razonable y proporcional con el fin que se pretende obtener.

Seguidamente se analizarán los diferentes pasos o niveles que comprenden el *test de igualdad*. Antes bien, cabe destacar que las tres etapas que se consignan tienen carácter preclusivo, es decir, que de no superarse una de ellas, en el orden en que se plantean, no se requiere el análisis del siguiente paso, resultando, por tanto, inválida la medida examinada por vulnerar el principio-derecho de igualdad. Asimismo, es importante mencionar que la construcción del test de igualdad implica, *prima facie*, que puede ser aplicable a todos los casos en que se evalúe si se ha vulnerado o no el principio-derecho de igualdad, el mismo que fue desarrollado en extenso en la sentencia recaída en el Exp. 0045-2004-AI, CASO PROFA.

§16. *Test de igualdad*: examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas

72. El Tribunal Constitucional con el objeto de verificar si en el presente caso las disposiciones cuestionadas vulneran el principio-derecho de igualdad, debe someterlas al aludido *test de igualdad*.
73. *Primer paso*: Verificación de la diferenciación legislativa

Cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por las disposiciones legislativas cuestionadas que regulan el denominado procedimiento cautelar especial: a) la intervención del Ministerio Público; b) la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo; d) que la

medida cautelar es tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y e) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; y también se encuentra compuesta por los supuestos de hecho a los que se va a aplicar, en este caso, a los justiciables que soliciten una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación se encuentra constituida por las disposiciones legislativas que regulan el denominado procedimiento general: a) no intervención del Ministerio Público; b) no prevé la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación sin efecto suspensivo; d) que, conforme al artículos 51 y 58 del CPConst., la medida cautelar en el proceso de amparo es tramitada ante el Juez Civil y en apelación ante una Sala Superior, y e) el no otorgamiento de audiencia a la parte demandada; y también se encuentra compuesta por los supuestos de hecho a los que se va a aplicar, en este caso, a los justiciables que soliciten una medida cautelar en todos los casos distintos a aquellos relacionados con los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las medidas legislativas cuestionadas superan este primer nivel toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes. El procedimiento cautelar general es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en casos que no se dirijan contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales; y el procedimiento cautelar especial es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en el caso de actos administrativos de gobiernos locales regionales.

74. *Segundo paso:* Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

Cabe mencionar previamente lo expresado en el respectivo debate de aprobación del Código Procesal Constitucional realizado en el pleno del Congreso de la República, en el cual la posición que finalmente predominó sostuvo lo siguiente: “Lo que ocurre es que muchas veces 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 es el mecanismo que ha servido para que en nuestro país, justamente, se debilite cada día más la autoridad municipal y regional, y no se le escuche siquiera para decir, bueno, dictamos estas medidas por estas razones”.

Por tanto, las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191.º y 194.º), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias.

75. *Tercer paso:* Verificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación

- a) *Subprincipio de idoneidad:* Supone que la medida legislativa diferenciadora (compuesta por exigencias tales como la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada) resulta adecuada para conseguir un fin constitucional, como es proteger la autonomía local y regional que se podría ver afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
- b) *Subprincipio de necesidad:* Cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el de libre acceso a la jurisdicción y a la tutela cautelar, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que las medidas legislativas cuestionadas, que limitan la tutela cautelar y al debido proceso, resultan necesarias relativamente para la consecución del fin que se pretende; por cuanto resultan insuficientes otras medidas por no ser igualmente idóneas, aunque menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así, se hace necesaria la medida legislativa, sin perjuicio de la capacitación adecuada que realice la Academia de la Magistratura a los jueces que conozcan estas medidas cautelares; de modo tal que se pueda lograr un correcto ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto o también optimizando el sistema de responsabilidades disciplinarias, civiles y penales de aquellos jueces que puedan dictar medidas cautelares que no reúnan los presupuestos necesarios para su dictado, entre otras.

Por tanto, las medidas legislativas cuestionadas son conformes al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad.

- c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.* La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación (Abwägung)*, proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el *grado de realización u*

optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, a través de la diferenciación procedimental de la concesión de la medida cautelar, mientras que el bien constitucional, a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado, es la protección de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Este Colegiado sostiene la relación directamente proporcional entre la afectación y la realización de los bienes constitucionales en colisión; entonces, la intervención ha superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. En efecto, las disposiciones cuestionadas no violan el derecho a la igualdad en la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pues, en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a los antes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia, constitucionales el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, en cuanto crean un procedimiento cautelar especial para el caso de las solicitudes dirigidas contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

**EXP. N.º 00023-2005-PI/TC
LIMA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

La medida cautelar tiene por objeto que se asegure el resultado de un proceso. Sería absurdo, incluso irracional, que se inicie un petitorio si no existiese la posibilidad de asegurar el resultado. Desde los orígenes del derecho procesal se permite al interesado, en determinadas circunstancias, solicitar del juez la adopción de medidas destinadas a la ejecución del fallo. En el proceso civil, es el demandante el interesado en obtener la medida cautelar; pero, si hay reconvencción o contrademanda, la puede solicitar, también, el demandado.

Bajo la denominación de “embargo preventivo”, la medida cautelar ha evolucionado conforme evolucionó el derecho procesal. En 1852, el Perú dictó su primer Código Civil. Tal hecho hizo indispensable que, también en ese año, se dictara el Código de Enjuiciamientos en materia civil. La vigencia de uno y otro, sin embargo, no fue pareja. Mientras el Código sustantivo rigió hasta 1936, el de Enjuiciamientos tuvo menos fortuna: fue derogado por disposición del artículo 1346º del Código de Procedimientos Civiles, en 1912.

En efecto, la prolífica Ley N° 1510, de 15 de diciembre de 1911, dispuso:

Artículo 1º.- Apruébase los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de Notariado, formulados por el comité de reforma procesal y sometidos para sanción a la legislatura de 1909 por el Poder Ejecutivo.

Artículo 2º.- Apruébase, igualmente, el proyecto de Código de Procedimientos Civiles, formulado por el mismo Comité y sometido también por el Poder Ejecutivo a la sanción legislativa, con las supresiones, adición y modificación siguientes:

- a) Suprímese el artículo 378 que se refiere al apremio de detención corporal contra el confesante,**
- b) Suprímese también el artículo 611, que trata de la acción ejecutiva para cobrar arrendamientos con el alza hecha por el locador.**
- c) Modifícase el artículo 587 en esta forma: Si la demanda reúne los requisitos legales, se observarán los trámites establecidos para los juicios de menor cuantía, considerando como demandados al comprador y al vendedor. Se prohíbe reabrir la controversia en la vía ordinaria.**
- d) Inclúyase entre las pensiones de alimentos y la renta vitalicia de que trata el inciso 14º del artículo 63º, las pensiones de montepío.**

Artículo 3º.- El nuevo Código de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Notariado principiarán a regir el 28 de julio de 1912.

Por virtud de sólo una norma –La Ley N° 1510- se activó (1) la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reemplazó al Reglamento de Tribunales, promulgado por el Presidente Echenique, por Ley de 23 de noviembre de 1953; (2) la Ley de Notariado, y (3) el Código de Enjuiciamientos en materia civil.

A su vez, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 coexistió, temporalmente, con la Ley N° 23506, de 7 de diciembre de 1982, llamada Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

El C. de P. C. reguló el embargo preventivo en sus artículos 223 a 246 y la ejecución de sentencias (incluyendo el embargo definitivo) en sus artículos 1145 a 1154.

En cuanto a la procedencia del embargo preventivo, el artículo 228 indicó que

El embargo preventivo procede, ya se trate de asegurar el pago de una deuda o el cumplimiento de cualquiera otra obligación apreciable en dinero, debiendo el acreedor fijar la cantidad en que estima la obligación y los bienes en que ha de recaer el embargo.

El embargo preventivo podía decretarse dentro o fuera de juicio.

Inmediatamente después de trabado el embargo preventivo –no antes- se notificaba al deudor; y éste podía formular oposición a la medida, formándose, en tal caso, cuaderno separado del incidente.

La Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506) se refirió a la medida cautelar en su artículo 31º y dispuso que

A solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes.

El uso abusivo de esa disposición motivó que por la Ley N° 25011, de 9 de febrero de 1989, fuera modificada en el sentido de que

A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse 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, sin 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.

El Decreto Ley N° 25433 (artículo 2°), de 11 de abril de 1992, modificó nuevamente el mismo artículo 31°, a efecto de que

A solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea inminente la amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse 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.

Se condicionó, pues, la medida cautelar a que existiera amenaza inminente de agravio o violación de un derecho constitucional, para la procedencia de dicha medida; y se dio intervención al Ministerio Público para que emita dictamen previo a la resolución.

A pesar de que los procesos de garantía deben tener trámites más sencillos y rápidos que los semejantes del proceso civil, por mandato de la Ley N° 25011 y del Decreto Ley N° 25433 ocurría, precisamente, la inversa.

En efecto, mientras que en el proceso civil el embargo preventivo se ejecutaba sin citación del deudor; en el proceso constitucional debía citarse, previamente, al demandado; y sólo después de cumplido ese trámite, con contestación o sin ella, el Juez o la Corte Superior resolvían, previo dictamen fiscal. Finalmente, la resolución era recurrible.

Desde que entró en vigencia la Ley N° 23506, en el trámite de los procesos de amparo se advirtió que los jueces dictaban las medidas cautelares con liberalidad, generalmente cuando se trataba de locales cuyo funcionamiento había sido suspendido o clausurado por disposición de por las autoridades municipales. De hecho las atribuciones de los Alcaldes y Regidores, elegidos por el pueblo, fueron asumidas por los Jueces, titulares o provisionales. Y con el objeto de impedir semejante corruptela se adoptaron los procedimientos antes aludidos.

El Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1º de diciembre de 2004, es una obra colectiva debida a la iniciativa y al esfuerzo de distinguidos juristas, con diversas especialidades. Según la Exposición de Motivos, en la preparación del anteproyecto de dicho Código participaron Juan Monroy Gálvez, Domingo García Belaúnde, Francisco Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia, Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós, entre 1995 y 1997. Una versión, casi final, fue publicada en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal el año 2002.

El texto último del anteproyecto fue entregado a un grupo de congresistas, que le dieron el trámite de iniciativa legislativa y se convirtió, finalmente, en la Ley N° 28237, de 31 de mayo de 2004.

En el diario *El Peruano*, pag. 19, de 22 de julio de 2004, hice el siguiente comentario en relación a ese hecho trascendente:

El Congreso de la República aprobó el Código Procesal Constitucional (CPC) con votación abrumadora, que superó la cifra mínima requerida para una ley orgánica, que tal es el rango del nuevo instrumento legal, según el artículo 200 de la Constitución.

Sustituirá, por lo tanto, a las leyes de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de acción popular; así como a todas las otras normas legales que las modifican o amplían sus alcances. Deroga, también, 43 artículos y dos disposiciones finales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 162 artículos de 11 leyes. Queda pendiente el debate y aprobación de la nueva ley orgánica, cuyo proyecto fue enviado hace algunos meses al Congreso de la República por el Pleno del Tribunal.

Así, se resalta que el CPC es un instrumento fundamental para el trámite de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento y acción popular, al igual que para las demandas de inconstitucionalidad de las leyes y demás normas con rango de ley, y para los conflictos de competencia.

El artículo II del Título Preliminar prevé que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Las acciones de garantía, salvo el hábeas corpus, serán residuales. El artículo 5º del Título Primero precisa que son improcedentes los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado y cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucionales amenazado o violado, salvo cuando se trate del hábeas corpus. Estas normas reducirán sustancialmente el número de procesos que llegan al Tribunal; pero exigirá a los jueces que, en la vía ordinaria, atiendan a los justiciables.

El CPC permite al juez dictar medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento y a la sala civil las medidas cautelares que tengan por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados por las municipalidades o los gobiernos regionales.

La prescripción para las demandas de acción popular y de inconstitucionalidad es de cinco y seis años, respectivamente. No hay lógica para señalar plazos distintos. Además, el código permite la medida cautelar de suspensión de la disposición, resolución o acto en los conflictos de competencia.

Los plazos para la expedición de sentencia por el TC son de 20 días en los procesos de garantía y de 30 en los de inconstitucionalidad y de conflicto de competencia. En este último se puede ampliar a 60 días cuando se dispone actuar medios probatorios.

Las sentencias de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, y otros que se constituyan en el futuro no requieren de ningún trámite previo para su ejecución en el Perú.

El código dispone, igualmente, que el Tribunal editará periódicamente una gaceta constitucional, en que se informe sobre sus actividades, sin perjuicio de que el Ministerio de Justicia publique la jurisprudencia y la legislación constitucional.

Debemos felicitarnos todos los peruanos por la promulgación del CPC. Sin duda, se ha dado un paso trascendental para preservar el Estado social y democrático de derecho.

Con la Ley N° 28301, vigente también desde el 1° de diciembre de 2004, se reemplazó la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Debo resaltar -reiterando lo que expresé en el artículo periodístico aludido- la importancia que como principio-valor tiene el artículo II del Título Preliminar, según el que

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Ese precepto resume la razón de ser de los Tribunales Constitucionales, de las Cortes, de los Consejos y de las Salas Constitucionales (cualquiera sea su denominación), en el Perú y en el mundo. No hay, no puede haber, ninguna norma infraconstitucional contraria a la Constitución.

Sin embargo, algunas personas –lamentablemente abogados- contrariados por sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional del Perú, o por otros motivos, que han variado su criterio de respeto a los principios constitucionales de separación de poderes; y, como consecuencia, involucran peligrosamente, desplazándose hacia niveles autoritarios. Dentro de tal lógica, incompatible con la democracia, pretenden mutilar atribuciones esenciales del máximo intérprete de la Constitución.

Los juristas mutantes intentan crear zonas liberadas del control de constitucionalidad, en las cuales, consecuentemente, se ejerza el absolutismo despótico de las monarquías medioevales.

En la demanda de inconstitucionalidad de una ley u otra norma con ese rango, se cuestiona las decisiones adoptadas por autoridades emanadas del voto popular. El Tribunal Constitucional puede desestimar la demanda (declarándola infundada) o puede estimar la demanda (declarándola fundada). Como se presume que las leyes se dictan conforme a la Constitución, es atribución del TC expedir sentencias interpretativas a efecto de que las leyes tengan la lectura con arreglo a la Carta Política y no se genere un vacío normativo peligroso.

Si la sentencia del TC desestima la demanda, el artículo VI del TP del CPConst. indica que

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Empero, si la sentencia del TC estima la demanda, opera el artículo 204 de la Constitución, según el cual

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2005 (Exp. 0019-2005-PI/TC) declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28658, presentada por 31 congresistas; y declaró nulos los efectos de dicha ley no obstante que había sido derogada. La explicación es clara: 1) la jurisprudencia del TC había declarado que no podía homologarse la detención domiciliaria con la carcelaria; y 2) la ley que infringe la Constitución no produce efectos.

Las garantías constitucionales están precisadas en el artículo 200 de la Constitución de 1993, en cuyo inciso 2 se declara que

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

El inciso siguiente es la acción de hábeas data, según la reforma contenida en la Ley N° 26470, de 12 de junio de 1995.

Los ilustres miembros del Jurado Nacional de Elecciones ¿son talvez autoridades? ¿son acaso funcionarios? ¡Pero no pueden dejar de ser personas! Por ende, si amenazan o violan algún derecho reconocido por la Constitución, el afectado puede iniciar el proceso de amparo.

¿Se viola o no el derecho de una persona, elegida por el voto popular y proclamada para ejercer un cargo público, si es vacada sin sentencia judicial por delito doloso? ¿Quién expide sentencia, el Poder Judicial o el Jurado Nacional de Elecciones? ¿Tiene o no vigencia el artículo 138 de la Constitución respecto a la exclusividad para administrar justicia?

¿Se viola o no el artículo 30 de la Constitución que declara que

Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral.

cuando se ordena al RENIEC que sea eliminada la inscripción electoral de una persona?

¿Se viola o no el artículo 31 de la Constitución cuando se impide a una persona ejercer su derecho a elegir y ser elegido?

¿Se viola o no el artículo 33 de la Constitución cuando se suspende arbitrariamente el ejercicio de la ciudadanía?

¿Pueden estar excluidos cinco preclaros peruanos de los deberes para con la patria a que alude el artículo 38 de la Constitución que dispone que

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

cuando esos peruanos vacan sin sentencia a un ciudadano elegido por el pueblo?

¿Puede ampararse en la lectura aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución, el atropello de todos los derechos fundamentales referidos y que, además, están sustentados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿La Constitución tiene sólo dos artículos?

¿Puede soslayarse el alcance de la resolución de 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Yatama vs. Nicaragua), respecto al control constitucional de los órganos electorales? ¿Los tratados celebrados por el Estado y en vigor no forman parte del derecho nacional, como indica el artículo 55 de la Constitución?

Los párrafos tercero y cuarto del artículo 15°, que son materia de este proceso de inconstitucionalidad, reproducen el contenido esencial del artículo 2° del Decreto Ley N° 25433, de 11 de abril de 1992. En esa fecha estaba ya disuelto el Tribunal de Garantías Constitucionales, por el Decreto Ley N° 25422, de 8 de abril de 1992.

Por lo tanto, el plazo de prescripción de seis años para el ejercicio de la acción de inconstitucional, previsto en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional y aplicable según la Segunda Disposición Final de ese Código, se computa sumando al lapso de junio de 1996 a mayo de 1997, en que estuvo integrado este Tribunal por todos sus magistrados, al período de noviembre de 2000 al 2 de setiembre de 2005, en que también funcionó con su quórum de ley.

La prescripción, además, se puede aplicar de oficio conforme lo dispone el artículo 7 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, promulgado el 14 de setiembre de 2004 y vigente desde el 2 de octubre de ese mismo año. El proceso constitucional es distinto al civil en el que sólo se puede declarar la prescripción por el juez si es solicitada por la parte interesada, según el artículo 1992° del Código Civil.

Hecho el cómputo de ambos períodos no alcanza a los seis años. Por lo tanto, el TC puede pronunciarse, como efectivamente lo hace, sobre el fondo de la demanda.

Considero que debe exhortarse al Congreso a fin de que incorpore al Código Procesal Constitucional una norma relacionada con la jurisdicción en la cual rigen las medidas cautelares, habida cuenta el hecho de que, desde distantes provincias, jueces desaprensivos y apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han dictado resoluciones para su aplicación en provincias de otros Distritos Judiciales.

Mientras tanto es atribución del TC poner atajo al abuso que perpetran algunos Jueces que, con tales arbitrarias medidas cautelares, prorrogan los efectos de sus decisiones más allá de las provincias y de los Distritos Judiciales en los cuales ejercen jurisdicción. Se llega, con esa conducta funcional irregular y punible, al absurdo de avasallar la autoridad municipal, emanada de la voluntad popular; pues mientras que un Alcalde sólo puede conceder o negar licencias en el ámbito de su provincia o distrito, las medidas cautelares se aplican indebidamente en cualquier lugar de la República

S

ALVA ORLANDINI