

POLEMICA

LA MEDIDA CAUTELAR EN EL AMPARO: LA LEY 25011

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la P.U.C.P.

CESAR SAN MARTIN CASTRO
Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la P.U.C.P.

"¿Para qué sirve el derecho sino para poner orden en el desorden de la historia?"

Francesco Carnelutti. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: EJE, 1971, p. XVIII

Esta situación, nos debe hacer reflexionar sobre la necesidad de sentar criterios que permitan revalorizar a nivel legislativo y jurisprudencial, a una institución que de operar correctamente permitiría, en palabras de Ricardo Cuoto (1), "mantener viva la materia de amparo" a fin de que el transcurso del tiempo no la haga desfallecer.

Exáminar la institución incorporada por el Artículo 31° de la Ley N° 23506 —recientemente modificada— que permite la suspensión del acto que dió origen a la demanda de amparo, es abordar un tema opinable que en los últimos años ha venido generando serios proble-

mas, especialmente por el empleo abusivo efectuado por parte de algunos abogados, y por la equivocada actuación de ciertos magistrados quienes se han sentido armados de facultades que la propia Constitución no les reconoció.

Es por ello, que en esta breve reflexión, resulta de fundamental interés conocer cómo es que aparece esta institución en el derecho comparado, cuál ha sido la influencia del Derecho Procesal en su configuración, y cuáles son los alcances de la misma en nuestro país a la luz de la reciente reforma legislativa (Ley N° 25011).

1) El amparo, de origen mexicano, encontró plasmación positiva en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 gracias a la intervención de don Manuel Crescencio Rejón. Posteriormente, don Mariano Otero se encargaría de perfeccionarlo en el proyecto constitucional de minoría de 1842, siendo incorporado en el Acta de Reformas de 1847 e incluido también en el texto constitucional de 1857. En la actualidad el amparo se encuentra regulado por la Constitución de 1917 y por la ley reglamentaria de 1936, vigentes con varias reformas.

Es en este contexto, en que los mexicanos descubren la necesidad de habilitar un mecanismo previo a la sentencia definitiva que permita frenar, paralizar o detener el acto lesivo, a fin de que se impida su irreparable ejecución, la cual de suceder haría perder al amparo su finalidad (2). Tal mecanismo fue denominado "suspensión del acto reclamado", y tuvo como uno de sus primeros antecedentes al proyecto de ley orgánica de amparo elaborado por don José Urbano Fonseca durante la vigencia del Acta de Reformas de 1847 (3). Más adelante, sería incorporado en la ley orgánica de 1861 y en las leyes sucesivas, alcanzando rango constitucional en el texto de 1917.

En México, la suspensión se caracteriza por paralizar temporalmente un acto positivo—sea de tracto sucesivo o sea una amenaza—, por no tener efectos retroactivos, por no abordar la cuestión de fondo y no anticipar los efectos de la sentencia definitiva. Por lo demás, ella no procede frente a actos negativos (omisiones) ni opera frente a hechos consumados.

El trámite varía según se conce-

(1) COUTO Ricardo. "Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo", 3° ed., México: Porrúa, 1973, p. 40.

(2) GONZALEZ Arturo. "El juicio de amparo", México: Porrúa, 1985, p. 209

(3) BURGOA Ignacio. "El juicio de amparo", México: Porrúa, 1986, p. 706

II

da dentro de un proceso de amparo indirecto (bi-instancial), en el cual puede expedirse de oficio o a pedido de parte -pudiendo ésta última ser provisional o definitiva-, o se trate de una suspensión otorgada en un amparo directo (uni-instancial).

2) En España el amparo aparece en la Constitución de 1931, bajo la notable influencia de la experiencia mexicana precedente. Es así, que la ley reglamentaria (1933) incorporó en uno de sus artículos a la llamada suspensión de la medida impugnada, con indudable influjo de su similar del derecho mexicano.

El amparo -que se interpone ante el Tribunal Constitucional ha sido reconocido por la Carta vigente (1978), la suspensión en cambio se encuentra regulada en la ley orgánica del Tribunal Constitucional (1979) y tiene como objetivo paralizar la ejecución de un acto el cual de realizarse hubiera ocasionado un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá no obstante, ser denegada cuando ella pudiera perturbar gravemente los intereses generales o los derechos fundamentales de un tercero.

3) Finalmente, en Argentina —país en el cual el amparo fue una creación jurisprudencial a partir de los casos Angel Siri (1957) y Samuel Kot (1958)— la actual ley reglamentaria reconoce indirectamente a las "medidas de no innovar o de suspensión de los efectos del acto impugnado" (artículo 15°), que se caracterizan por proceder sólo contra actos positivos, no ser viables contra hechos consumados u omisiones, no tener efectos retroactivos y por aplicarse a ellas los requisitos propios de las medidas cautelares (4).

En el derecho mexicano existe una importante controversia respecto a reconocer la naturaleza cautelar de la suspensión y en torno a la posibilidad de aplicarle los lineamientos fijados por la doctrina procesal. En tal sentido la polémica existente entre Ignacio Burgoa y Héctor Fix Zamudio resulta realmente ilustrativa. Así por ejemplo sostiene Burgoa que "... estimar a la suspensión como medida o providencia cautelar con las modalidades que a estas instituciones atribuyen la doctrina de Derecho Procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica...". En cambio, Fix Zamudio entiende que "... es indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar..." (5). Nosotros, afiliándonos a la corriente procesalista defendida por Fix Zamudio y recordando que el amparo es materia de estudio del Derecho Procesal Constitucional, pensamos que la suspensión del acto reclamado encierra en puridad una verdadera medida cautelar, por lo que se hace necesario acudir a la doctrina procesal que a ellas las informa.

El Derecho Procesal a fin de salvaguardar el valor "eficacia" ha instituido las llamadas medidas cautelares, cuya existencia y funcionamiento suponen "... la necesidad de que la sentencia tenga, en su día, su posible y necesario cumplimiento, al impedir mediante los correspondientes recaudos, que durante la inevitable demora en la tramitación del proceso el objeto del litigio pueda ser modificado o disminuido, o incluso desaparecer, bien por obra del demandante, bien por acción del tiempo, bien por la pro-

pia naturaleza de la cosa misma" (6).

Estas medidas cautelares se caracterizan por tener una duración limitada en relación al proceso en el cual fueron dictadas, pudiendo desaparecer sin necesidad de expedirse el fallo definitivo (provisoriedad), por poder sufrir modificaciones (variabilidad) y por estar subordinadas a la sentencia definitiva (instrumentalidad) (7).

Existen diversas clasificaciones de las medidas cautelares, nosotros acogemos aquella que las distingue entre "no innovativas o conservativas" e "innovativas". Veamos:

1) Medidas cautelares de no innovar, buscan conservar o inmovilizar una situación de hecho para impedir los cambios que luego pudieran frustrar el resultado del proceso principal, careciendo de efectos retroactivos (8).

2) Medidas cautelares innovativas, "... es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, (...), ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente" (9). A diferencia de la anterior, ésta si cuenta con efectos retroactivos.

Adicionalmente, el Derecho Procesal ha fijado determinados presupuestos que permiten el despacho favorable de tales medidas. En este sentido se exige:

a) apariencia del derecho invocado (*fumus bonis juris*), vale decir, debe existir verosimilitud -sumariamente acreditada- de que el demandante cuenta con la razón.

b) peligro en la demora (*periculum in mora*), "... es decir que si el

(4) SAGUES Néstor. "Ley de Amparo", Buenos Aires: La Ley, 1979, p. 378

(5) BURGOA Ignacio. Ob. cit. p. 711

(6) CUADRAO Jesús. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 280

(7) MONROY GALVEZ Juan. "Temas de proceso civil", Lima: Studium, 1987, pp. 35-38

(8) PEYRANO Jorge. "Medida cautelar innovativa", Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 13

(9) PEYRANO Jorge. ob. cit. pp. 21-22

órgano jurisdiccional no actúa ya (aunque sea de modo provisorio), es muy probable que nunca más pueda hacerlo con eficacia" (10).

c) contracautela, que consiste en la garantía (real, personal o caución juratoria) otorgada por el solicitante de la medida cautelar que permita, de ocasionarse un daño a la otra parte, indemnizarla si es que la demanda finalmente fue rechazada.

d) irreparabilidad del perjuicio, es en palabras de Jorge Peyrano "... el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un daño irreparable al pretensor" (11).

Estos presupuestos deberán ser apreciados prudentemente por el Juez, quien para ello deberá contar con la madurez necesaria que le permita salvaguardar el valor "eficacia" en el proceso y que impida un uso indiscriminado y arbitrario que atente contra los nobles fines de la institución.

III

Ahora bien, luego de examinar sumariamente los aspectos indicados, conviene preguntarnos ¿cuáles son los alcances de la institución incorporada por el artículo 31° de nuestra ley de habeas corpus y amparo?, ¿se trata acaso de una medida cautelar?, ¿cuáles son sus efectos?

Sobre el particular, resulta nece-

sario recordar que la versión original del artículo 31° incorporado por la ley N° 23506, se convirtió en la práctica en un instrumento que en manos de malos abogados y jueces negligentes sirvió para desvirtuar su naturaleza, convirtiéndose al amparo en un verdadero "sanalotodo" al cual se acudía fundamentalmente para obtener una suspensión que satisficiera los intereses del quejoso. Esta penosa situación —que llegó a convertirse en un verdadero festín donde cada parte buscaba su propia suspensión ya sea en el juzgado de origen o en otro, y donde todo se suspendía hasta por ejemplo proyectos de ley—, trajo como consecuencia una reacción legislativa, con indudable tinte político, que dio a luz la reforma del artículo 31° (Ley N° 25011), sin que a nuestro juicio tal modificación permita avisorar un futuro promisor, sino por el contrario un oscuro porvenir.

Pero, ¿cuáles son las características de la actual versión del citado artículo 31°?. Veamos:

1) La norma precisa que la autoridad judicial podrá disponer la "suspensión del acto que dio origen al reclamo". Es decir, se sigue la terminología propia del derecho mexicano y que, como hemos visto, constituye en puridad una medida cautelar. Esta suspensión del acto reclamado, si seguimos la experiencia foránea que la informa y a la cual nos hemos referido con anterioridad, es una medida cautelar de no innovar e implica la conservación o inmovilización de u-

na situación de hecho que impida los cambios que pudieran luego frustrar el resultado del proceso de amparo y la eficacia de la sentencia. Carece así de efectos retroactivos y no procede contra omisiones (actos negativos) ni hechos consumados. En este orden de ideas, resulta ilustrativo citar a Jorge Peyrano quien comentando la experiencia argentina ha sostenido que "...la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo lesivo que se impugna vía amparo, vendría a ser una fórmula ejemplificativa de lo que habitualmente se conoce como prohibición de innovar: medida precautoria ésta que —como se sabe— carece de efectos retroactivos..." (12). Por lo demás, éste carácter no innovativo fue reconocido en el propio dictamen conjunto de las Comisiones de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, y Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados (18-11-88) que inspiró la fórmula adoptada en la Cámara Baja y que fuera posteriormente aprobada en el Senado. Sin embargo, nadie duda que la realidad ha desbordado estos límites, y en la práctica vemos que —sin mayor fundamentación— se decretan verdaderas medidas cautelares innovativas, las cuales a nuestro modesto entender no han sido admitidas por la ley.

2) El dispositivo permite la suspensión a petición de la parte agraviada y en cualquier etapa del proceso. Con ello —a nuestro juicio correctamente— se desecha la posibilidad de concederla de oficio tal co-

(10) PEYRANO Jorge. ob. cit. p. 26a

(11) PEYRANO Jorge. ob. cit. p. 27

(12) PEYRANO Jorge. "La demanda de amparo, la suspensión de los efectos del acto lesivo y la medida cautelar innovativa". La Ley 1980, Tomo D, p. 17. En el citado trabajo el autor sostuvo que en otras oportunidades "... procedimos a citar a la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo lesivo que se impugna vía amparo entre los contados ejemplos de recepción legal de medidas innovativas. El propósito de éste es, precisamente, el de servir de retractación esclarecedora, porque (...) ya no estamos tan seguros de la exactitud de la ejemplificación de marras" (pp. 16-17). Conviene precisar que ello no significa que en el amparo argentino no quedan las medidas cautelares innovativas, pues ellas se decretan en virtud de la aplicación supletoria de las normas procesales civiles que las contemplan implícitamente a través de las llamadas medidas cautelares genéricas (artículo 232°, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

mo sucede en México o en España. El pedido, dice la norma, puede efectuarse en cualquier etapa del proceso. Sin embargo, se plantea la duda sobre si puede otorgarse también por la Corte Suprema, pues el artículo en mención en su párrafo segundo dispone que el incidente de suspensión será resuelto por el Juez o la Corte Superior, decisión que puede ser recurrida ante la instancia superior. Ello, ¿acaso quiere decir que la Corte Suprema puede conceder una medida cautelar en instancia originaria? ¿sólo podrá otorgarla al momento de revisar la resolución impugnada? ¿de concederla originariamente quién resolvería el recurso impugnativo que se presentara contra ella?

3) Se dice además que la suspensión se dispondrá "por cuenta, costo y riesgo del solicitante". Estos conceptos extraídos de la normativa propia del embargo preventivo (artículo 235°, C.P.C.) y que no constituyen una contracautela, al carecer de un vehículo procesal expeditivo se convertirán en una interesante declaración lírica que en modo alguno solucionará el grave problema ocasionado por el pedido y concesión injustificado de medidas cautelares.

4) Finalmente, en cuanto al procedimiento para conceder la suspensión, se aprecian dos novedades que llevadas a nuestra realidad servirán sin duda para desvirtuar el valor "eficacia", fundamento de toda medida cautelar.

En primer lugar, se establece un incidente de suspensión en cuerda separada y con traslado a la parte emplazada. Esta modificación, que desvirtúa la naturaleza "inaudita pars" característica de las medidas cautelares, se ha fundamentado en la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa de la parte que se perjudicaría con el dictado de la suspensión. A nuestro juicio, tal posición no resulta conveniente por que debido al plazo estableci-

do, que en teoría parece breve pero que la práctica se encargará de extender, se facilitaría la irreparable ejecución del acto lesivo convirtiendo a la medida cautelar en un instrumento ineficaz. Así, en el clásico ejemplo de la resolución de Alcaldía que en forma manifiestamente arbitraria dispone la demolición inmediata de la casa en que resido, de correrse traslado a la parte demandada, debido a la demora que ello implica, la resolución se ejecutaría y demolería el inmueble, con lo cual la medida cautelar en realidad habría perdido todo sentido. Más aún, sostener que esta modificación salvaguarda el derecho de defensa del emplazado resulta harto discutible, pues un sector importante de la doctrina ya ha reconocido que "... en varias hipótesis, aparentemente, no juega el principio de bilateralidad de la audiencia. Así, v.g., (...) sucede con el despacho de medidas cautelares, (...). Preciso es aclarar que los casos que hemos propuesto como ejemplo no son excepciones al contradictorio, sino meras restricciones temporales a su vigencia. Ello porque (...) la bilateralidad de la audiencia reaparece pasada la oportunidad en que resultaba contraproducente su imperio" (13).

Pero la norma modificatoria no se ha limitado a desechar el principio "inaudita pars", sino además ha llegado al extremo de establecer que la resolución que otorga la suspensión "será recurrida en doble efecto ante la instancia superior". Es decir, concede la alzada no sólo con efecto devolutivo sino también con efecto suspensivo. Con ello se termina de facilitar el desfallecimiento de la materia de amparo, que contradictoriamente a través de la suspensión buscaba mantenerse con vida. Así, en el hipotético caso que la autoridad policial sin contar con mandato judicial notifique a una persona que en fecha próxima y determinada ingresará a su morada para realizar un registro,

amenazando su derecho a la inviolabilidad del domicilio; de concederse la suspensión, bastará con apelar de ella para que la medida no se ejecute hasta que el recurso sea resuelto por el superior. De modo tal que en el caso en mención la medida cautelar no podrá cumplir su objetivo, es decir, impedir la consumación de la amenaza evitando la irreparabilidad del perjuicio, pues la urgencia que requiere su dictado y ejecución no se condice con la demora real que implica la revisión ante el superior. De esta manera, el legislador se ha afiliado a lo dispuesto por la ley de amparo argentina (artículo 15°, Ley N° 16986) que concede la apelación en "ambos efectos", olvidando que ella ha sido severamente criticada por la generalidad de la doctrina platense, casualmente por impedir la inmediata ejecución de la medida cautelar decretada.

Estas son pues las características fundamentales de la suspensión del acto reclamado en nuestra actual normatividad. La ley modificatoria, lejos de perfeccionarla, ha servido para desvirtuar su real naturaleza cautelar.

En ello, la responsabilidad del legislador es grave, y el compromiso académico, creemos, debe encaminarse hacia la necesaria reflexión y discusión sobre aquellos criterios que permitan revalorizar esta institución, tanto a nivel legislativo —a través de una propuesta idónea de reforma que incluya una difusión de las medidas cautelares en los demás procedimientos judiciales— como a nivel judicial —exigiendo por ejemplo la presencia de los presupuestos indispensables para su despacho, y la necesaria madurez judicial—. De lo contrario, seguiremos asistiendo a un concierto de modificaciones parciales que en vez de mejorar al amparo sólo servirán para ir progresivamente ahogando su función protectora.

(13) PEYRANO Jorge. "El proceso civil. Principios y fundamentos", Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 154-155.