

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL

SS. VALCARCEL SALDAÑA
PAREDES FLORES
HIDALGO CHAVEZ

N° REF. SALA : 00058-2017-43
EXPEDIENTE N° : 0011-2017-43-1801-SP-CI-01.
DEMANDANTE : FRANCISCO JAVIER PACHECO MANGA Y OTROS.
DEMANDADO : MINISTERIO DE EDUCACION.
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR.

RESOLUCIÓN N° 03.

Lima, quince de Enero

Del dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS:

Con el escrito que antecede; y calificando la solicitud de concesión de medidas cautelares formulada por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, e interviniendo como ponente el Juez Superior **Paredes Flores**.

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que, Francisco Javier Pacheco Manga y otros, solicitan la concesión de las siguientes medidas cautelares:

1. Se ordene al Ministerio de Educación el suspender cualquier acto, informe, acuerdo, pago o procedimiento administrativo o de cualquier naturaleza destinado a contratar, imprimir, reproducir cualquier material educativo que contenga el concepto anulado en la sentencia de primera instancia (*"si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones"*) y que es utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, de manera que se impida gastar el presupuesto estatal en un material educativo con contenido inconstitucional e irrespetuoso de los derechos de los padres de familia.

2. Se ordene al Ministerio de Educación suspender inmediatamente cualquier clase, docencia, acto de transmisión de conocimientos, o de cualquier naturaleza similar, que realizado por cualquier profesor, personal administrativo, o directivo, de cada uno de los colegios de todo el Perú, en los que tenga que aplicarse el Currículo Nacional 2017 y que tenga como contenido el concepto anulado en la sentencia de primera instancia (*"si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones"*) y que pueda ser utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, de manera que se impida la transmisión de este concepto en respeto absoluto al derecho de los padres de familia a dirigir el proceso educativo de sus hijos; y

3. Se ordene al Ministerio de Educación suspender inmediatamente cualquier capacitación o formación del personal docente, administrativo o directivo, de cada uno de los colegios de todo el Perú, en los que tenga que aplicarse el Currículo Nacional del 2017, y que tenga como contenido el concepto anulado en la sentencia de primera instancia (*"si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones"*) y que pueda ser utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, ya sea en lo que quede del año escolar 2017 y para el año escolar 2018, de manera que se impida la transmisión de este concepto en respeto absoluto al derecho de los padres de familia a dirigir el proceso educativo de sus hijos.

SEGUNDO: Que, el artículo 94° del Código Procesal Constitucional establece que en el proceso constitucional de acción popular: ***"Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento"*** (Resaltado y subrayado es nuestro).

TERCERO: Que, en general, son presupuestos para la concesión de una medida cautelar los siguientes: **la verosimilitud del derecho invocado, el**

peligro en la demora y la adecuación de la medida cautelar; así, el Tribunal Constitucional en la **STC 00023-2005-AI/TC** establece que: "*Desde la Teoría General del Proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (fumus boni iuris), mediante una medida idónea (adecuación), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (periculum in mora)" (Resaltado y subrayado es nuestro).*

CUARTO: Que, estando a lo prescrito en el mencionado artículo 94° del Código Procesal Constitucional y que en el proceso principal se ha expedido la resolución (sentencia) N° 30, de fecha 13 de Julio del 2017 que declaró: "...**FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, mediante escrito que corre de fojas 363 a 391; por tanto, se **DECLARA: NULA** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, **solamente en el extremo** que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II-Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso, en la parte que se consigna: "**Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones**"; corresponde analizarse lo pretendido bajo los presupuestos del peligro en la demora y la adecuación de las medidas cautelares solicitadas.

QUINTO: Que, **el peligro en la demora** se encuentra referido al daño que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo o por cualquier otra razón justificable, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso: como bien precisa MONROY PALACIOS: "...Se caracteriza **por el riesgo o amenaza inminente de que la pretensión procesal se torne de imposible realización o que disminuya ostensiblemente la posibilidad de su reconocimiento**"¹(Resaltado y subrayado es nuestro).

¹ MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad: Lima, 2002, p. 364

SEXTO: Que, estando a la naturaleza y características del presente proceso constitucional, este presupuesto no puede ser evaluado en la misma forma que se realiza en los otros procesos que se invocan derechos particulares y concretos; como precisa PRIORI POSADAS: "*....debe tenerse en consideración, el daño que el mantenimiento de los efectos de una norma jurídica que se reputa inconstitucional o ilegal puede generar en los intereses generales, o aquellos del Estado o de un grupo de persona, o el riesgo de daño que el proceso generaría al funcionamiento del Estado constitucional, o el perjuicio al sistema democrático, o los valores constitucionales que rigen en el Estado*"² (Resaltado y subrayado es nuestro).

SEPTIMO: Que, en esa perspectiva, resulta pues, a pesar que en la sentencia emitida en el proceso principal se declaró nula la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, en el extremo, que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, en adelante CNEB, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II- Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso, **dicho extremo se mantiene vigente (aplicable) hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República resuelva el recurso de apelación interpuesto.**

OCTAVO: Que, en la mencionada sentencia quedo establecido que el referido extremo declarado nulo vulnera los artículos 7° y 22° de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, por cuanto debió ser formulado o elaborado con la participación de la Sociedad y de los Padres de Familia; pero es indudable, conforme a lo señalado en el considerando anterior, que la demora en el trámite y resolución del recurso de apelación, significa que a los hijos se les siga educando inconsultamente bajo una visión y concepto de sexualidad que va mas allá de la concepción natural, afectando irreparablemente ese derecho de participación, que se identifica con el Estado democrático y social de derecho; por lo que en estos términos se cumple con el presupuesto del peligro en la demora.

NOVENO: Que, en cuanto al presupuesto de la **adecuación de las medidas cautelares**, se debe indicar, que también estas deben ser adecuadas y

² PRIORI POSADAS, Giovanni F. *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores: Lima, 2006, p.70.

estrictamente necesarias para lograr la eficacia de la decisión definitiva; esto es, debe existir una adecuación real entre el pedido cautelar y la pretensión procesal (postulada en el proceso principal) que se busca garantizar con aquel pedido, lo que tiene fundamento, no solo en la denominada instrumentalidad, que constituye una de las características de la tutela cautelar, sino también en el principio de proporcionalidad, en el sentido, que la medida cautelar que se conceda sea la estrictamente necesaria y que afecte en menor medida la esfera jurídica de los involucrados (principio de mínima injerencia).

DECIMO: Que, en el presente caso, el ya referido artículo 94° del Código Procesal Constitucional establece el contenido y límite de la medida cautelar: “... ***la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento***”, es decir, dicho contenido y límite ya se encuentran tasados legalmente, por lo que solamente es posible la suspensión de la disposición reglamentaria cuestionada; como expresa MORON URBINA: “**Esta situación refleja la relación de instrumentalidad que existe entre la posible medida cautelar y la invalidación, como pretensión proponible de la sentencia al cabo del proceso de acción popular, ya que la sentencia no podría tener otro contenido posible, tampoco es razonable esperar otro tipo de mandato cautelar**”³ (Resaltado y subrayado es nuestro).

DECIMO PRIMERO: Que, en principio se observa que las pretensiones formuladas por los solicitantes no se ajustan literalmente a ese parámetro de adecuación legal ya fijado; sin embargo, a criterio del Colegiado esta situación no constituye una causal para rechazar las medidas cautelares solicitadas, ya que por un lado, la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del debido proceso, consagrado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución Política del Estado, mediante el cual todo ciudadano puede solicitar y obtener del órgano jurisdiccional el dictado y ejecución oportuna de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse y en esa línea el Tribunal Constitucional en la ya referida **STC N° 00023-2005-AI/TC** ha dejado sentado que: “... , *la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución.* **Sin embargo, dada su**

³ MORON URBINA, Juan Carlos. “Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pág. 178.

trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta"(Resaltado y subrayado es nuestro); y por otro lado, estando a estas consideraciones, el derecho a la tutela cautelar, sin duda, vincula a los poderes públicos y en esa medida mediante la adecuación al Juez se le otorga un rol importante para hacer realidad la efectiva tutela jurisdiccional, no declarando la improcedencia o rechazo de la medida cautelar, sino la concesión de la que resulte adecuada⁴, y como bien corrobora LEDESMA NARVAEZ: **“Es deber del Juez invocar la adecuación en su pronunciamiento, pero no puede rechazar lo solicitado por falta de este”**⁵(Resaltado y subrayado es nuestro).

DECIMO SEGUNDO: Que, entonces, consecuentemente con lo expuesto, corresponde adecuar las medidas cautelares solicitadas⁶, y en esta tarea, en principio no existe mayor dificultad estando a lo previsto por el artículo 94º del Código Procesal Constitucional que establece el contenido y límite de la misma para el caso del proceso constitucional de acción popular; no obstante, para una mayor suficiencia en la argumentación, el Colegiado considera necesario precisar, que incluso la medida cautelar prevista en dicha norma, que solamente tiene característica abstracta, resulta menos gravosa que las solicitadas, porque al pretender que se suspendan actos concretos que el Ministerio de Educación realice en base al extremo del CNEB declarado nulo y de cambiar posteriormente las circunstancias procesales y materiales actuales, se podría generar un escenario que no pueda revertirse fácilmente, perjudicándose esta manera no solamente al proceso educativo (que comprende la esfera jurídica de los educandos) y el derecho constitucional a la

⁴ Incluso el Tribunal Constitucional en la misma sentencia, cuando define el presupuesto de la adecuación señala: "**Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue**".

⁵ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al código procesal civil*. Gaceta Jurídica: Lima, 2008, tomo II, p. 409.

⁶ No es demás señalar que de conformidad al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: "**El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente**".

educación, sino también a los fines y función que el Estado cumple en este ámbito.

DECIMO TERCERO: Que, con relación a la contracuatela, es de manifestar, que el artículo 615° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria exceptúa de este presupuesto de ejecución a los que han obtenido una sentencia favorable; además, en el presente caso debe ser así, porque en los procesos constitucionales se busca hacer valer el principio de la supremacía de la Constitución y respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico que son más trascendentes que los fines de los procesos ordinarios, más aun, si el extremo de la pretensión estimada en la sentencia no tiene contenido patrimonial.

DECIMO CUARTO: Que, siendo ello así, debe concederse la medida cautelar con las precisiones y alcances antes indicados.

DECISION:

Por estos fundamentos, los integrantes de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; **RESUELVEN: adecuando las medidas cautelares solicitadas; SUSPENDER** la eficacia de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, **solamente en el extremo** que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II- Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso, en la parte que se consigna: ***“Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestra interacciones”***, hasta que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia sea resuelto por la Corte Suprema de la República .- **HAGASE SABER.**