



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

UN CASO DE APELACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SIN EFECTO SUSPENSIVO EN UN PROCESO DE AMPARO DIRIGIDO CONTRA NORMAS AUTOAPLICATIVAS

Luis Castillo-Córdova

Perú, marzo de 2008

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2008). Un caso de apelación de la medida cautelar sin efecto suspensivo en un proceso de amparo dirigido contra normas autoaplicativas. *Actualidad Jurídica*, (172), 15-29.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, en el artículo 15 CPConst., se ha dispuesto que la apelación de las medidas cautelares se otorga, como regla general, sin efecto suspensivo; sin embargo, esta regla general tiene una excepción: “salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo”. Frente a esta disposición cabe plantear la siguiente cuestión: ¿es posible formular alguna excepción a la excepción de la mencionada regla general? Es decir, ¿es posible pensar en un supuesto en el que dirigida la demanda de amparo contra una norma autoaplicativa, la medida cautelar que se otorgue no se suspenda en sus efectos al ser apelada? La solución a esta pregunta tendrá las siguientes dos partes. En la primera se intentará formular una justificación argumentativa a la siguiente afirmación: es posible otorgar sin efectos suspensivos la apelación de la resolución que otorga una medida cautelar en un proceso de amparo seguido contra una norma autoaplicativa. En la segunda se examinará la corrección constitucional de la justificación argumentativa a la luz de un caso concreto.

II. JUSTIFICACIÓN DEL OTORGAMIENTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR SIN EFECTOS SUSPENSIVOS CUANDO SE TRATA DE LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA AUTOAPLICATIVA

1. *La finalidad de los procesos constitucionales*

La respuesta a la cuestión presentada anteriormente empieza recordando la finalidad de los procesos constitucionales, en particular, del proceso constitucional de amparo. Este punto de partida tiene una justificación bastante sencilla: si se trata de llegar a una interpretación de un dispositivo que regula una determinada institución jurídica, se ha de empezar por determinar la naturaleza jurídica de esa institución. Y, como se sabe, un rasgo que define esa naturaleza jurídica es precisamente el de su finalidad.

Como también se sabe, dos son los fines que definen los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución; y garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales (artículo I CPConst.). En particular, el proceso de amparo apunta principalmente –aunque no exclusivamente– al segundo de los mencionados fines. De esta manera se ha dispuesto que la finalidad del proceso de amparo es la defensa del contenido constitucional de determinados derechos fundamentales, y que esa defensa se realizará reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental (artículo 1 CPConst.).

En palabras del Tribunal Constitucional

“este Tribunal ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que el amparo, y todos los procesos constitucionales tuitivos del derecho a la libertad, solo tienen por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional. Lo que significa que, si el recurrente ostenta la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es lesivo o no de aquel atributo subjetivo reconocido por la Constitución”¹.

¹ EXP. N.º 6396–2005–PA/TC, de 6 de octubre de 2005, F. J. 4.



2. *El principio de elasticidad*

Una vez manifestada la finalidad de los procesos constitucionales, en particular, la del proceso de amparo, conviene dar un paso más y detenerse a estudiar la función de la finalidad en los procesos constitucionales. En particular, se debe afirmar que en ellos es posible descubrir una dimensión formal y otra material. La primera alude especialmente a todas aquellas exigencias procedimentales que legalmente se ha dispuesto debe de cumplir el desarrollo de todo proceso constitucional para llegar a ser considerado como jurídicamente válido. La segunda dimensión alude fundamentalmente a la determinación y salvación del contenido constitucional de un derecho fundamental, precisamente el invocado como afectado o agredido y que se intenta asegurar a través de este proceso constitucional de la libertad.

De estas dos dimensiones, la formal está afectada a la plena satisfacción de la dimensión material. Es decir, las distintas exigencias formales que puedan haberse previsto en el seno de un proceso constitucional, tienen su justificación en el hecho de que con ellas se pretende alcanzar el mayor éxito posible en el aseguramiento del contenido constitucional de un derecho fundamental. En este sentido, no es incorrecto afirmar que existe una subordinación de la dimensión formal hacia la dimensión material. Esta subordinación permite a su vez afirmar que las formas procesales actúan como un medio para el eficaz aseguramiento de la plena vigencia del contenido material del proceso. En este contexto debe entenderse el mandato por el cual el Juez e incluso el Tribunal Constitucional tienen la obligación de adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código Procesal Constitucional al logro de los fines de los procesos constitucionales (Tercer párrafo del artículo III CPCConst).

La obligación contenida en este artículo III CPCConst., conforma el llamado principio de elasticidad por el cual

“se exige que el juez adecue las formalidades que puedan exigirse en el proceso constitucional a la consecución de los fines del mismo (...). Una vez más cobra especial relevancia tener en cuenta que el principio que ahora se comenta (al igual que todos los demás principios procesales), en sí mismo no es más que un medio para alcanzar la solución justa que involucra la garantía plena de la Constitución y de los derechos constitucionales”².

En palabras del Tribunal Constitucional, el mencionado dispositivo legal

“impone a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional exigir el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, a fin de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente –principio de elasticidad–”³.

Se ha de reconocer que al ser considerado el Juez como director del proceso constitucional, se le está reconociendo la facultad para

² CASTILLO Córdova. Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Palestra editores, p. 55.

³ EXP. N.º 0266–2002–AA/TC, de 10 de marzo de 2005, F. J. 7. Subrayado añadido.

“adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades a los fines del proceso: la solución del conflicto de intereses o la eliminación de la incertidumbre con relevancia jurídica y, en consecuencia, a la paz social en justicia”⁴.

En esta línea,

“incluso se abre la posibilidad de que el juez decida el no cumplimiento de un requisito formal siempre que el cumplimiento conlleve objetivamente a una frustración en la consecución del fin, cual es, la plena y oportuna salvación del derecho constitucional agredido”⁵.

Sin embargo, esta flexibilidad no debe ser interpretada como si significase que el juzgador queda desvinculado del Derecho, sino que lo único que significa es que

“esas reglas procesales deban ser seguidas sin olvidar la finalidad que se persigue con el procedimiento en concreto: la defensa de un derecho constitucional o de la Constitución misma. El procedimiento, no debe olvidarse, tiene la naturaleza de medio, cuando intenta seguirse de forma que pone en serio riesgo la consecución del fin, ese acontecer procesal se deslegitima y se convierte en inconstitucional”⁶.

En palabras del Tribunal Constitucional, no se está autorizando al Juez constitucional

“a desvincularse de los principios procesales generales y crear ex novo reglas procesales aplicables a tal tipo de proceso, sino tan sólo preferir los principios procesales del artículo III del Título Preliminar del CPConst, desechando la aplicación de todo criterio procesal que resulte incompatible con su finalidad. Tal es el sentido del tercer párrafo del mencionado artículo III [CPConst.]”⁷.

Por lo tanto, de la aplicación del principio de elasticidad en los procesos constitucionales puede concluirse que el Juez constitucional se encuentra no sólo con la facultad sino también con el deber de privilegiar la consecución plena de la finalidad del amparo, aunque aquello suponga la matización o incluso la inaplicación de una exigencia formal.

3. Interpretación del artículo 15 CPConst.

Lo hasta aquí explicado conforma el marco dentro del cual ha de ser interpretado el artículo 15 CPConst, dispositivo legal que conforma el proceso cautelar en el seno de un proceso constitucional. Dos elementos de este dispositivo interesan especialmente destacar ahora. El primero es la parte en la que se afirma que la apelación de una medida cautelar por la que se inaplican normas autoaplicativas, se otorgará con efectos suspensivos (parte final del primer párrafo del artículo 15 CPConst). Y el segundo es que para el otorgamiento

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso Civil*. Tomo I, Temis – De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogota, 1996, p. 104. Subrayado añadido.

⁵ CASTILLO Córdova. Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, citado, p. 56.

⁶ Ibidem.

⁷ EXP. N.º 0048–2004–PI/TC, de 28 de marzo de 2005, F. J. 5.



de la medida cautelar el juez deberá atender –entre otros factores– al carácter de irreversibilidad de la medida cautelar.

Atendiendo a estos dos elementos se ha de preguntar si existe, y si existe cuales características deberá tener, un supuesto de hecho en el que a pesar de que la medida cautelar se formule respecto de normas autoaplicativas, e incluso el efecto del cumplimiento de la medida cautelar pueda suponer una situación de irreversibilidad, la medida cautelar deba ser considerada como constitucionalmente correcta, y su apelación no suspenda su ejecución.

La única posibilidad de que pueda admitirse un tal supuesto de hecho es que nos encontremos ante una situación en la que el carácter manifiesto de la agresión del contenido constitucional del derecho fundamental se patentice desde el acto de presentación de la demanda. Es decir, la única posibilidad de que pueda ocurrir el mencionado supuesto de hecho es admitir que es posible un caso en el que la agresión es tan manifiesta que desde un inicio hay la certeza de que la demanda constitucional será declarada fundada. En este caso, no existe justificación alguna para no otorgar una medida cautelar por la irreversibilidad que ella pueda suponer, ni mucho menos tiene justificación suspender su eficacia frente a su impugnación mediante recurso de apelación.

Y no tiene justificación precisamente porque de lo que se trata es de conseguir lo más posible la salvación plena y oportuna de los derechos fundamentales afectados. Lo cual supone, necesariamente, evitar que existan momentos de no vigencia plena del derecho fundamental. Esta salvación, que necesariamente se obtendrá debido a la certeza en la agresión del derecho fundamental, se verá postergada o incluso podrá peligrar su eficacia, si no se otorga la medida cautelar, o si siendo otorgada no se le mantiene en sus efectos.

Pues bien, un caso de esa naturaleza ocurriría cuando estando ante una cuestión de puro derecho, es posible y fácil sustentar la radical inconstitucionalidad de los actos que afectan el contenido constitucional de un derecho fundamental. Al ser radicalmente inconstitucionales, no habrá modo alguno de admitir que la afectación del derecho fundamental pueda ser constitucional. Según el Tribunal Constitucional,

“los derechos fundamentales deben ser comprendidos como *mandatos de optimización*, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege”⁸.

Y es que, si los derechos fundamentales son mandatos de optimización dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas⁹, cualquier medida que impida esa optimización estará constitucionalmente prohibida si es posible argumentar su radical inconstitucionalidad. Por muy leve que sea la afectación de un derecho fundamental, si ella proviene de normas que son manifiesta y radicalmente inconstitucionales, la afectación debe ser declarada inconstitucional y por ello, debe ser proscrita inmediatamente. Dicho con otras palabras, por muy leve que sea el impedimento de optimización, si es un impedimento que proviene de normas manifiesta y radicalmente inconstitucionales, el impedimento debe ser neutralizado inmediatamente por inconstitucional.

⁸ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y 0026–2005–PI/TC, de 25 de abril de 2006, F. J. 44.

⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

El Juez constitucional, como se argumentó anteriormente, está facultado (y obligado) por la Constitución peruana (en adelante CP) y por el Código Procesal Constitucional para no exigir una formalidad cuando esa formalidad dificulte o impida la plena satisfacción del objetivo de los procesos constitucionales. De modo que en un caso en el que la agresión de un derecho fundamental es patente desde la presentación de la demanda misma, debido a la radical inconstitucionalidad de las medidas que lo afectan, el Juez se encuentra en la obligación de preservar el entorno fáctico y jurídico para proteger lo más posible la plena vigencia de los derechos fundamentales afectados. Así, la cuestión se traslada a determinar si un determinado caso concreto constituye uno de radical inconstitucionalidad de la afectación de derechos fundamentales, de modo que permita afirmar que esa afectación debe ser enfrentada inmediatamente a través del otorgamiento y vigencia de una medida cautelar que impida la referida afectación, por muy leve o poco intensa que resulte para la plena vigencia del derecho fundamental, es decir, para la plena optimización del mismo.

III. APLICACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN A UN CASO CONCRETO

1. *El caso propuesto*

De manera general se propondrá un caso que servirá de referencia para evaluar la viabilidad de la interpretación que del artículo 15 CPConst. se ha manifestado anteriormente. Supóngase la existencia de una empresa cuyo objeto social –entre otras cosas– supone la comercialización de vehículos, partes y autopartes (repuestos y accesorios) y, por tanto, supone la importación de los mismos a través de CETICOS cuando así lo crea conveniente. Este objeto social se encuentra recogido en el acuerdo de constitución social de la empresa, el mismo que se ha inscrito convenientemente en el registro público correspondiente. La empresa quiere importar vehículos, partes y autopartes desde CETICOS, pero la autoridad administrativa decide exigirle una serie de requisitos que brotan de normas como el Decreto Legislativo 843 y sus modificatorias, en particular por los Decretos Supremos 017–2005–MTC y 042–2006–MTC; así como por los Decretos de urgencia 079–2000, y 086–2000. Ante esta situación la empresa decide interponer una demanda de amparo constitucional, persiguiendo la inaplicación de estas normas, solicitando además una medida cautelar que adelante los efectos de la sentencia definitiva. El Juez de primera instancia otorga la medida cautelar, la cual es apelada por la parte demanda. El demandante en amparo constitucional solicita que el otorgamiento de la apelación sea sin efectos suspensivos.

2. *Sobre el derecho fundamental afectado y sobre las medidas que lo afectan*

En el caso propuesto, aunque existen varios derechos afectados (libertad de contratación, derecho al trabajo), existe la clara afectación de un derecho fundamental sobre el cual versará la argumentación. Ese derecho fundamental es la libertad de empresa (artículo 59 CP). Según ha interpretado el Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido de esta libertad fundamental

“está determinado, a su vez, por cuatro tipo de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre,



domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno¹⁰.

La singularidad de este derecho fundamental, ha llevado a admitir su estrecha relación con otros derechos fundamentales, en particular con las libertades de comercio y de industria. En palabras del Supremo intérprete de la Constitución

“la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos¹¹.”

En el caso propuesto, la afectación de la libertad de empresa, en relación principalmente con la libertad de comercio, consiste en el establecimiento de una serie de limitaciones para importar determinados vehículos (y accesorios y autopartes respectivos) a través de los CETICOS. Esas limitaciones han sido establecidas por una serie de normas: por el Decreto Legislativo 843 y sus modificatorias, en particular por los Decretos Supremos 017-2005-MTC y 042-2006-MTC; así como por los Decretos de urgencia 079-2000, y 086-2000.

Aquí no se examinará la constitucionalidad de las limitaciones que ha establecido el Decreto Legislativo 843 en su artículo 1, asumiéndolas como constitucionalmente válidas debido a su razonabilidad y proporcionalidad intrínsecas. Lo que sí se examinará es si sus dos señaladas modificatorias y los dos Decretos de urgencia mencionados son o no constitucionalmente válidos. Pues bien, si se llega a sustentar la radical inconstitucionalidad de estas cuatro normas que formulan las limitaciones al derecho fundamental antes referido, se habrá llegado también a argumentar que en el caso propuesto, habrá certeza de que la demanda de amparo será finalmente declarada fundada, por lo que el Juez constitucional estará en la obligación de otorgar la medida cautelar sin dejarla suspendida en ningún caso, debido a que el no otorgarla o el otorgarla y suspenderla significará dar validez a limitaciones de un derecho fundamental que vienen establecidas por normas radicalmente inconstitucionales. O dicho con otras palabras, el no otorgarla o el otorgarla y suspenderla significará que el Juez ha preferido satisfacer exigencias formales antes que el alcance pleno del objetivo del proceso de amparo (la plena vigencia del derecho fundamental), incurriendo con ello en la vulneración del principio de elasticidad (artículo III CPCConst.). Poco importa la intensidad de la afectación, ella

¹⁰ EXP. N.º 0003-2006-PI/TC, de 4 de septiembre de 2006, F. J. 63.

¹¹ EXP. N.º 3330-2004-AA/TC, de 11 de julio de 2005, F. J. 13.

necesariamente debe ser rechazada por su manifiesta inconstitucionalidad, y debe ser rechazada lo más pronto y eficazmente posible. De lo contrario se estaría impidiendo de una forma inconstitucional la optimización del derecho constitucional¹².

3. Sobre la inconstitucionalidad radical del D. U. N.º 079-2000

Esta norma es inconstitucional por un vicio interno, es decir, por una causal que se cumple al margen de las concretas circunstancias. Argumentar la inconstitucionalidad de esta norma exige recordar lo que se ha dispuesto en el artículo 118.19 de la Constitución peruana. En el mencionado precepto constitucional se ha establecido que es una atribución del Presidente de la República, “[d]ictar medidas extraordinarias, mediante Decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

Varias exigencias limitan el poder del Presidente de la República para emitir Decretos de urgencia. El Supremo intérprete de la Constitución ha manifestado que las condiciones de validez a las cuales se encuentran sujetos los Decretos de urgencia en nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 118. 19 de la Constitución son las siguientes:

“1.1 Que los decretos de urgencia tengan el carácter de extraordinarios, esto es, que se expidan cuando se presenten situaciones objetivas excepcionales, que obliguen al Ejecutivo, en la Administración de la *res* pública, a emitir una regulación *ad hoc*, sin seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución y el Reglamento Parlamentario para la aprobación y sanción de las leyes. 1.2 Que versen estrictamente sobre materia económica y financiera, con exclusión de la materia tributaria, por expreso mandato del tercer párrafo del artículo 74º de la Constitución. 1.3 Que la norma sea exigida por el interés nacional”¹³.

El incumplimiento de cualquiera de estas tres exigencias tiene por necesaria consecuencia la inconstitucionalidad de la medida extraordinaria. Aquí no se examinará el cumplimiento del primer requisito por parte del Decreto de Urgencia N.º 079-2000, sino que el mismo se dará por cumplido. Sobre la segunda exigencia se afirmará que no existe duda que la mencionada norma con rango de ley versa sobre materia económica al disponer la suspensión del ingreso en CETICOS de determinados vehículos automotores. El tercer requisito, sin embargo, parece no ser cumplido. En efecto, en el tercer considerando del Decreto de Urgencia N.º 079-2000 se manifiesta que la escasa demanda de determinado tipo de vehículos ha motivado que su reacondicionamiento

“se realice con adaptaciones en sus componentes, por lo que su circulación en la vía pública constituye un riesgo permanente para la vida y salud de las personas”.

¹² Se ha de afirmar desde ya, que en principio bastaría con el examen de la última norma modificatoria del Decreto legislativo 843, es decir, bastaría con el examen de constitucionalidad del Decreto Supremo 042-2006-MTC, sin embargo, se hará también referencia al Decreto Supremo 017-2005-MTC. De todos modos, el razonamiento que sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo 042-2006-MTC se llegue a formular, será fácilmente extensible a las normas que con anterioridad modificaron el Decreto Legislativo 843: los Decretos Supremos 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, y 017-2005-MTC.

¹³ EXP. N.º 004-1999-AI/TC, de 30 de enero de 2002, F. J. 1.



De aquí se concluye que la medida extraordinaria de suspensión del ingreso en CETICOS de determinado tipo de vehículos, está justificada por la protección a la vida y a la salud de la población. Esta justificación no tiene relación con situación alguna referida a la amenaza grave para la estabilidad y seguridad del país, que es lo que significa el interés nacional. Consecuentemente, el Decreto de Urgencia analizado al haber sido emitido sin que exista interés nacional que lo justifique, ha incurrido en inconstitucionalidad.

A esta misma conclusión ha llegado el Tribunal Constitucional, el mismo que ha tenido oportunidad de manifestar que

“[r]especto a la inaplicación del Decreto de Urgencia N.º 079–2000 –que suspende el ingreso a los CETICOS de vehículos automotores de transporte de pasajeros con más de 9 asientos y de peso mayor a 3,000 kg–, cabe precisar que, conforme lo establece el artículo 118, inciso 19) de la Constitución Política vigente, el Presidente de la República puede expedir Decretos de Urgencia con fuerza de ley, pero sólo en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso; sin embargo, *la motivación textual de la norma impugnada por la demandante es proteger la vida y la salud de las personas, razón suficiente para declarar su inaplicación*, conforme lo ha sostenido este Tribunal en las STC N.ºs 0454–2001–AA/TC, 0325–2001–AA/TC y 510–2001–AA/TC”¹⁴.

Por lo tanto, la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 079–2000 debe ser considerada radical debido a que no cumple con el tercer requisito para su validez constitucional. Más aún, cuando sobre ello ya ha habido un previo juicio de constitucionalidad realizado por el Supremo intérprete de la Constitución, el cual es vinculante para los poderes públicos y para los particulares, en especial para los jueces (segundo y tercer párrafo del artículo VI CPCConst.).

4. *Sobre la inconstitucionalidad radical del D. U. N.º 086–2000*

La argumentación realizada en el apartado anterior es perfectamente extensible al Decreto de Urgencia N.º 086–2000, en la medida que esta norma sólo tiene por finalidad precisar los alcances del Decreto de Urgencia N.º 079–2000, dirigiéndose en ese sentido su contenido.

Esto mismo ha concluido el Supremo intérprete de la Constitución peruana, el cual luego de afirmar –una vez más– la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 079–2000 debido a que su expedición se ha efectuado al margen de la exigencia constitucional del interés nacional, ha extendido también esta sanción hacia el Decreto de Urgencia N.º 086–2000. Así se manifestó el Alto Tribunal de la Constitución:

“el Decreto de Urgencia N.º 086–2000 precisa los efectos del Decreto de Urgencia N.º 079–2000; por lo tanto, también deviene en inaplicable, puesto que su aplicación se encuentra ligada a esta norma, la misma que debe ser declarada inaplicable, por la razón antes expuesta”.

¹⁴ EXP. N.º 1236–2004–AA–TC, de 22 de junio de 2004, F. J. 2. La cursiva de la letra es añadida.

Por lo tanto, la conclusión de inconstitucionalidad radical y manifiesta a la que se arribó en el apartado anterior es extensible también al Decreto de Urgencia N.º 086–2000.

5. Sobre la inconstitucionalidad radical del D. S. N.º 017–2005–MTC y del D. S. N.º 042–2006–MTC

A) Contexto en el que se expiden los mencionados reglamentos

Corresponde ahora examinar la constitucionalidad del Decreto Supremo 017–2005–MTC. A través de la Ley 26648 se delegó por 90 días (que luego se prorrogó por 30 días más) la facultad en el Poder Ejecutivo para regular sobre determinadas materias, de entre las cuales se han de destacar las dos siguientes:

“2. Normas para promover la generación de empleo, eliminando trabas a la inversión e inequidades, con énfasis en el incremento de las exportaciones y el desarrollo del mercado de capitales. (...) 4. Normas que creen la Zona de Desarrollo del Eje Matarani–Ilo–Tacna, para promover la Inversión privada en el Sur del Perú”.

En ejercicio de estas funciones legislativas delegadas, el Poder ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 843, en cuyo artículo 1 se establecieron unos *requisitos mínimos de calidad* que se debían de cumplir para la importación de vehículos automotores de transporte terrestre usados, de carga o pasajeros. Adicionalmente se estableció en la parte final del mencionado dispositivo, que los *requisitos mínimos de calidad* podían ser modificados posteriormente por simple reglamento. Así, se dispuso que

“[p]or Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas, y de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, se podrán modificar los requisitos establecidos en el presente artículo”.

En aplicación del mencionado último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 843, se emitieron varios Decretos Supremos modificando los requisitos mínimos de calidad previstos en el Decreto Legislativo 843. de entre ellos –como ya se dijo anteriormente– importa referir ahora los dos últimos: el D. S. 017–2005–MTC, y el D. S. 042–2006–MTC, que son precisamente las dos normas cuya constitucionalidad ahora se examina.

Varias objeciones de constitucionalidad pueden formularse a estas dos normas reglamentarias, de las que aquí se destacarán las siguientes dos: una relacionada con la vulneración del artículo 51 CP en el que se establece la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico peruano; la otra relacionada con el artículo 104 CP en el que se recoge la figura de los Decretos legislativos.

B) Vulneran el principio constitucional de jerarquía normativa

a. Primacía formal y material de la norma con rango de ley sobre el reglamento

En lo que respecta a la primera de las mencionadas objeciones, el principio constitucional de jerarquía normativa afirma que la Ley se encuentra en una posición jerárquicamente superior respecto del Reglamento. Esta primacía tiene al menos los dos siguientes aspectos:



“en primer lugar, una situación de primacía formal respecto del reglamento. Con esta fórmula quiere aludirse a la diversa función relativa que una y otro ostentan en la economía general del sistema normativo y, en particular, en la superioridad posicional de la ley derivada de su centralidad (...). [E]n segundo lugar una posición de primacía material o de contenido respecto del reglamento, consistente en la invulnerabilidad de sus preceptos frente a las determinaciones reglamentarias”¹⁵.

Esto significa que las normas reglamentarias no podrán contradecir ni en el fondo ni en la forma a las normas con rango de ley. Consecuencia necesaria de este mandato constitucional es que un Decreto Legislativo (norma con rango de ley) no podrá ser modificado a través de un Decreto Supremo (norma reglamentaria). Si ocurriese que un Reglamento (un Decreto Supremo, por ejemplo) modificase una Ley (un Decreto Legislativo, por ejemplo), se habría incurrido en inconstitucionalidad radical.

b. El principio *contrarius actus* y el Principio de no contradicción

En este mismo sentido, deberá recordarse la eficacia de dos principios adicionales, muy relacionados –y que de alguna manera lo complementan– al principio de jerarquía normativa. Uno de ellos es el principio *contrarius actus*. Este principio dispone que para emitir una norma nueva ésta deberá tener

“un rango normativo por lo menos igual al de la norma o normas que pretenden sustituir o innovar, y ello en virtud del criterio general de que para dejar sin efecto un acto jurídico se requiere un acto contrario de la misma solemnidad. Regulada una determinada materia por la Ley, el rango normativo queda *congelado* y sólo una Ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material”¹⁶.

De forma que

“todas las materias encasilladas hoy en el nivel de la Ley, cualesquiera que sean su importancia objetiva y su consideración constitucional, sólo podrán ser intervenidas en el futuro por Leyes”¹⁷.

Consecuentemente, y para el caso que nos ocupa, una vez regulados los *requisitos mínimos de calidad* para la importación de determinados vehículos, esa materia se ha encasillado dentro del rango de ley y, consecuentemente, sólo podrá ser regulada (y, de ser el caso, modificada) por otra norma con ese mismo rango de ley, en ningún caso por una norma reglamentaria como puede ser un Decreto Supremo. De no ser así se incurriría en vulneración del principio *contrarius actus* antes mencionado. Así,

“[e]ste rango de ley [del Decreto Legislativo] explica que toda modificación posterior del mismo tendrá que venir de nuevas

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Iustel, Madrid 2005, p. 342.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás–Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, 11^a edición, Civitas, Madrid 2002, p. 249.

¹⁷ *Ibidem*.

Leyes, por elemental aplicación del principio básico del *contrarius actus*¹⁸.

Adicionalmente, lo manifestado pretende aseguramiento a través del *Principio de no contradicción* entre el contenido del Reglamento y el de la Ley. En virtud de este principio

“las normas de la ley constituyen un núcleo de disposiciones intangibles para el reglamento, que en ningún caso puede contradecirlas”¹⁹.

Por lo tanto, se puede concluir que

“el Reglamento no podrá entrar en las regulaciones existentes con rango de Ley, si no quiere incurrir en nulidad radical”²⁰.

Para el caso que nos ocupa, un Decreto Legislativo no podrá ser modificado por un Decreto Supremo. De forma que las disposiciones del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC y del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC que pretenden variar los requisitos contenidos en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 843 no tienen validez constitucional alguna.

C) Vulnera la figura constitucional de la delegación de facultades legislativas

a. La función del Reglamento respecto de la Ley

En contra de lo que se ha dicho en el apartado anterior podría argumentarse lo siguiente. No hay duda que el principio de jerarquía normativa de las normas prohíbe que una norma con rango reglamentario modifique lo dispuesto por una norma con rango de ley. Sin embargo, esta regla general no se aplicaría en los casos en los que es la misma Ley la que prevé que un Reglamento pueda modificarla posteriormente. En estos supuestos, se diría, que el Reglamento modifique lo dispuesto por la Ley no significa contravenirla, sino más bien cumplirla a cabalidad en la medida que ella misma ha dispuesto su modificatoria a través de una norma reglamentaria.

A esto último se contesta de la siguiente forma. Existen al menos dos razones que impiden admitir como constitucionalmente válido ese razonamiento y, por tanto, existen al menos dos razones que permiten argumentar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC y del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC como normas que puedan válidamente modificar el Decreto Legislativo 843. La primera es genérica y consiste en recordar que la función de los reglamentos respecto de las leyes es la de desarrollarla, y siempre sin alterar su significado. Los reglamentos están llamados a desarrollar una Ley aunque sin llegar a contradecirla ni formal ni sustantivamente. De forma que

“la Ley o bien enuncia unos principios de regulación y remite al Reglamento su desarrollo completo; o bien, en el momento en que regula una determinada materia, dispone que algunos de los puntos

¹⁸ Idem., p. 259.

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, citado, p. 373.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, citado, p. 249.



de la misma se ordenen reglamentariamente, remitiendo, pues, en cuanto a ellos, a una regulación secundaria”²¹.

Si en este contexto ocurre una modificación, el Reglamento pretendería dejar de ser una norma que desarrolla una Ley para él mismo desempeñar el papel de una norma con rango de ley. Y esto, de ocurrir, no tiene otro significado que no sea el de contravenir un principio constitucional, el de jerarquía normativa, como quedó explicado en el apartado anterior. Obviamente, esta contravención ocurrirá al margen de lo que la misma norma con rango de ley disponga. Lo contrario sería incurrir en una nueva inconstitucionalidad, pues se estaría admitiendo que la Ley puede contradecir la Norma fundamental, al admitir que ella puede modificar la jerarquía normativa constitucionalmente establecida al permitir que el Reglamento se sobreponga a una norma con rango de ley. Y es que

“los reglamentos son normas de segunda clase, de rango inferior a la ley, principio que asegura la preeminencia del Parlamento sobre el Poder Ejecutivo en la producción normativa”²².

b. Dos vías de desnaturalización

La segunda razón es concreta y referida directamente del Decreto Legislativo 843. Como se sabe, los Decretos legislativos son manifestación del ejercicio de la llamada función legislativa delegada. Hay situaciones en las que está constitucionalmente justificado que determinado asunto sea regulado por el Ejecutivo antes que por el Parlamento, órgano plural cuya voluntad se manifiesta a través de un procedimiento que suele ser largo, y no siempre con base a una discusión técnica sino más bien política. Es así que el Constituyente peruano ha previsto que el titular de la función legislativa, a través de una Ley autoritativa, pueda delegar el ejercicio de esa función al Ejecutivo para que en un plazo determinado legisle sobre una materia también determinada (artículo 104 CP).

Los Decretos legislativos, que así se llaman las normas que expide el Ejecutivo en ejercicio de la función legislativa delegada, encuentran en la Ley autoritativa su límite. Un Decreto Legislativo que no se ajuste o que contradiga lo dispuesto por la Ley autoritativa resultaría siendo inconstitucional por desnaturalizar el contenido jurídico de una institución constitucional: la delegación de facultades legislativas. Así, el Decreto Legislativo elaborado por el Ejecutivo

“adquiere (...) rango de Ley, pero ello *siempre que se mantenga dentro de los límites de la delegación*”²³.

Esta inconstitucional desnaturalización puede ocurrir –para lo que aquí interesa destacar– a través de las dos siguientes vías.

b.1. Porque el órgano encargado de ejercitar la función legislativa delegada es uno distinto al previsto constitucionalmente

La primera vía es que el Ejecutivo delegue las facultades legislativas que a su vez le ha delegado el Parlamento. Esta suerte de *re-delegación* pierde la legitimidad constitucional que se ha de reconocer a la delegación legislativa que efectúa el Parlamento. Y la pierde

²¹ Idem., p. 269.

²² PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte general*, 15^a edición, Marcial Pons, Madrid–Barcelona 2004, p. 58.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás–Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, citado, p. 259.

porque la función legislativa delegada resulta siendo ejercida por un órgano distinto al que el Parlamento quiso delegarle.

Esta primera vía de desnaturalización ocurre en el caso que ahora se analiza. A través de la Ley 26648 el Parlamento ha delegado al Poder ejecutivo, y no a ningún ministerio en particular, la facultad de legislar sobre determinada materia. No se olvide que la delegación prevista en la norma constitucional está referida del Poder Ejecutivo y no de ningún Ministerio en particular, es decir, está referida del Gobierno y no de la Administración. Bien se dice cuando se escribe que es el Parlamento

“el que mediante un típico acto de habilitación dirigido al Gobierno –no a la Administración (...)– le legitima *para que promulgue una norma que tendrá rango de ley*”²⁴.

El Poder ejecutivo, como ya se hizo notar anteriormente, a través del ejercicio de esa facultad delegada ha establecido los *requisitos mínimos de calidad* que se han de cumplir para dar cobertura legal a determinadas importaciones, y dispone adicionalmente que el contenido de esos requisitos mínimos sean revisados y modificados posteriormente por determinados Ministerios a través de una norma reglamentaria (Decretos Supremos).

En buena cuenta esto significaba que el Poder ejecutivo delega a su vez sobre determinados Ministerios las facultades legislativas que sólo a él le había delegado el Parlamento. Es decir, la función legislativa delegada venía a ser ejercida no por el habilitado constitucionalmente para hacerlo (el Poder ejecutivo), sino por un órgano diferente (Ministerios de economía y finanzas, y de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción). De esta forma la figura de la delegación de facultades legislativas en general, y la Ley autoritativa 26648 en particular, quedaban desnaturalizadas. Y es que el Poder Ejecutivo no puede delegar las facultades legislativas a él delegadas, no al menos sin contravenir el artículo 104 de la Constitución e incurrir –por ello– en manifiesta inconstitucionalidad.

b.2. Porque acontece una suerte de re–delegación *sine die*

La situación se agrava especialmente, y con esto se ingresa a la segunda vía de desnaturalización, si se toma en consideración que la regulación sobre la materia delegada ocurría incluso bastante tiempo después de haberse cumplido el plazo de 90 días (ampliado luego en 30 más) que preveía la Ley autoritativa. En efecto, el plazo para ejercitar las facultades delegadas al Poder ejecutivo para regular las materias antes indicadas terminó en noviembre de 1996, sin embargo, y en ejercicio de la re–delegación de facultades legislativas, determinadas dependencias administrativas las siguen regulando bastantes años después (julio 2005, Decreto Supremo N.º 017–2005–MTC; y diciembre de 2006, Decreto Supremo N.º 042–2006–MTC).

El ejercicio de esta suerte de re–delegación *sine die* desnaturaliza abiertamente la permisión constitucional de la delegación de facultades legislativas, incurriendo así en una nueva y manifiesta inconstitucionalidad. Pertenece a la naturaleza de esta figura constitucional de delegación de facultades legislativas, la perentoriedad. Una consecuencia necesaria de esta perentoriedad es

²⁴ MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 98.



“la de su agotamiento, pues una vez ejercitadas las facultades conferidas por la ley de delegación o autorización no cabe volver sobre ellas, y de ahí que las modificaciones posteriores del texto [del Decreto Legislativo] deban hacerse ya por una norma con rango de ley o mediante una nueva delegación o autorización legislativa”²⁵.

Y es que una vez ejercitada por el Poder ejecutivo las funciones delegadas, es decir, una vez emitido el Decreto Legislativo correspondiente, no cabe modificarlo. Su modificación sólo será posible a través de una Ley o de otro Decreto Legislativo (siempre que éste último sea fruto de una nueva delegación de facultades legislativas). En ningún caso podrá hacerse por medio de un reglamento (un Decreto Supremo), porque eso significaría un apoderamiento ilimitado en el tiempo de una facultad legislativa delegada por un tiempo determinado.

De esta forma, bien se ha dicho cuando se ha manifestado que

“[l]a aprobación del decreto legislativo extingue la delegación, que no se prolonga para ocasiones sucesivas, ni puede mantenerse en manos del Gobierno incondicionalmente. Las delegaciones son para ejecutarlas en una única ocasión”²⁶.

Consecuentemente, no es constitucionalmente válido que lo dispuesto por un Decreto Legislativo en virtud del ejercicio de la función legislativa delegada, sufra variaciones o modificaciones reglamentarias posteriores. Bien claro es en este punto el maestro español GARCÍA DE ENTERRÍA, al manifestar que

“[c]arecen, por ello, de todo efecto las cláusulas de revisión periódica de la norma delegada por medio de nuevos Decretos. Estas cláusulas son en la práctica una especie de autoprórroga del poder de legiferar que se otorga a sí misma la Administración, autoprórroga que, evidentemente, carece de efecto por no proceder del [Poder] legislativo”²⁷.

6. Solución al caso propuesto

Con base a lo argumentado anteriormente es posible afirmar que en el caso propuesto, resulta constitucionalmente justificado que el Juez de primera instancia otorgue la apelación de la medida cautelar pero sin efectos suspensivos. La radical inconstitucionalidad en la que incurren las normas autoaplicativas que sustentan el acto agresor de la libertad de comercio, la finalidad de los procesos constitucionales de defensa de la plena vigencia de los derechos fundamentales, y la labor de protector de los derechos fundamentales que desempeña el juez, permiten concluir que la apelación del otorgamiento de la medida cautelar debe hacerse sin efectos suspensivos. Una solución diferente no sólo no se ajustaría a principios de interpretación constitucional plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico peruano (como el principio

²⁵ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte general*, citado, p. 50.

²⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Iustel, Madrid 2006, p. 665.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, citado, p. 259.

de flexibilidad), sino que no se concedería con el papel central de los derechos fundamentales dentro de un estado democrático de derecho como el peruano.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo aquí argumentado se puede concluir que la cuestión presentada en la introducción se responde de la siguiente manera. Es posible argumentar la corrección constitucional de la afirmación por la que puede otorgarse la apelación del otorgamiento de una medida cautelar en un proceso de amparo contra una norma autoaplicativa, y otorgarla sin efectos suspensivos. En los casos concretos en los que debido a la manifiesta y radical inconstitucionalidad de las medidas que afectan un derecho fundamental, el Juez constitucional debe realizar todos los actos necesarios para impedir que esas medidas tengan vigencia efectiva, es decir, para impedir que dejen de regir plenamente los derechos fundamentales invocados. De un acto manifiestamente inconstitucional que afecte un derecho fundamental no debe permitirse el nacimiento de ningún efecto. Incluso, por breve que sea la duración de la afectación, o por poca intensa que sea la misma, al tratarse de una afectación radicalmente inconstitucional, se habrá incurrido en una situación que socava los cimientos del Estado constitucional.

Una de esas medidas que evita reducir al mínimo y neutralizar los efectos nocivos de una afectación radicalmente inconstitucional es precisamente la medida cautelar. Con ella se consigue que la afectación de un derecho fundamental que adolece de inconstitucionalidad radical, no rija mientras se siga un proceso que necesariamente terminará otorgando el amparo constitucional y, con ello, la garantía de la plena vigencia del derecho fundamental afectado. Si no se otorgase la medida cautelar en estos casos, o si otorgándola se permitiera su suspensión en caso de apelación, el Juez constitucional estaría frustrando el objetivo del proceso constitucional: la plena vigencia del derecho fundamental, vigencia que se ha de conseguir incluso mientras el proceso esté en trámite, debido a que –como se ha dicho– la afectación es constitucionalmente insostenible y además de modo manifiesto y radical.

Este es el supuesto que se configura en el caso propuesto líneas arriba: la libertad de empresa de la empresa destinada a la comercialización de vehículos, partes y autopartes se ve afectada por normas que han dispuesto una serie de limitaciones a la importación de vehículos a través de CETICOS. Esa afectación debe ser neutralizada de modo urgente y efectivo debido a que son normas radicalmente inconstitucionales, como se ha argumentado anteriormente. El Juez constitucional, en aplicación del principio de flexibilidad, deberá disponer las medidas respectivas para asegurar el objeto del proceso constitucional, es decir, para evitar la vigencia de las inconstitucionales limitaciones del derecho fundamental, incluso durante la tramitación del proceso de amparo. De esta forma, el ejercicio de la libertad de empresa deberá desenvolverse a través de los cauces que le establecen las normas constitucionalmente válidas, entre ellas el Decreto Legislativo 843 en su texto original, es decir, antes de las modificaciones previstas por los reglamentos (Decretos Supremos) radicalmente inconstitucionales según se ha argumentado antes.

Por lo demás, es verdad que el Estado no puede renunciar a proteger la seguridad, salud y vida de los ciudadanos. Pero también es verdad que esa protección debe desenvolverse según los cauces constitucionales, lo cual no ha acontecido en el caso que se ha examinado líneas arriba, ya que o las medidas limitativas vulneran la naturaleza de los decretos de urgencia al haber sido expedidas sin que exista un verdadero interés nacional; o en el caso



de los Decretos Supremos examinados vulneran la jerarquía normativa así como la prescripción constitucional de la delegación de facultades legislativas²⁸.

²⁸ Es así que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 1 del Decreto Supremo 017-2005-MTC para inaplicarlo al caso concreto que conocía, por haber concluido que si bien es cierto, es deber del Estado proteger el medio ambiente, esta protección no puede hacerse al margen de la exigencias constitucionales. Dijo así el mencionado Alto Tribunal: “consideramos que la protección al medio ambiente es imprescindible para nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho y ello –como se ha mencionado- se ha expuesto en abundante jurisprudencia. Sin embargo, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una realidad particular donde los mecanismos utilizados por el Estado para dar solución a un problema de larga data como es el ‘sistema de transporte público’ no son compatibles con los principios relativos a nuestra Constitución Económica de 1993 ya que han puesto a la libre importación de motores, piezas, partes y autopartes en una situación que imposibilita su realización necesaria para el sistema de transporte nacional, reconocida en el artículo 58 de la Constitución”. EXP. N.º 01576-2007-PA/TC, de 14 de abril de 2007, F. J. 16.