

**1º JUZGADO CONSTITUCIONAL**

**EXPEDIENTE : 16580-2013-85-1801-JR-CI-01**

**MATERIA : ACCION DE AMPARO**

**ESPECIALISTA : MONTESINOS BACA, DEYSY**

**DEMANDANTE : EDUARDO ERNESTO VEGA LUNA DEFENSOR DEL PUEBLO ,**

**RESOLUCIÓN No. DIECINUEVE.**

Lima, veinticinco de

Julio de dos mil trece.-

**AUTOS y VISTOS** los autos en la fecha, luego de haberse verificado el informe oral de las partes; y, **ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** A que, mediante resolución uno, obrante de fojas 119 a fojas 125, se declaró fundada la pretensión cautelar solicitada por la Defensoría del Pueblo mediante escrito de fojas 108 a fojas 118, ordenándose se suspenda el sorteo público de 12,500 personas para el servicio militar, convocado por el Comando de Reservas y Movilización del Ejército para el día 19 de junio del año en curso; notificándose a las entidades demandadas y a los Procuradores Públicos que se indican en el admisorio de la instancia del principal, a fin que cumplan con el presente mandato; bajo apercibimiento de hacerse efectiva las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, hasta las resultas del proceso de amparo principal.

**SEGUNDO:** A que, mediante escrito de fojas 149 a fojas 167, la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa, formula oposición contra la precitada resolución cautelar, señalando entre otros argumentos sustanciales, los siguientes:

- 1) Que, el Juzgado no ha cumplido con su deber de aplicar la norma legal que permita otorgar el amparo a la medida cautelar solicitada, conforme lo dispone el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, pues ha debido pronunciarse sobre la adecuación de los hechos alegados por la Defensoría del Pueblo a dichos presupuestos y asimismo haber establecido la medida cautelar ordenada y la norma legal que así lo sustenta;
- 2) Que, el Juzgado no se ha pronunciado sobre la concurrencia de los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, aparición del derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida, pues en el mandato cautelar no se advierte ninguna adecuada motivación o argumentación fáctica y jurídica al respecto;
- 3) Que, la medida cautelar dictada por el Juzgado es una medida innovativa, sin embargo, no concurren todos los presupuestos para la procedencia de esa medida, pues en la citada Resolución cautelar no se ha cumplido con realizar un análisis respecto de la irreparabilidad del perjuicio como lo exige el artículo 682 del Código Procesal Civil;

**PODER JUDICIAL**

Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 175-05-P-OSJLI-PJ

- 4) Que, al emitirse la citada resolución cautelar, el Juzgado no ha realizado un análisis o evaluación sobre el posible daño constitucional que se originaría si no se dispone la ejecución de la medida concedida, tampoco se precisa un análisis o evaluación sobre la gravedad de las consecuencias del mismo hecho, como se establece por el Tribunal Constitucional en la STC. 23-2005-AI/TC;
- 5) Que, el Juzgado ha obviado realizar un análisis sobre el requisito de adecuación;
- 6) Que, el Juzgado ha incurrido en error de hecho al emitir la Resolución cautelar, por cuanto de los fundamentos octavo y noveno, se advierte que los argumentos expuestos son los propios de una sentencia, por lo que ya se adelantó opinión respecto al fondo de la pretensión;
- 7) Que, el Juzgado ha incurrido en error al realizar el test de proporcionalidad, pues el análisis del artículo 50 no puede realizarse de manera independiente sino como parte integrante de la Ley 29148, por lo que debió realizarse una interpretación sistemática.

**TERCERO:** A que, mediante escrito de fojas 176 a fojas 182, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos de la Presidencia del Consejo de Ministros, formula oposición contra la resolución cautelar, señalando entre otros argumentos sustanciales, los siguientes:

- 1) Que, no se ha acreditado la apariencia del derecho invocado como afectado, tal como lo exige el artículo 15 del Código Procesal Constitucional;
- 2) Que, no existe persona individualizada titular del derecho invocado, por cuanto los derechos al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica, no son de naturaleza colectiva ni difusa, pues constituyen derechos individuales propiamente dichos;
- 3) Que, no se ha acreditado la existencia del peligro en la demora ni resulta adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión, pues la discusión constitucional debe ser realizada luego de realizado el sorteo.

**CUARTO:** A que, mediante escrito de fojas 201 a fojas 208, la Procuraduría Pública del Ejército del Perú, formula oposición contra la resolución cautelar, señalando entre otros argumentos sustanciales, los siguientes:

- 1) Que, al emitirse la Resolución cuestionada, se ha obviado la adecuación y razonabilidad de la medida respecto a la pretensión que se quiere garantizar, pues no hay congruencia entre la tutela cautelar y el derecho cuya defensa se pretende;
- 2) Que, existe un error de hecho en los considerandos octavo y noveno de la medida cautelar, pues se contradice la naturaleza de la medida innovativa, pues la motivación tiene las características de un fallo final, con lo cual se está estableciendo lineamientos del fondo de la pretensión;

PODER JUDICIAL

*[Firma]*

Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

*[Firma]*

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Auto. Nº 173-05-P-COJLI-PJ

- 3) Que, sobre el contenido de la Ley 29248, se está incurriendo en error al precisar que existiría una amenaza cierta e inminente con la realización del sorteo para el servicio militar, al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica.

**QUINTO:** A que, según fluye de autos, mediante escritos de fojas 233 a fojas 243; de fojas 250 a fojas 262 y de fojas 277 a fojas 290, la Defensoría del Pueblo **absuelve las oposiciones** antes referidas, señalando entre otros argumentos, los siguientes:

- 1) Que, la Defensoría del Pueblo tiene legitimidad para obrar activa en cualquier proceso de amparo y está habilitada para solicitar las medidas cautelares correspondientes;
- 2) Que, la Defensoría del Pueblo ha presentado una demanda de amparo colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos, el cual se caracteriza por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables;
- 3) Que, la medida cautelar cumple con los presupuestos de apariencia del derecho, peligro en la demora y adecuación;
- 4) Que, en la medida cautelar se ha cumplido con precisar el tipo de medida y la norma legal que la sustenta;
- 5) Que si se ha analizado el perjuicio irreparable, así como el daño en relación con el peligro en la demora;
- 6) Que, el procedimiento establecido en el artículo 50 de la Ley 29248, evidencia que el solo hecho de tener la condición de sorteado constituye una limitación del derecho que tiene toda persona de decidir si realiza o no el servicio militar, lo que constituye una restricción al libre desarrollo de la personalidad;
- 7) Que no constituye un error que se haya dictado una medida cautelar coincidente con el fondo de la controversia.
- 8) Que la resolución cautelar sí incorpora el test de proporcionalidad a partir del análisis conjunto de los artículos 1°, 6° y 50° de la Ley 29248.

**SEXO:** Enunciado normativo de la oposición. A que, la oposición es una institución que se sustenta en los principios de economía y celeridad procesal. En esta medida la oposición es un recurso impropio<sup>1</sup>, por cuanto es tramitada por el mismo juez que pronunció la resolución impugnada. Esta situación, como se habrá advertido, genera un ahorro de tiempo mucho mayor que en los supuestos en donde la resolución impugnada sube al grado superior para ser resuelta. Además, por obvias razones, el juez de la oposición tiene mayor conocimiento de la resolución impugnada que el juez de la apelación.

PODER JUDICIAL

VICTOR SANCHEZ HUAMAN

ASISTENTE DE JUEGO  
Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Acm. N° 172-05-P-COJL-PJ

<sup>1</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. En *Ius et Veritas*, año 5, N° 3, p. 25 (respecto al recurso impropio).

PODER JUDICIAL

Dr. DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

La oposición no excluye al recurso de apelación sino que, por el contrario, vendría a complementarlo. Este recurso dota de una mayor funcionalidad al procedimiento cautelar en la búsqueda de un litigio sin dilaciones innecesarias, de ahí que el principio de adecuación rige la materia recursiva y se le considere un requisito de procedencia. En ese orden de ideas, es necesario verificar si la medida concedida es o no congruente con el objeto que es materia de tutela asegurativa;

Cabe añadir, que a través de la oposición no se puede cuestionar los aspectos subjetivos de valoración efectuados por el Juzgador para conceder la medida, sino, debe fundarse la misma en la falta de algunos de los requisitos exigidos para otorgarse la medida, pues lo contrario implicaría que con la oposición se estaría sustituyendo el recurso de apelación contra tal decisión, lo que no es finalidad del citado recurso impropio.

**SÉTIMO: Análisis del caso concreto:** A que, según es de verse del contexto de los argumentos expuestos por los emplazados al formular oposición al mandato cautelar, resumidos en el segundo, tercer y cuarto considerandos precedentes, los mismos se circunscriben esencialmente a los siguientes argumentos: i) que el Juzgado ha debido pronunciarse sobre la adecuación de los hechos alegados por la Defensoría del Pueblo a dichos presupuestos y asimismo haber establecido la medida cautelar ordenada y la norma legal que así lo sustenta; ii) que el Juzgado no se ha pronunciado sobre la concurrencia de los presupuestos para la concesión de una medida cautelar innovativa; iii) que al emitirse la resolución cautelar, el Juzgado no ha realizado un análisis o evaluación sobre el posible daño constitucional que se originaría si no se dispone la ejecución de la medida concedida, tampoco se precisa un análisis o evaluación sobre la gravedad de las consecuencias del mismo hecho, como se establece por el Tribunal Constitucional en la STC. 23-2005-AI/TC; iiiii) que no hay congruencia entre la tutela cautelar y el derecho cuya defensa se pretende; v) que no existe persona individualizada titular del derecho invocado, por cuanto los derechos al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica, no son de naturaleza colectiva ni difusa, pues constituyen derechos individuales propiamente dichos; vi) que la motivación de la resolución cautelar tiene las características de un fallo final por lo que ya adelantó opinión respecto al tema de fondo; vii) que, el Juzgado ha incurrido en error al realizar el test de proporcionalidad, pues ha analizado el artículo 50 de manera independiente y no en su contexto como parte integrante de la Ley 29148. En tal virtud, es sobre tales extremos que se constreñirá el discernimiento del Juzgador en el presente caso.

Cabe señalar, que la Judicatura obvia emitir pronunciamiento en relación al tema de la legitimidad de la Defensoría del Pueblo para interponer demanda de amparo, alegado en el contexto de sus hechos por la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros al formular oposición, en tanto ello

PODER JUDICIAL  
Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. Nº 173-05-P-CO-11-01

constituye un medio de defensa que debe ser formulado en el proceso principal y no en el cautelar, cuyo resultado, de ser procedente, incidirá en su momento en el proceso cautelar en razón a su naturaleza provisoria, lo que denota que dicho argumento debe hacerse valer en tales actuados y no en el presente Cuaderno.

De igual modo, teniendo en cuenta lo señalado en el tercer párrafo del sexto considerando, también la Judicatura prescinde de analizar aquellos hechos dirigidos a cuestionar los aspectos subjetivos de valoración efectuados por el Juzgador para conceder la medida cautelar, como los que alude la Procuraduría Pública del Ejército del Perú en el contexto de los hechos en el escrito que formula oposición, puesto que ello corresponde a un recurso de apelación y no al de oposición.

**OCTAVO:** A que, en cuanto al punto i) de la oposición, resulta preciso señalar, que con dicho argumento la parte emplazada está cuestionando la adecuación del petitorio cautelar efectuado por el Juzgado al emitir la Resolución cautelar; al respecto debe indicarse, que, en virtud al principio *Iura Novit Curia*, contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Juez, luego del análisis fáctico, tiene el deber de reconocer el trasfondo o el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que esto represente una extralimitación de sus facultades, tal como se ha establecido en la STC N° 2302-2003-AA/TC (fundamento 30).

Asimismo, en la STC. N° 905-2001-AA/TC (fundamento 4), el Tribunal Constitucional ha dejado establecido, que no se afecta el principio de congruencia de las sentencias, por cuanto en sede constitucional la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, incluso, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquél.

En efecto, aludiendo a la STC. antes aludida, en el fundamento 11) de la STC. 02868-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional sostiene: “ (...) *por lo que respecta al principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio en el seno del amparo, el Tribunal no considera que estos resulten “afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del iura novit curia en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”.* “Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma esta [...] que es indisponible para, el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el

PODER JUDICIAL

Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. A 3m. N° 173-05-P-CSJLI-PJ

presente proceso; de manera que la comprensión y el respeto del contradictorio en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional". Posición que ha venido asumiendo el Tribunal Constitucional en diversos procesos constitucionales como es de verse de la STC. N° 01972-2007-AA/TC (fund. 7); STC. 04611-2007-PA/TC (Fund. 4) y STC. 03373-2011-PA/TC (fund. 2).

Bajo dicho contexto, en atención a la posición asumida por el Tribunal Constitucional, no resulta un exceso de facultades del Juzgador haber adecuado el petitorio cautelar conforme al contexto de los hechos planteados por la parte actora en su solicitud cautelar; por tanto, dicho argumento de la oposición debe ser desestimado; siendo del caso añadir, que es de verse de la Resolución cautelar en referencia, que se ha indicado cual es la medida cautelar que se está concediendo (quinto considerando) y la norma jurídica en la que se apoya la misma (artículo 682 del Código Procesal Civil y artículo 15 del Código Procesal Constitucional según consta del cuarto considerando).

**NOVENO:** A que, en cuanto al punto ii) de la oposición, la parte emplazada está afirmando que no concurren los presupuestos procesales para concederse la medida cautelar innovativa otorgada.

En principio debe indicarse, que, la Judicatura ha concedido una medida innovativa coincidente, tal como se indica en el quinto considerando de la aludida Resolución, si bien se señala en dicho considerando que los presupuestos procesales de dicha medida son la casi certeza del derecho pretendido y la necesidad impostergable, en cuanto a éste último requisito se ha incurrido en error de digitación, pues para dicha medida se requiere el peligro irreparable e inminente, empero, ello no ha incidido en el contenido de lo resuelto, toda vez que se ha analizado el presupuesto correcto (considerando noveno). En ese sentido, teniendo en cuenta la medida cautelar concedida los presupuestos procesales exigibles para dicho efecto son: la casi certeza del derecho pretendido y el peligro irreparable e inminente; además, acorde a lo establecido por el artículo 15 del Código Constitucional, también la adecuación y la irreversibilidad de la medida.

Respecto a este extremo de la oposición es preciso hacer alusión a los propios términos de la Resolución cautelar, obrante en autos de fojas 119 a fojas 125, en tanto que, del contenido de dicha decisión judicial se desprende, que en los considerandos octavo, noveno, décimo y décimo primero, el Juzgado ha efectuado el análisis correspondiente a cada uno de los citados presupuestos.

En efecto, en el octavo considerando, la Judicatura ha efectuado el análisis en relación a la casi certeza del "derecho pretendido", que en el caso de autos, como se indica en el séptimo considerando es la inaplicación del artículo 50 de la Ley 29148, de allí que, a fin de verificarse tal exigencia se procedió a una prognosis sumaria de la constitucionalidad del citado numeral, por haberse asumido que lo

PODER JUDICIAL

Dr. DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
REG. A.M. N° 172-05-P-05JLI-PJ

pretendido en el principal constituye en esencia aquello, en tanto que a partir de ello es que se podría determinar la casi certeza del derecho, y luego de dicho análisis recién se puede asumir si se amenaza o vulnera o no un derecho constitucional; resultando por ello inconsistente alegarse, que para asumirse que se cumple con ese presupuesto debía haberse analizado primero si se está amenazando los derechos constitucionales invocados por la demandante.

Bajo ese contexto, advirtiéndose del citado considerando que se ha realizado por la Judicatura el análisis correspondiente en cuanto al aludido presupuesto, lo alegado al respecto por la parte emplazada carece de asidero.

De otro lado, en el noveno considerando de la Resolución cautelar consta el discernimiento efectuado por el Juzgado en cuanto al presupuesto de peligro irreparable e inminente; siendo pertinente aludir al respecto, que se ha señalado en dicho considerando, que el peligro irreparable e inminente se da por haberse fijado una fecha cierta y próxima para realizarse el "sorteo público" para el reclutamiento de 12,500 personas para el servicio militar, además por la imposibilidad de las personas sorteadas de oponerse, de no encontrarse incluidos dentro de los supuestos de exclusión que alude la norma, a prestar el servicio militar, así como por la limitación en el ejercicio de otros derechos civiles generado por lo establecido en la norma legal cuestionada.

En ese sentido, advirtiéndose que en ese considerando se ha efectuado el análisis correspondiente a dichos presupuestos, lo alegado por la parte emplazada denota en el fondo que se está cuestionando no la falta de pronunciamiento en cuanto a tales exigencias, sino, al aspecto subjetivo del discernimiento efectuado al respecto por la Judicatura, lo cual, como se ha señalado anteriormente, constituye argumento del recurso de apelación y no de la oposición; motivo por el cual, la oposición en relación a dicho extremo tampoco puede prosperar.

En lo que atañe a los presupuestos de adecuación e irreversibilidad de la medida, también se ha desarrollado el análisis pertinente en los considerandos décimo y décimo primero de la Resolución cautelar cuestionada, en las cuales el Juzgado vuelve a ratificar que, lo que es objeto de la demanda principal es la inaplicación del artículo 50 de la Ley 29148, como tal, la pretensión cautelar de suspensión del sorteo se encuentra adecuada a lo que se resolverá en los actuados principales, por cuanto, como se refirió en el considerando décimo, el sorteo en mención se encuentra previsto en dicho numeral, ergo, existe una relación de causa efecto entre lo pretendido en el principal y el pedido cautelar, denotándose así, que la medida cautelar otorgada es adecuada para garantizar lo que se pretende en el principal.

En el décimo primer considerando se ha expuesto las razones por las cuales la Judicatura considera que la medida cautelar adoptada no es irreversible, acotando al respecto, que, en tanto no se advierta un estado de necesidad de mayor personal de tropa para el servicio militar actualizado, no se agotarse los

PODER JUDICIAL  
Dr. DAVO SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 173-05-P-CSJLI-PJ

mecanismos legales para cubrir dichas vacantes como "la movilización" prevista en el artículo 3 de la Ley 28101 y el adelanto de "llamamiento ordinario" conforme al artículo 49 de la Ley 29248, y se encuentre en riesgo la seguridad y defensa nacional, recién puede asumirse que una medida como la dispuesta puede ser irreversible, situación que no se presenta en el caso de autos, por cuanto, al alegarse la inconcurrencia de dicho presupuesto, no se indica haberse agotado los mecanismos legales aludidos, que es en principio el modo de dotarse de personal de tropa a las fuerzas armadas.

Siendo ello así, advirtiéndose del análisis precedente, que al dictarse la medida cautelar se ha verificado la concurrencia de todos los presupuestos procesales exigidos por ley para concederse la medida cautelar innovativa otorgada, este extremo de la oposición debe desestimarse.

**DÉCIMO:** En relación al punto **iii)** de la oposición, se argumenta por la parte emplazada que no se ha evaluado el posible daño que se originaría si no se dispone la ejecución de la medida concedida y tampoco se evalúa la gravedad de las consecuencias del mismo hecho. Al respecto debe señalarse, que, el artículo 15 del Código Constitucional, norma procesal que regula el amparo en los procesos constitucionales, no exige como requisito para concederse tutela asegurativa preventiva, evaluar el daño que pueda originarse si no se dispone la ejecución de la medida cautelar, sino lo que prevé es que se evalúe el perjuicio que se pueda ocasionar con dicha medida el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales; siendo ello así, dicho argumento de la oposición carece de consistencia jurídica.

No obstante lo antes referido, debe indicarse, que al realizarse la prognosis de los presupuestos procesales para concederse la medida cautelar en autos, el Juzgador ha ponderado la gravedad de las consecuencias que podría originarse con la medida concedida, análisis que se encuentra implícito en la evaluación que se ha efectuado en cuanto a la irreversibilidad de la medida (décimo primer considerando), habiendo asumido precisamente por no advertirse perjuicio alguno a la emplazada con tal medida, que esta no es irreversible; siendo pertinente agregar al respecto lo señalado por la Judicatura en el penúltimo párrafo del considerando que precede, lo que no hace sino corroborar que si se ha ponderado el citado requisito; por lo que dicho argumento de la oposición también es desestimable.

**DÉCIMO PRIMERO:** Respecto al punto **iiii)** de la oposición, la emplazada manifiesta que no hay congruencia entre la tutela cautelar y el derecho cuya defensa se pretende resguardar, por cuanto manifiesta que la pretensión principal no es la inaplicación del artículo 50 de la ley 29148, como se ha señalado en el sétimo considerando, sino que se deje sin efecto la convocatoria a sorteo público.

~~PODER JUDICIAL~~

~~Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA~~

PODER JUDICIAL

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 173-05-P-CS/JLI-PJ

Debe indicarse en primer lugar, que lo que hace la Judicatura en el sétimo considerando de la Resolución cautelar cuestionada es señalar lo que es objeto de la pretensión principal, remitiéndose para ello al auto admisorio de la instancia visualizado a través del Sistema ( como se consigna en dicho considerando), con la finalidad de efectuar el discernimiento en cuanto a los presupuestos procesales exigibles para concederse una pretensión cautelar; por tanto, en el cuaderno cautelar no se está adecuando la pretensión principal, como está entendiendo la empiazada al exponer dicho argumento.

En ese contexto, no existe incongruencia entre el derecho que se pretende tutelar y la pretensión que se pretende resguardar, tema que además ya ha sido tratado al abordar el presupuesto procesal de adecuación de la medida cautelar pretendida; consecuentemente, este argumento igualmente debe desestimarse.

**DÉCIMO SEGUNDO:** En cuanto al punto v) de la oposición, no existe persona individualizada titular del derecho invocado, por cuanto los derechos al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica, no son de naturaleza colectiva ni difusa, pues constituyen derechos individuales propiamente dichos.

Se desprende del fondo de los hechos expuestos para tal efecto, que lo que se pretende con ello es cuestionar la legitimidad de la Defensoría para interponer la demanda cautelar, siendo ello así, resultan manifiestamente improcedentes dichos argumentos como fundamentos de oposición, siendo del caso reiterar lo referido en el penúltimo párrafo del sétimo considerando precedente, que dicho tema debe ser propuesto en el proceso principal y no en el proceso cautelar.

No obstante lo glosado, a modo de precisión cabe mencionar, que "las acciones colectivas" nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, , tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

Cabe añadir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: a) derechos difusos ( se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles), b) derechos colectivos en sentido estricto ( alude a derechos de incidencia colectiva) y c) derecho individuales homogéneos ( se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles).

**DÉCIMO TERCERO:** En relación al punto vi) de la oposición, la parte demandada señala que la motivación de la resolución cautelar

PODER JUDICIAL

Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Ros. Adm. Nº 173-05-P-CS/JLI-PJ

tiene las características de un fallo final por lo que ya adelantó opinión respecto al tema de fondo. Este argumento tampoco constituye fundamento para formularse oposición al mandato cautelar, en tanto que, lo que se está cuestionando con ello es el aspecto subjetivo de la decisión cautelar, dado a que no se ataca la falta de análisis de los presupuestos procesales para concederse la medida cautelar, sino esencialmente alude a una motivación inadecuada, lo cual, se reitera, es fundamento para una apelación y no para la oposición al mandato cautelar.

Sin perjuicio de lo señalado, es pertinente precisar, que según se advierte del octavo considerando de la Resolución cautelar, de modo expreso la Judicatura ha referido, que lo allí vertido constituye una prognosis sumaria de la constitucionalidad de la norma legal cuya inaplicación es objeto de la pretensión principal, como elemento de juicio para asumirse la casi certeza del derecho pretendido, y así verificar que se cumple con dicho presupuesto procesal para concederse dicha medida, lo que no responde a un análisis de fondo en cuanto a la constitucionalidad de la citada norma legal, en tanto que el test de proporcionalidad que se debe efectuar para tal fin pasa por analizar otros criterios, como se indica en el primer párrafo del citado considerando; en tal virtud, no se está adelantando opinión respecto al tema de fondo; razones por las cuales, este argumento de la oposición también es desestimado.

**DÉCIMO CUARTO:** En cuanto al punto vii) de la oposición, señala al respecto la emplazada, que, el Juzgado ha incurrido en error al realizar el test de proporcionalidad, pues ha analizado el artículo 50 de manera independiente y no en su contexto como parte integrante de la Ley 29148. Dicho argumento de la oposición cae en igual error que el argumento anteriormente analizado, en tanto que, se está cuestionando no la falta de presupuestos procesales para concederse una medida cautelar, sino el aspecto subjetivo de lo decidido por el Juzgado; motivo por el cual dicho fundamento de la oposición es también manifiestamente improcedente.

No obstante ello, es preciso referir, que, como consta del contenido del octavo considerando, al efectuarse discernimiento en relación al presupuesto de casi certeza del derecho, el Juzgador no ha analizado solamente el artículo en mención, sino ha evaluado en su contexto las normas relativas a la forma del reclutamiento de las personas, tal es así que se hace referencia a los artículos 1° y 6° de la Ley 29248, denotando ello que no se ha limitado el análisis al texto literal del artículo 50 de dicha ley.

**DÉCIMO QUINTO:** A que, es preciso añadir finalmente, que, la tutela asegurativa tiene por finalidad hacer eficaz lo que se decida en la pretensión de fondo, y en los procesos constitucionales lo que se persigue es preservar que no se materialice la amenaza a un derecho fundamental, de lo contrario, no serviría como instrumento de tutela y perdería tal finalidad; al respecto es preciso señalar, que, en la **STC EN JUBICIAL 2544-2009-PC/TC**

**PODER JUDICIAL**  
.....  
Dr. DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

.....  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
R. J. 006. Nº 173-05-P-COJLI-PJ

(fundamento 8), el Tribunal Constitucional ha establecido, que: "(...) una resolución o acción que no la resguarde no estará respetando la naturaleza de las medidas cautelares".

Por tanto, habiéndose verificado que concurren los presupuestos de la pretensión cautelar solicitada y, que la medida cautelar concedida es congruente con el objeto que es materia de tutela asegurativa, se concluye, que debe desestimarse la oposición formulada por las emplazadas; razones por las cuales:

SE RESUELVE:

**DECLARAR INFUNDADA LA OPOSICIÓN** formuladas por las Procuraduría Públicas del Ministerio de Defensa, de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ejército del Perú, a fojas 149 a 146, 176 a 182 y 201 a 208; consecuentemente, deberá continuar el proceso conforme a su estado.

**PODER JUDICIAL**  
DA DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**PODER JUDICIAL**  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 173-05-P-CSJLI-PJ