

LA (IN)DEBIDA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO PERUANO

THE (UN)DUE REGULATION OF THE PROTECTIVE GUARDIANSHIP IN THE PERUVIAN AMPARO PROCESS

Alberto Vittorio Camargo Riega¹, María Gracia Valdivia Corzo¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú.

RESUMEN: Este artículo aborda el estudio de la regulación de las medidas cautelares en el proceso de amparo en el Perú; efectuando una revisión de carácter histórica. Además, se realiza un análisis doctrinal y jurisprudencial de la característica *inaudita altera pars*, y si ello resulta atentatorio contra los derechos fundamentales. Asimismo, se efectúa un estudio de esta característica en relación con la naturaleza del proceso de amparo en contra de los gobiernos Regionales y Locales.

Palabras clave: Medida cautelar, amparo, *inaudita altera pars*, proceso, constitucional.

ABSTRACT: This article is about the study of the regulation of measures in the amparo process in Peru; A review of historical character is made. In addition, a doctrinal and jurisprudential analysis of the characteristic "*inaudita altera pars*" is carried out. Likewise, a study of this characteristic is carried out in relation to the nature of the amparo process against regional and local governments.

Keywords: Interim measure, amparo, *inaudita altera pars*, process, constitutional.

INTRODUCCION

En el presente artículo se efectúa una revisión de la tutela cautelar aplicada en el proceso de amparo en el Perú; analizando su evolución y la forma en que ha sido legislada a través del tiempo en la normatividad peruana. Para entender el fondo del tema central conviene precisar el concepto de tutela cautelar, así como su finalidad y características.

Sucesivamente, toma protagonismo el análisis principal, sobre el deber de informar al demandado de la interposición de una medida cautelar en su contra, y si lo contrario, el no avisar, resulta atentatorio contra los derechos fundamentales del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y de la igualdad.

La trascendencia de esa discusión tuvo lugar en la sentencia del Tribunal Constitucional derivada de un proceso de inconstitucionalidad iniciado por la Defensoría del Pueblo contra el texto original del tercer y cuarto párrafo del Art. 15° del Código Procesal Constitucional que establecía (aún lo establece en cierta medida) un trato diferenciado en el trámite de las medidas cautelares en los procesos que tienen como demandados a los gobiernos regionales y municipales.

En ese contexto, merece una atención especial el estudio sobre la naturaleza de los actos administrativos emitidos por estas entidades y su relación con la protección de los derechos discutidos en un proceso de amparo.

Para cerrar este trabajo con un aporte meritorio, es forzoso asentar las posturas concluyentes y cumplir modestamente con una propuesta legislativa que trate de mejorar en algo la realidad jurídica peruana.

La metodología empleada es precisamente la revisión de doctrina y jurisprudencia para hallar y comparar los conceptos y características de las principales instituciones abordadas en el tema central del presente artículo.

Correspondencia:

Alberto Vittorio Camargo Riega

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-6730>

E-mail: albertocamargoriega@gmail.com

I. CONCEPTO Y FINALIDAD DE TUTELA CAUTELAR

La tutela cautelar, es un instrumento que permite asegurar la eficacia del resultado de un proceso, en este sentido, como lo indica Carnelutti (Carnelutti, 1971, Pág. 412), esto depende en muchas oportunidades que el juez pueda, en dicho proceso, luchar contra el tiempo, es decir, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo, y para esto el juez necesitará en algunos casos ordenar mantener el statu quo en una situación (detener el tiempo), revertir el cambio ya ocurrido de una situación (retroceder el tiempo), o bien adelantar el cambio probable o solamente posible de una situación (acelerar el tiempo).

Por lo tanto, para materializar esa tutela cautelar se necesita de mecanismos idóneos y precisos, denominados "Medidas Cautelares", definidas como herramientas jurídicas que posibilitan el aseguramiento de los fallos definitivos recaídos en un proceso.

Como bien lo define Alberto Hinojosa (2010): "Es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige" (Pág. 169).

Por ello, existe una relación directa entre la finalidad de la medida cautelar con la finalidad y sustento de todo proceso, que tiene como fundamento brindar tutela jurisdiccional a los justiciables, es así que, se puede afirmar que:

la finalidad de las medidas cautelares, en términos generales, es asegurar la eficacia de la resolución judicial, que es parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y que forma parte de los derechos de la función jurisdiccional regulado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. Así, este se presenta como un derecho continente que abarca otros derechos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, siendo uno de ellos la ejecución de las resoluciones judiciales (Martínez, 2008, Pág. 38).

A su vez, existen dos teorías que fundamentan la finalidad de la tutela cautelar; por un lado tenemos la Publicística, en la que el fin de la tutela cautelar es garantizar una correcta administración de justicia, dejando en segundo plano, la protección del derecho del afectado, y por otro lado la Teoría Garantista, mediante la cual, el fin de toda medida cautelar es otorgar la certeza al peticionante de la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva, evitando que su derecho se convierta en irreparable.

Sin embargo, observamos a Marianella Ledesma (2009) que nos señala:

La tutela cautelar no tiene solo como finalidad asegurar el resultado del proceso, sino que como señala Reimundin, tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional (Pág. 389).

A fin de realizar el análisis sobre la regulación de las medidas cautelares en los procesos de amparo en el Perú, nos enfocaremos en ambas teorías, ya que, las dos finalidades deben estar estrechamente vinculadas.

II. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A nivel doctrinario se hallan diversos caracteres de las medidas cautelares, sin embargo, podemos mencionar los siguientes:

a) *Provisorias*, en el sentido que sólo permanecen hasta que se expide el fallo definitivo, en ese sentido, sostiene Ottolenghi (1946):

La provisoriedad sería, al mismo tiempo, un aspecto y una consecuencia que tiene relación entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia final (sentencia definitiva) cuya iniciación señalaría la cesación de los efectos de la primera (Pág. 518).

b) *Variables*, ya que antes del fallo definitivo pueden modificarse o suspenderse (si las circunstancias han variado); por ello Calamandrei (1996) sostiene que:

(las providencias cautelares) pueden estar sujetas, aún antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo (Pág. 89-90).

c) *Instrumentales*, al ser herramientas para la tutela jurisdiccional efectiva; por tanto, están al servicio del proceso principal; por ello, Carnelutti (1959) señala que:

La función del proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, ya que existe una situación de subordinación por la cual este (el proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero este (el cautelar) no puede aparecer sin aquel, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquel (Pág. 86).

d) *Jurisdiccionales*, ya que se producen como resultado de una decisión jurisdiccional; al respecto Marianella Ledesma (2013) señala que:

Esta característica encierra una posición tradicional de asumir que el aseguramiento solo podía provenir de los mandatos que expedían los órganos jurisdiccionales, sin embargo, no es una visión generalizada en la actualidad, pues hay estamentos básicamente en el Derecho Administrativo que por

el carácter público de los objetos materia de discusión, y para una eficiente autotutela administrativa, se les ha dotado de poderes suficientes (similares a los jurisdiccionales) para resolver de manera adecuada los conflictos que ante ellos se presentan y, por lo tanto, se encuentran facultados para dictar medidas cautelares (Pág. 485).

e) *Sumarísimas*, pues el juez las concede o las rechaza inmediatamente, teniendo como criterio lo que se ha fundamentado en el escrito de solicitud; en ese sentido Sebastián Irún (2009) afirma que:

Además, el despacho de las medidas cautelares es sumario: es decir, que no exigen un conocimiento judicial amplio previo a su determinación. La doctrina coincide que a diferencia de lo que ocurre con la sentencia definitiva -especialmente en los procesos de conocimiento-, el despacho de la medida cautelar requiere de un conocimiento meramente superficial, y no la certeza (Pág. 36).

f) *Reservadas*: ya que, se conceden o se rechazan sin conocimiento de la parte que va a sufrir las consecuencias de la medida cautelar (*inaudita altera pars*); sin embargo, existen excepciones a esta característica, a tratar en el punto siguiente.

Como bien señala, Sebastián Irún (2009): "Otra peculiaridad de las medidas cautelares es que ellas pueden ser dictadas *inaudita pars* (sin previa audiencia de parte), sin perjuicio de que el afectado pueda, una vez cumplida, discutir su procedencia y extensión" (Pág. 134).

g) *Prejuzgamiento*: se llevan a cabo en base a una información elemental que le permite al juzgador prejuzgar de que, si no la concede, el derecho puede convertirse en irreparable. Para Kielmanovich (2000), el prejuzgamiento consiste en emitir opiniones intempestivas respecto de cuestiones no resueltas, por ello afirma que: "No existe prejuzgamiento cuando el magistrado se halla en la necesidad de emitir opinión sobre algún punto debatido o sobre cuestiones incidentales como sucede al decidir una cuestión vinculada con medidas cautelares" (Pág. 134).

III. FUNDAMENTO DE LA "INAUDITA ALTERA PARS"

Uno de los fundamentos por los cuales las medidas cautelares se otorgan sin conocimiento de la contraparte, es que, debido a su urgencia, resultaría perjudicial, si se esperase al pronunciamiento de la otra parte para poder resolverla, por lo tanto, el juez debe actuar de inmediato ante la solicitud de una medida cautelar.

Por eso mismo Ezequiel Cassagne (2007) afirma que:

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida. Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, esto es, preservar en forma urgente el derecho de la parte (Pág. 7).

Sin embargo, este mismo autor realiza una distinción y señala que si las circunstancias del caso lo requieren, se puede correr un breve traslado a la parte contraria, con el fin de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución.

Es decir, que la excepción a esta característica, se produce de acuerdo al caso en concreto, en donde se le

permite al juez que realice un examen consciente y minucioso de las consecuencias que puede generar la concesión de la medida cautelar.

Por otro lado, tenemos que, la *inaudita altera pars* tiene su sustento en el “factor sorpresa”, en tanto que, al ser la finalidad de la medida cautelar evitar posibles daños irreparables que se puedan generar hasta la espera de la finalización del proceso; el aviso de su interposición a la contraparte, puede ponerla en alerta para que realice todas las acciones destinadas a burlar el derecho petitionado, y que al final del proceso ya no se pueda materializar el resultado.

Por lo tanto, se ha señalado que dos son los motivos para otorgarle la calidad de “reservada” a la medida cautelar, uno es la urgencia con la cual debe resolverse y el otro es evitar la burla del derecho exigido.

IV. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO EN EL PERÚ

La tutela cautelar en los procesos de amparo en el Perú, se viene aplicando desde la Ley 23506 – Ley de Habeas Corpus y Amparo, con ciertas modificaciones y después continuó regulándose en el Código Procesal Constitucional a partir del año 2004, dentro del cual también ha sufrido ciertas modificaciones.

En primer lugar, al regularse, en el Art. 31° de la Ley 23506 - Ley de Habeas Corpus y Amparo, el proceso cautelar, sufrió más de una modificación. En un inicio únicamente se señaló que el Juez, en cualquier momento, dentro del proceso, podía ordenar la suspensión del acto violatorio contra el derecho fundamental reclamado. Luego de una primera modificación, se indicó que debía correrse traslado de la medida cautelar a la otra parte por un día, la misma que sería resuelta por el juez o la Corte en dos días; regulando un trato distinto en los casos donde se comprometa el medio ambiente, ecosistema y sus componentes esenciales; cuya apelación se concede con efecto devolutivo, a diferencia de los demás, con un doble efecto. Una nueva modificación estableció que la apelación de la medida cautelar se concede con un solo efecto, para todos los casos; y finalmente tras otra modificatoria ese artículo permitió correr traslado de la solicitud y la apelación a la resolución será concedida con doble efecto.

Hasta que, en el año 2004, se dictó el Código Procesal Constitucional, el mismo que en su primigenio Art. 15° se desarrolló dos tipos de proceso cautelar, uno general y otro especial solo para el caso de cuestionamientos a los actos emanados de los Gobiernos Regionales y Locales. Por razones didácticas toquemos primero el procedimiento general y su modificatoria (mediante la Ley 28946, en el año 2006); en un primer momento no había excepción alguna para la forma de concesión de la apelación, ya que todas eran sin efecto suspensivo, sin embargo, con la modificatoria se regula una excepción, la cual es, en los casos donde se cuestione una norma autoaplicativa, cuya apelación es, ahora, con efecto suspensivo.

A su vez, tenemos el procedimiento especial, tipificado en el tercer y cuarto párrafo del citado artículo, cuyo objeto es cuestionar los actos administrativos emitidos por los Gobiernos Regionales y Locales, procedimiento que se realizaba con conocimiento de la contraparte, con la posibilidad de solicitar informe oral, conocido por la Sala Superior, y la apelación con efecto suspensivo la resolvía la Corte Suprema.

Posteriormente mediante la Ley 28946, en el año 2006, se modifican los referidos párrafos, en el sentido que no existe la posibilidad de solicitar informe oral y la competencia para resolver se le transfiere al juez que conoce el proceso principal, unificando su redacción en un solo tercer párrafo este proceso especial, por lo demás sigue vigente dicho procedimiento.

V. TRATO DIFERENCIADO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES

Está claramente determinado que, a partir de la dación del Código Procesal Constitucional en el Perú, se instituyó un procedimiento especial para las medidas cautelares en los procesos de amparo que cuestionen actos administrativos emitidos por los Gobiernos Regionales y Locales, pues estas reglas especiales fueron en un inicio:

[1] Se debe notificar a la parte demandada. [2] Se debe acompañar la demanda y sus recaudos, y la resolución que admite la solicitud. [3] Se exige la intervención del Ministerio Público. [4] Se permite la procedencia del informe oral. [5] La competencia corresponde a la Sala Superior (Salcedo, 2008, Pág. 177).

La razón de ser de este procedimiento especial se debió a la experiencia coyuntural peruana que, se traduce en el uso abusivo de las medidas cautelares para evitar la plena eficacia de las resoluciones de los Gobiernos Regionales y Locales; tan es así que los legisladores, debatieron mucho sobre este tratamiento especial.

Por eso, cuando se discutió el proyecto del Código Procesal Constitucional, durante el debate en la sesión del Pleno del Congreso Peruano, realizada el 6 de mayo del 2004, el congresista Natale Amprimo, entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, señaló:

(...) se ha creído por conveniente establecer que el trámite de medidas cautelares sea el trámite que está previsto en los proyectos, en el sentido de que se recurre primero a la Corte Superior y después se recurre a la Suprema. Esto no es novedad en los casos de garantía. Así también se tramitan las medidas cautelares contra medidas judiciales, o sea no es novedad. Y hay que entender que la garantía es, como repito, el último remedio jurídico frente a la arbitrariedad; o sea, que hay una serie de mecanismos de rápida acción. Y, evidentemente, aquí lo que se quiere es cautelar el principio de autoridad, que deben tener justamente las autoridades electas que actúan en competencia y en concordancia con lo que dispone la Constitución (Abad, et al, 2005, Pág. 284).

Ante esta posición, sobre el trato especial, se manifestó la congresista Judith de la Matta, al considerar que:

(...) Esto constituye una desigualdad en la ley. Se está dando un trato distinto a los demandados, ya que cuando el demandado sea un gobierno municipal o regional, tendrá un privilegio de ser notificado de la solicitud cautelar a diferencia de los demás demandados (Abad, et al, 2005, Pág. 290).

Finalmente, el Código Procesal Constitucional fue aprobado por el Pleno del Congreso, y se promulgó el 28 de mayo de 2004, con ese procedimiento diferenciado. Cabe agregar que, desde un inicio, ya se había advertido la posibilidad de que este artículo podría atentar contra el derecho a la igualdad, por esos motivos, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de Inconstitucionalidad (Exp. 00023-2005-PI/TC), contra esa disposición ante el Tribunal Constitucional del Perú.

Independientemente de lo expresado en el párrafo anterior, en el año 2006, como ya se detalló líneas arriba, se modificó este trato diferenciado, atenuando la figura, es decir, el procedimiento especial sigue vigente, regulado únicamente en el tercer párrafo del Art. 15°, sin embargo, con la modificación se ha tratado de evitar que sea tan complejo como lo era en un inicio.

VI. ANÁLISIS DE LA STC 00023-2005-PI/TC (CASO DEFENSORÍA DEL PUEBLO)

La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por la Defensoría del Pueblo, contra el tercer y cuarto párrafo primigenio del Art. 15° del Código Procesal Constitucional, textos que establecían el proceso cautelar diferenciado al instituir un proceso especial para los casos donde se cuestionen actos administrativos emitidos por las Gobiernos Regionales y Locales, pues la diferencia consistía en que la medida cautelar la resolvía la Sala de la Corte Superior y la apelación de esta la resolvía la Corte Suprema, si se corre traslado a la otra parte por el término de tres días, incluso interviene el Ministerio Público, además de existir la posibilidad de solicitar informe oral; y la apelación se concede con efecto suspensivo.

Los fundamentos de la demandante es que, al establecer, el legislador, dos procedimientos diferentes dentro de un mismo proceso de garantía, resulta inconstitucional por atentar contra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y contra el derecho a la igualdad, pues existe un trato discriminatorio, en tanto se ha creado un procedimiento diferenciado injustificado.

Claro está, que el Congreso al contestar la demanda, expuso los mismos argumentos sostenidos en el debate del Proyecto del Código por el congresista Natale Amprimo; basados en la indiscriminada utilización que se da a este recurso para impedir la ejecución de actos administrativos válidos, tergiversando esta acción como una de abuso de derecho, lo que atenta contra la autonomía de dichos Órganos Estatales. Ello, por tanto, conduce a afirmar, que la materia constitucionalmente relevante es el contenido de la tutela cautelar y el principio de la autonomía de los Gobiernos Regionales y Locales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, declara infundada la demanda (STC Exp. N° 023-2005-PI/TC), después de haber realizado todo un examen de la tutela cautelar, determinando que ésta forma parte del contenido implícito del derecho al debido proceso, y que, luego de verificar la razonabilidad y proporcionalidad de este trato diferenciado; llega a la conclusión que es necesario para salvaguardar ese bien constitucional, que es la autonomía de los Gobiernos Regionales y Locales.

En esta oportunidad, el TC no adopta la Teoría Publicística, como lo afirma Carlo Magno Salcedo (2008), sino que lo considera al proceso de amparo como una garantía iuspublicista, es decir, el TC no afirma que la finalidad de la medida cautelar es proteger a la correcta administración de justicia; sino que, entre la contraposición de un derecho privado y público, se debe preferir al público.

VII. NATURALEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES

Los Gobiernos Regionales y Locales, como Estado en sí, conforman la administración pública y por lo tanto gozan de prerrogativas especiales, es así que una de las

características principales de las entidades de la administración pública, es el "*ius imperium*" definido como el poder jurídico para imponer normas, organizarse, imponer sanciones, hacer expropiaciones, imponer tributos, administrar los recursos, y ejecutar actos administrativos.

Pues bien, los actos administrativos son declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

En esa misma línea, la naturaleza jurídica de los actos administrativos se trasluce, entre otras acciones, en conceder autorizaciones, las cuales

son actos que sencillamente declaran que el particular reúne las condiciones que la normativa exige para desarrollar una actividad y, en su caso imponen necesarias adaptaciones; sin embargo, la administración también tiene el derecho de revocación, la que puede definirse como la extinción unilateral por parte de la administración de la relación jurídica o de los efectos creados por actos válidos, pero cuyas consecuencias devienen en ilegales o inoportunas, por falta de cobertura normativa (cambio legislativo o de circunstancias), por cambio de criterios de apreciación o por incumplimiento de su titular (Flores, 2014, Pág. 3).

Pues, la función del *ius imperium*, se materializa en autorizar, disciplinar y compatibilizar las condiciones legales que serán necesarias para el otorgamiento de una autorización, y, en revocar esta cuando se verifique que contraviene el orden público por inoportuna, por haber cambiado el orden legal o por incumplimiento de parte.

Además, para que el acto administrativo goce de plena validez, debe contener en esencia, una finalidad pública, esto es, adecuarse a las finalidades de interés público, por este motivo, los actos administrativos emitidos por los Gobiernos Regionales y Locales, contienen un interés público, y justamente su cuestionamiento debe observar un especial cuidado.

Lo que significa que no sólo los actos emanados de estos entes descentralizados, estos son, gobiernos regionales y locales, recogen ese interés público, sino además cualquier poder o autoridad que represente a la administración pública, es decir, que la singular cualidad de los actos administrativos (distintos a cualquier otro acto jurídico) es inherente a su propia naturaleza, sin importar quien lo emite, sea o no un gobierno descentralizado.

VIII. RELACIÓN ENTRE LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

Si bien es cierto, lo que se discute en un proceso de amparo, es la violación o amenaza de violación a los derechos fundamentales de la persona, sin embargo, cuando dentro de este proceso se cuestionan actos administrativos, se encuentra implicado el interés público, por lo que estaríamos frente a la contraposición de un derecho individual contra el interés público.

Es meritorio reconocer que el derecho discutido, no es cualquier derecho individual, sino de contenido constitucional; sin embargo, al ponderarlo con el interés público, no se trata de violar tal derecho, sino que se exige mayor rigurosidad en cuanto a su defensa, por lo que su mala interpretación puede conllevar a perjudicar a la sociedad en general.

Por estas razones, es que el establecimiento de un trato diferenciado de las medidas cautelares contra estos actos administrativos, no tiene su soporte en la salvaguarda de la autonomía de los órganos que los emiten, sino en la propia naturaleza del acto, pues se requiere mayor rigurosidad en su aplicación, y que no se vea afectado el interés público por una aparente protección de derechos fundamentales.

Es así que Juan Carlos Cassagne (2001) sostiene que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público” (Pág. 1090). Justamente se afirma que existe una relación directa entre tutela jurisdiccional de los particulares y las prerrogativas del poder público, por lo que necesariamente se debe realizar esa ponderación de principios.

IX. DIFERENCIACIÓN POR LA NATURALEZA DE LAS COSAS

Conforme al Art. 103° de la Constitución Política del Perú, el cual indica: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”; se verifica que existe la posibilidad de realizar un trato diferenciado en ciertas situaciones donde las relaciones jurídicas intrínsecamente son distintas.

A mayor entendimiento el TC ha manifestado que:

La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro.

Asimismo, la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados (STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC).

Lo que trae a colación la distinción entre diferenciación y discriminación, pues:

se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC).

Esta aclaración permite aseverar que la diferenciación es aceptada constitucionalmente en tanto la misma no implique un trato discriminatorio, por lo que en el presente caso estamos frente a una diferenciación claramente fundamentada en causas objetivas y razonables, puesto que aplicando el test de proporcionalidad utilizado por el TC en el mismo caso de la Defensoría del Pueblo, nos permite concluir que 1) es adecuada para conseguir otro fin constitucional, el cual es el interés social (idoneidad), 2) es absolutamente indispensable para conseguir dicho fin, pues utilizando otra medida no lograría su objetivo (necesidad), y 3) es más importante la protección del interés social que la limitación a ciertos derechos fundamentales (proporcionalidad en sentido estricto).

X. FALTA DE NECESIDAD DE LA “INAUDITA ALTERA PARS”

La existencia de un trato especial en las medidas cautelares, no significa la contravención de los derechos fundamentales, sino que, dentro de los parámetros de una concesión de medida cautelar, se puede otorgar mayor seguridad en su uso adecuado.

Pues, al explicar el fundamento de la característica de reservada de la medida cautelar (*inaudita altera pars*), se expuso que su sustento está en evitar la demora y/o la burla del derecho invocado, sin embargo, Juan Carlos Cassagne (2007), afirma que en casos excepcionales sí se puede correr traslado a la contraparte, para que realice sus descargos, por estos motivos, es que estamos frente a este caso excepcional.

En primer lugar, porque el traslado debe ser corto, únicamente agregar un mínimo lapso para que la contraparte realice sus descargos, sin exigir mayor trámite. Luego, la burla del derecho se produce por el cambio de una situación de hecho o derecho que permita un perjuicio para el solicitante, como ocultar bienes o transferirlos, sin embargo, como la naturaleza de los actos administrativos apunta a otorgar concesiones a los administrados, estos no verán burlados sus derechos por cualquier cambio, debido a que en este tipo de procesos el objetivo es la preservación de un derecho fundamental, no existiría acción alguna que impide la ejecución del resultado del mismo, por lo tanto, en nada afecta, que la propia administración de cuenta del cuestionamiento a sus actos.

Con esto se asegura que el derecho urgente del peticionante vaya a ser protegido correctamente y no sea una puerta falsa para evitar las responsabilidades de ley. Sin embargo, se debe encontrar una razón de ser para este trato diferenciado, y establecerla en la regulación del Código Procesal Constitucional, pues dejar a la discrecionalidad de los jueces podría ser aun más peligroso, en afirmación contraria al profesor Mario Chávez (2008):

Si bien el elemento negativo en el proceso cautelar ha sido la incorporación de dos procedimientos distintos en su seno, no queda más que depositar en las manos de los jueces constitucionales la confianza en que estos utilizarán adecuadamente las herramientas destinadas a garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales (Pág. 59).

XI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una de las características de las medidas cautelares es el carácter de reservada, es decir, *inaudita altera pars*, en virtud de la cual no se le comunica al demandado sobre la existencia de la solicitud de la medida cautelar hasta que sea concedida por el órgano jurisdiccional, su fundamento está en evitar la demora en la concesión de la medida cautelar, lo que podría convertir al derecho en irreparable y a la vez evitar que el demandado realice acciones determinadas con la finalidad de burlar el derecho del peticionante.

Actualmente existe un procedimiento especial para las medidas cautelares en procesos de amparo donde se cuestionan actos administrativos emitidos por los Gobiernos Regionales y Locales; procedimientos en los cuales no se aplica la *inaudita altera pars*; es decir, se corre traslado a la contraparte en el trámite de esta medida.

Ante esto se interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra ese procedimiento especial por atentar contra el derecho al acceso de la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad; la misma que fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional.

En este tipo de procesos existe una contraposición de intereses, donde se debe ponderar el derecho fundamental individual de la persona solicitante contra el interés público que contiene un acto administrativo emitido por cualquier entidad de la administración pública, lo que nos lleva a preferir al interés público, sin dejar al desamparo los derechos individuales discutidos; ni desviar la finalidad de la tutela cautelar, sino que se requiere de mayor rigidez en la aplicación de las medidas cautelares. Sin embargo, la redacción actual del tercer párrafo del Art. 15° se presta a malas interpretaciones, aparentando un trato especial por la diferencia de las personas (gobiernos regionales y municipales); por lo que se ve la necesidad de modificar el citado texto para reflejar el verdadero sentido de la norma, un trato diferenciado por la naturaleza de las cosas (actos administrativos).

XII. PROPUESTA LEGISLATIVA

El propósito de todo estudio de esta magnitud es tratar de encontrar una solución a problemas de relevancia jurídica, por lo que aportar con el desarrollo de la legislación constitucional es una expresión de este propósito, de esta manera se procede a plantear una modificatoria al tercer párrafo del Art. 15° del Código Procesal Constitucional:

Texto Vigente:

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, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

Propuesta legislativa:

Cuando **se traten de medidas cautelares en procesos donde el juez advierta una necesaria ponderación entre el interés privado y el interés público**, deberá correrse traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

REFERENCIAS

- [1] Abad, S., Danós J., Eguiguren, F., García, D., Monroy, J., y Oré, A. (2005). *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de motivos, dictámenes e índice analítico* (2° Edición). Lima: Palestra Editores.
- [2] Calamandrei, P. (1996). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción Marino Arraya*. Buenos Aires: El Foro.
- [3] Carnelutti, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- [4] Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*, (5ª edición traducción Sentís Melendo). Buenos Aires: Ejea.
- [5] Cassagne, E. (2007). *Las Medidas Cautelares contra la Administración*, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- [6] Cassagne, J. C. (2007). *Las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- [7] Chávez, M. (2008). Regulación de las medidas cautelares en el Código Procesal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, (7), 48-59.
- [8] Flores, E. (2014). Restricciones al ius imperium y a La autonomía de los Gobiernos Locales. *Centro de Estudios de Derecho Municipal*, USMP, (3). Recuperado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_municipal/articulos/RESTRICCIONES_AL_IUS_IMPERIUM_Y_A_LA_AUTONOMIA_DE_LOS_GÓBIERNOS_LOCALE_S.pdf.
- [9] Hinostroza, A. (2010). *Comentarios Al Código Procesal Civil, Tomo II*. Lima: Idemsa.
- [10] Irún, S. (2009). *Medidas cautelares y debido proceso*. Asunción: Departamento de Postgrado de la Universidad Americana.
- [11] Kielmanovich, J. (2000). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.
- [12] Ledesma, M. (2009). *Comentarios al Código Procesal Civil, TOMO II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- [13] Ledesma, M. (2013). *La Tutela Cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- [14] Martínez, A. (2008). Breve análisis de los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares en los procesos constitucionales. *Gaceta Constitucional*, (7), 37-47.
- [15] Ottolenghi, M. (1946). *Medidas precautorias*. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar.
- [16] Salcedo, C. M. (2008). La casi inexistente "tutela cautelar" contra los actos administrativos de los gobiernos regionales y locales. *Gaceta Constitucional*, (7), 27-36.
- [17] Salcedo, C. M. (2008). La Tutela Cautelar en los Procesos Constitucionales de la Libertad contra las actuaciones de los Gobiernos Regionales y Locales. *Actualidad Jurídica*, (172), 175-180.

Normas

- [1] Perú. Ley 28237, *Código Procesal Constitucional*. Diario Oficial El Peruano, 31 de mayo de 2004.
- [2] Perú. *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial El Peruano, 30 de diciembre de 1993.

Jurisprudencia

- [1] Perú. Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, Caso Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO, 4 de Julio de 2003. Bardelli, J., Rey, G., García, V.
- [2] Perú. Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso, 1 de abril de 2005. Alva, J., Bardelli, J., Gonzales, M., García, V., Vergara, J., Landa, C.
- [3] Perú. Tribunal Constitucional del Perú. STC Exp. N° 023-2005-PI/TC, Caso Defensoría del Pueblo, 23 de octubre de 2006. Alva, J., Bardelli, J., Gonzales, M., García, V., Vergara, J., Landa, C.

Recibido el 15 de noviembre del 2020 y aceptado para su publicación el 5 de diciembre del 2020