



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRE DE DIOS
SALA SUPERIOR MIXTA y DE APELACIONES NCPP

EXPEDIENTE N° **082--2010-90-2701-JM-CI-01**
DEMANDANTE EMPRESA MINERA DE SERVICIOS GENERALES S.R.L y OTROS
DEMANDADO PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS y OTRO
MATERIA ACCION DE AMPARO
CUADERNO CAUTELAR

RESOLUCION NUMERO NUEVE

Puerto Maldonado, siete de mayo
del año dos mil diez./

VISTOS: Puesto en despacho para resolver, oído el informe oral, interviniendo como Ponente el Señor Magistrado **JIMENEZ JARA**; en aplicación de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **RESULTA DE AUTOS:**

ASUNTO:

01.- Es materia de grado el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los demandantes contra la resolución número uno de fecha veinticuatro de marzo del dos mil diez, que resuelve declarar improcedente la medida cautelar innovativa solicitada por la Empresa Minera de Servicios Generales SRL y otros.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO:

02.- Sustenta su pretensión impugnatorio en su escrito obrante de folios doscientos cuarentidós a doscientos sesenta y cinco, de cuya lectura se señala en términos concretos en lo siguiente:

2.1.- El juzgado rechaza la concesión de la medida cautelar porque considera que la apariencia del derecho – como requisito de toda petición cautelar - no está lo suficientemente acreditada en este proceso y además que no existe pronunciamiento judicial respecto al carácter autoaplicativo del Decreto de Urgencia N° 012-2010, lo cual será materia del proceso de amparo principal, es “premature” dictar una resolución cautelar sobre este propósito.

2.2.- El Decreto de Urgencia N° 012-2010 es una norma autoaplicativa, los recurrentes son personas dedicadas a la minería aurífera en el Departamento de Madre de Dios contando con títulos de concesión minera, con términos de referencia de estudio de impacto ambiental semidetallados habiendo iniciado el trámite de los certificados ambientales antes de la vigencia del referido decreto, no teniendo la calidad de informales pero dicha norma regula sus actividades como si lo fueran, por lo que han promovido el proceso de amparo, existiendo el riesgo de ser sancionados por el potencial de incumplimiento de las disposiciones normativas, pudiendo ser afectados en su derecho de propiedad, *exigiéndoles el certificado ambiental pese que cuentan con derechos adquiridos.*

2.3.- El Decreto de Urgencia en referencia es una norma autoaplicativa porque está dirigida a regular la actividad minera aurífera en el Departamento de Madre de Dios, por tanto tiene destinatarios específicos que son los diversos agentes que participan en dicha actividad y no está sujeto a ningún acto posterior, estando vigentes desde el día siguiente de su publicación. Lo que pretende no es una ejecución anticipada de lo que el Juzgado debe decidir en sentencia sino que las cosas – para el caso en concreto – retornen al estado de hecho y de derecho anterior al dictado del Decreto de Urgencia N° 012-2010, justifica ello en el peligro procesal que potencialmente les acecha es la entrada en vigencia de las normas autoaplicativas del citado Decreto, por lo que tales pedidos se ajustan a la naturaleza de una medida cautelar innovativa.

ASPECTOS PRELIMINARES:

03.- En los debates previos a la expedición del Código Procesal Constitucional, respecto de la medida cautelar, se sostuvo que “El importante desarrollo que ha tenido el tema cautelar en sede nacional, algunas veces positivo y muchas otras pernicioso, ha exigido a la Comisión un cuidado especial en su regulación. (...) las medidas cautelares se mueven en nuestro sistema judicial entre Escilas y Caribdis¹, es decir, entre peñascos y tormentas y, además, entre su trascendente necesidad y su cotidiano abuso. Sin embargo, es necesario regularlas más allá del temor y de la temeridad, por eso la Comisión opta por su ejecución inmediata –como enseña unánimemente la doctrina–, aplazando el contradictorio y la posibilidad de impugnarla”². De este modo, el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, que contiene cinco párrafos, estableció en los dos primeros que “Se pueden conceder medidas cautelares

¹ La frase «entre Escila y Caribdis» ha llegado a significar el estado donde uno está entre dos peligros y alejarse de uno te haría estar en peligro por el otro, y se cree que es la progenitora de la frase «entre la espada y la pared». Escila vivía en los acantilados y Caribdis era un peligroso remolino. Ninguno de los destinos era más atractivo ya que ambos eran difíciles de superar.

² Exposición de motivos de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso contenida en el Proyecto de Ley N.º 09371

y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento. Para su expedición se exigirá *apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión*. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final” y “*El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma*”.

04.- Tal como se aprecia, los aludidos párrafos establecen, entre otras previsiones, las características esenciales de toda medida cautelar, como son el *fumus boni iuris* (apariencia del derecho), el *periculum in mora* (peligro en la demora), así como la adecuación (uso de medida adecuada a los fines perseguidos). Asimismo, se exige que **a)** una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta sin conocimiento de la parte demandada; **b)** de apelarse la decisión adoptada en primera instancia, ésta sólo será concedida sin que se suspendan sus efectos, y **c)** en el momento de concederse la medida cautelar, el juzgador deberá tener en consideración que ésta es irreversible³.

05.- El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, **congruencia entre lo pedido y lo resuelto** y, por sí mismo, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión. [STC 04228-2005-HC/TC, FJ 1 (énfasis agregado)].

ANALISIS:

06.- Al momento de realizarse el informe oral por ambas partes de un lado los apelantes – entre otros argumentos - pusieron énfasis en que era procedente el amparo por tratarse de una norma autoaplicativa para señalar después que existe vulneración a su derecho a la libertad de empresa o la propiedad, entre otros aspectos referido a cuestionar el Decreto de Urgencia. Por otro lado los demandados – entre otros alegaciones - señalan que no existe vulneración de derechos constitucionales y menos los alegados por la parte demandante; entrando a un debate entre replicas y duplicas sobre la validez o no del referido decreto, conforme consta del audio respectivo que se tiene en este Distrito Judicial dentro del programa de optimización del despacho judicial en la Sala Mixta aprobada por Resolución Administrativa N° 253-2010-P-CSJMD/PJ de fecha siete de abril del dos mil diez.

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0023-2005-PI/TC SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República. Del 27 de octubre de 2006.

07.- La medida cautelar no puede anticipar lo que es el contenido de la pretensión de amparo, sino la verosimilitud de la afectación de un derecho; de lo contrario la medida cautelar excedería la finalidad perseguida por el artículo 15° del Código Procesal Constitucional.

08.- La medida cautelar solicitada por la ahora parte apelante esta circunscrita a que se abstengan de sancionarlo con las disposiciones del Decreto de Urgencia, se abstengan de afectar su derecho de propiedad y se abstengan de exigirle el cumplimiento de los requisitos señalado en el artículo 07° del referido Decreto de Urgencia. En ese sentido debe realizarse el análisis de lo que se denomina la apariencia o verosimilitud del derecho invocada ale peligro en la demora y la eficacia de la medida adoptada en relación con la pretensión incoada.

09.- El Decreto de Urgencia N° 012-2010 establece una serie de disposiciones como la contenida en el artículo 07° referida a que los titulares de concesiones minera auríferas podrán realizar su actividad si previamente cuentan con la respectiva certificación ambiental asimismo el artículo 12° señala que existe un plazo de doce meses para su implementación. En ese sentido debemos tener en cuenta que antes de que existan los mecanismos para la implementación del referido Decreto de Urgencia – como sustento de peligro en la demora - los recurrentes señalan que no podrán cumplir con los requisitos - sin que haya existido una opinión por parte del organismo pertinente – aún más si señalan que tendrían la calidad de titular de concesión mineras, no serían informales y tendrían el informe de impacto ambiental; por lo que la pretensión cautelar en la forma que está siendo propuesta no puede ser amparada al no existir tampoco una verosimilitud del derecho invocado ya que el haberse admitido la demanda solo responde a criterios de cumplimiento de requisitos formales mas no de un pronunciamiento de fondo que debe determinar en la resolución que ponga fin al proceso aunado al hecho que los supuestos derechos vulnerados serán materia de análisis en la resolución que ponga fin al proceso, encontrando un debate sobre este aspecto entre ambas parte que se evidenció durante la vista de causa realizada en autos.

10.- Por otro lado no corresponde amparar la solicitud de medida cautelar en la forma propuesta dado la naturaleza de la pretensión incoada y el carácter irreversible que tiene dicha medida en relación con una pretensión que aún es materia de discusión en los actuados principales, siendo los argumentos expuestos referidos a sustentar la pretensión principal más que los requisitos de una solicitud cautelar, por lo que es menester confirmar la alzada al no ser amparable en este estado de la secuela del proceso la medida cautelar

propuesta al no cumplir en estricto los presupuestos para su aceptación, sin que esto signifique adelanto de opinión sobre la pretensión principal.

DECISIÓN

Por tales fundamentos, la Sala Superior Mixta y Penal de Apelaciones del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, **RESUELVE:**

11.- CONFIRMAR la resolución número uno de fecha veinticuatro de marzo del dos mil diez, que resuelve declarar IMPROCEDENTE la Medida Cautelar Innovativa solicitada por la Empresa Minera de Servicios generales S.R.L. y otros. **Notificándose y los devolvieron**

ESCOBAL SALINAS

BECERRA URBINA

JIMENEZ JARA