



“el juez nacional debe inaplicar las normas nacionales que le impidiesen ordenar medidas cautelares en resguardo de los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario”

La Tutela Cautelar y la eficacia del sistema jurídico. Reflexiones a partir de caso Factortame

391

Marco L. Obando Fernández*

“Jesús le respondió: ‘Todo el que beba de esta agua, volverá a tener sed; pero el que beba del agua que yo le dé, no tendrá sed jamás, sino que el agua que yo le dé se convertirá en él en fuente de agua que brota para vida eterna’” (Jn. 4 13-14)

I. INTRODUCCIÓN

La tutela cautelar constituye en la actualidad una garantía central en la configuración de un esquema procesal efectivo. Desde el siglo anterior, a lo largo de un camino a veces no tan llano, esta institución ha sido materia de un intenso desarrollo sistemático, lográndose definir sus perfiles teóricos. En este devenir, la sentencia emitida el diecinueve de junio de 1990 por el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso *Factortame*, ha marcado un hito en la afirmación de la tutela cautelar, reconociendo su trascendental función en el sistema jurídico y desarrollando algunas de sus principales características. En el presente ensayo, nos avocaremos al análisis de esta sentencia con el objeto de poner de relieve sus enseñanzas.

II. LA TUTELA CAUTELAR

La actividad jurisdiccional tiene como fin materializar y garantizar el sistema axiológico de un ordenamiento jurídico. A su vez, la vía a través de la cual se ejerce la actividad jurisdiccional es el proceso; en ese sentido, atendiendo a que el proceso puede concebirse en la mayoría de casos, como el instrumento que brinda el ordenamiento jurídico para tutelar las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja¹ reconocidas por el Derecho objetivo², el mismo tendrá como

* Asistente de Docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Sobre la noción de situación jurídica subjetiva, ver: NICOLÒ, Rosario. “Las situaciones jurídicas subjetivas”. Traducción de Carlos Zamudio Espinal, revisada por Rómulo Morales Hervias. *Advocatus*. Lima, N°12, p. 103-116; ZATTI, Paolo. “Las situaciones jurídicas”. Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza del Maestro, revisada por Rómulo Morales Hervias. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, N°64, p.

fin posibilitar que el titular de una situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada obtenga protección jurisdiccional.

El proceso, lejos de ser perfecto, tiene muchas falencias; una de sus principales debilidades, propia de su naturaleza, es su despliegue en el tiempo. El tiempo es necesario, qué duda cabe, para dotarlo de las mayores garantías de justicia: posibilita, por ejemplo, un adecuado ejercicio del derecho de defensa, la valoración de las pruebas, la impugnación, etc. Sin embargo, el transcurso del tiempo, en su faz patológica³, puede ser el responsable directo de las más graves lesiones a las situaciones jurídicas de ventaja. De esta forma, el tiempo requerido por la providencia jurisdiccional puede resultar premiando a quien produjo la lesión o mantiene la amenaza, y perjudicando a quien el ordenamiento jurídico debe tutelar.⁴

Desde muy temprano en el siglo XX⁵, ya Chiovenda sostenía el principio en virtud del cual *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*.⁶ Frente a esta tensión entre proceso y tiempo, diversos institutos y mecanismos se han diseñado, siendo la figura paradigmática y con mayor desarrollo: la tutela cautelar.

Calamandrei señalaba que la función de las providencias cautelares “*nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva (...) Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente*”.⁷

Un punto muy importante en el desarrollo de la teoría de la tutela cautelar lo constituyó el debate entre Chio-

venda y Calamandrei acerca de la existencia de un poder cautelar general. Chiovenda afirmaba la existencia de un poder tal, que entrañase la posibilidad general de otorgar medidas cautelares independientemente de si éstas se encontrasen tipificadas o no, de modo que pueda asegurarse una tutela idónea frente a las características de cada caso concreto⁸; sin embargo, Calamandrei, su más cercano seguidor, respondía que sólo a una cognición completa y definitiva le es permitido, válidamente y de modo general, el dictado de una resolución que afecte la esfera jurídica de un sujeto, por lo que las medidas cautelares debiesen considerarse excepcionales. La adecuada conjugación de ambas tesis ha sido desarrollada en la evolución del pensamiento jurídico procesalista.

Por último, debemos señalar que actualmente se considera que la tutela cautelar requiere de tres presupuestos claramente identificados: el primero de ellos es el peligro en la demora o *periculum in mora*, esto es, “la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”⁹; en segundo lugar, la apariencia de derecho o *fumus boni iuris*, esto es, que haya una verosimilitud de fundabilidad de la pretensión, bastando que “según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar”¹⁰; y, en tercer lugar, la adecuación, la cual supone una idoneidad entre la medida cautelar solicitada y el objeto de tutela, así como una proporcionalidad entre el sacrificio que implicaría y la particular tutela que se pretenda.¹¹

III. EL CASO FACTORTAME

A continuación analizaremos el caso *Factortame*, cuyas especiales características determinaron que constituyese un importante punto en el desarrollo y afirmación de la teoría cautelar.

Factortame Ltd. y otras sociedades eran propietarias de 95 buques de pesca que estaban inscritos en el Registro de buques británicos con arreglo a la *Merchant Shipping Act 1894*. Unos buques habían sido primero matriculados en España y navegaban bajo pabellón español, siendo posteriormente matriculados en el Registro británico a partir

357-389; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Normas, sujetos y relación jurídica. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 329-449.

2 Ver: PRIORI, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. *Ius et Veritas*. Lima, N°26, p. 273-292.

3 No nos referimos en este caso al incumplimiento del plazo razonable, sino a la mera producción de efectos perniciosos.

4 Cf. PRIORI, Giovanni. La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Lima: ARA Editores, 2006, p. 25 y 26.

5 Con respecto a los antecedentes remotos mas no directos de la tutela cautelar en el Derecho romano, ver: MONROY, Juan José. Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: Comunidad, 2002, p. 85 y ss.

6 Principio sostenido por primera vez en 1920, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, y luego retomado en sus Instituciones de Derecho Procesal Civil, según informa ARIANO, Eugenia. “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: Problemas del proceso civil. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 598, pie de página 33.

7 CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 43 y 44.

8 Con respecto a la trascendencia de este postulado teórico, ver: PROTO PISANI, Andrea. “Chiovenda y la tutela cautelar”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, N° VI, p. 407-423.

9 CALAMANDREI, Piero. Óp. cit., p. 40.

10 Ídem, p. 77.

11 Cf. PRIORI, Giovanni. Óp. cit., p. 87 y ss.

de 1980; los otros siempre estuvieron registrados en el Reino Unido, siendo adquiridos principalmente a partir de 1983.

Posteriormente, el régimen legal británico de matriculación de buques pesqueros fue sustancialmente modificado por la parte II de la *Merchant Shipping Act 1988* y por las *Merchant Shipping Regulations 1988 (Registration of Fishing Vessels)*. Según alegaba el Gobierno de Reino Unido, dicho proceso modificatorio tuvo como objeto acabar con la práctica de *quota Shopping*; esto es, el saqueo de cuotas de pesca que habían sido atribuidas a Reino Unido por buques que navegaban bajo pabellón británico, pero que en realidad no eran británicos. La *Merchant Shipping Act 1988* estableció un nuevo registro en el que debían inscribirse obligatoriamente todos los buques de pesca británicos, aún los ya inscritos bajo la *Merchant Shipping Act 1894*. Asimismo, se disponía como requisitos para la

inscripción: que el buque sea explotado desde el Reino Unido, que su utilización sea dirigida y controlada desde el Reino Unido, que su propietario sea británico¹², y que el fletador, armador o naviero sea una persona o sociedad cualificada.¹³

Los 95 buques pesqueros no cumplían con al menos uno de los nuevos requisitos para la inscripción. Ante esta situación, *Factortame* y las otras sociedades propietarias; así como los administradores y los socios de dichas sociedades -que en su mayoría eran españoles-, buscando evitar ser privados del derecho a pescar, mediante un *judicial review* (recurso contencioso-administrativo) ante la *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice* solicitaron que no les fuese aplicable la parte II de la *Merchant Shipping Act 1988*, cuestionando su compatibilidad con los artículos 7¹⁴, 34¹⁵, 38¹⁶, 40.3¹⁷, 52¹⁸, 58¹⁹ y 221²⁰ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Eu-

- 12 Dicha norma consideraba que un buque de pesca tenía un propietario británico si su propiedad nominal pertenecía totalmente a una o varias personas o sociedades cualificadas y si su propiedad efectiva pertenecía, por lo menos en un 75%, a una o varias sociedades cualificadas. Se consideraba persona cualificada a aquella que tenía ciudadanía británica, que era residente y estaba domiciliada en el Reino Unido, y sociedad cualificada a aquella constituida en el Reino Unido, que tenía allí su domicilio social, cuyo capital social era, al menos en un 75%, propiedad de una o varias personas o sociedades cualificadas, y cuyos administradores, al menos en un 75%, eran personas cualificadas.
- 13 Ver pie de página anterior.
- 14 Artículo 7 del Tratado CEE.-
En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad.
El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, podrá establecer, por mayoría cualificada, la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.
- 15 Artículo 34 del Tratado CEE.-
1. Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente.
2. Los Estados miembros suprimirán, a más tardar, al final de la primera etapa, las restricciones cuantitativas a la exportación y todas las medidas de efecto equivalente existentes a la entrada en vigor del presente Tratado.
- 16 Artículo 38 del Tratado CEE.-
1. El mercado común abarcará la agricultura y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos.
2. Salvo disposición en contrario de los artículos 39 a 46, ambos inclusive, las normas previstas para el establecimiento del mercado común serán aplicables a los productos agrícolas.
3. Los productos a los que serán de aplicación los artículos 39 a 46, ambos inclusive, son los que figuran en la lista del Anexo II del presente Tratado. No obstante, en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado, el Consejo decidirá, por mayoría cualificada, y a propuesta de la Comisión, sobre los productos que deban añadirse a dicha lista.
- 17 Artículo 40, numeral 3, del Tratado CEE.-
La organización común establecida bajo una de las formas indicadas en el apartado 2 podrá comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39, en particular, la regulación de precios, subvenciones a la producción y a la comercialización de los diversos productos, sistemas de almacenamiento y de compensación de remanentes, mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones. La organización común deberá limitarse a conseguir los objetivos enunciados en el artículo 39 y deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad.
Cualquier política común de precios deberá basarse en criterios comunes y en métodos uniformes de cálculo.
- 18 Artículo 52 del Tratado CEE.-
En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serán suprimidas de forma progresiva durante el periodo transitorio. Dicha supresión progresiva se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.
La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, las sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo, del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales.
- 19 Artículo 58 del Tratado CEE.-
Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de la aplicación de las disposiciones del presente Capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.
Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho Civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.
- 20 Artículo 221 del Tratado CEE.-
En un plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del presente Tratado, los Estados miembros aplicarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo 58, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones del presente Tratado.

ropea²¹ (en adelante “Tratado CEE”) y con la Política Pesquera Europea. Asimismo, pidieron una indemnización y solicitaron como medida cautelar que no se les aplique dicha norma y sus reglamentos por todo el tiempo que durase el proceso ante el peligro de tener que amarrar sus barcos o malvenderlos²². A través de resolución dictada el diez de marzo de 1989, la *Divisional Court* de la *Queen’s Bench Division* decidió suspender el proceso y realizó una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo (en adelante “el Tribunal”), de acuerdo al artículo 177²³ del Tratado CEE, sobre los extremos relacionados al Derecho Comunitario suscitados en el proceso. Asimismo, ordenó como *interim relief* (medida cautelar) que se suspendiera la eficacia de la parte II de la *Merchant Shipping Act 1988* y de las *Merchant Shipping Regulations 1988* con respecto a los demandantes y emitió una *interim injunction* prohibiendo al *Secretary of State for Transport* exigir su cumplimiento, también, con respecto a los demandantes. El extremo de la medida cautelar de la decisión de la *Divisional Court* fue apelado por el *Secretary of State for Transport*; la *Court of Appeal*, basándose en una norma de Derecho nacional, sostuvo que los órganos jurisdiccionales no tenían la facultad de suspender provisionalmente la aplicación de leyes, por lo que decidió anular la resolución de la *Divisional Court*.

La decisión de la *Court of Appeal* fue apelada; por lo que, la controversia fue sometida ante la *House of Lords*. A través de resolución dictada el dieciocho de mayo de 1989, la *House of Lords* reconoció que las sociedades corrían el peligro de sufrir un perjuicio por la demora del proceso principal, pero sostuvo que, no obstante lo anterior, los órganos jurisdiccionales británicos no podrían ordenar medidas cautelares en un caso como el del litigio principal, pues tal facultad estaría proscrita por el Derecho británico que negaría la posibilidad de conceder medidas cautelares contra la Corona²⁴. Asimismo, señaló que habría que interpretar la ley cuestionada atendiendo a la presunción de conformidad de las leyes nacionales frente al Derecho Comunitario, mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con este Derecho.

Al propio tiempo, atendiendo a que la controversia implicaba un problema de interpretación del Derecho Co-

munitario, la *House of Lords* decidió plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal, limitada sólo al problema del poder cautelar en protección del Derecho Comunitario -dejando intacta la cuestión prejudicial ya planteada sobre el fondo por la *High Court*-, y suspender el proceso hasta que el Tribunal se pronunciase. En este orden de ideas, solicitó esclarecer si es que un órgano jurisdiccional nacional que conociese una controversia que verse sobre Derecho Comunitario y que considerase que el único óbice que pudiese oponerse a la concesión de una medida cautelar fuese una norma nacional debía o no inaplicar dicha norma.

La solicitud de la *House of Lords* al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre la cuestión prejudicial, quedó expresada en los siguientes términos:

“1) Cuando:

- i) una de las partes de un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional nacional alega ser titular de derechos, en virtud del Derecho comunitario, que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional (en lo sucesivo, ‘los derechos invocados’),
- ii) una disposición nacional explícita, si fuese aplicada, privaría automáticamente a esa parte de los derechos invocados,
- iii) hay argumentos sólidos tanto a favor como en contra de la existencia de los derechos invocados y el órgano jurisdiccional nacional considera necesario plantear una cuestión prejudicial, con arreglo al artículo 177, para decidir si los derechos invocados existen o no,
- iv) el Derecho nacional presume que la disposición nacional de que se trata es compatible con el Derecho comunitario, a menos que y mientras no sea declarada incompatible con éste,
- v) el órgano jurisdiccional nacional no está facultado para conceder medidas provisionales de protección de los derechos invocados suspendiendo la aplicación de la disposición nacional hasta que se decida la cuestión prejudicial,

21 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La Sentencia inglesa ‘Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and others’, 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona”. En La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 28 y 29.

22 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 98.

23 Artículo 177 del Tratado CEE.-

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- c) Sobre la interpretación de los Estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho Interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

24 Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El problema de los poderes del juez nacional (...)”. Óp. cit., pp. 38-45.

vi) si la decisión prejudicial reconociese la existencia de los derechos invocados, la parte titular de los mismos haya sufrido probablemente un perjuicio irreparable de no habersele concedido dichas medidas provisionales de protección,

el Derecho comunitario,

- a) ¿Obliga al órgano jurisdiccional a conceder tales medidas provisionales de protección de los derechos invocados; o
 - b) confiere al órgano jurisdiccional la facultad de conceder dichas medidas provisionales?
- 2) En caso de que se dé una respuesta negativa a la cuestión 1, letra a) y una respuesta afirmativa a la cuestión 1, letra b), ¿Qué criterios deben aplicarse para decidir si se conceden o no tales medidas provisionales de protección de los derechos invocados?"

El diecinueve de junio de 1990, en sentencia que constituye un paso trascendental para la consolidación de la tutela cautelar y para el desarrollo del Derecho Comunitario, el Tribunal resolvió la cuestión prejudicial declarando que el juez nacional debía inaplicar las normas nacionales que le impidiesen ordenar medidas cautelares en resguardo de los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario. En consecuencia, la *House of Lords* emitió el veintiséis de julio de 1990 un auto a través del cual suspendió cautelarmente la aplicación de la *Merchant Shipping Act 1988* a los recurrentes²⁵.

IV. LA SENTENCIA DEL 19 DE JUNIO DE 1990 DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Como venimos analizando, a través de sentencia dictada el diecinueve de junio de 1990, el Tribunal resolvió en su parte dispositiva que: *“El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales.”*²⁶

El razonamiento jurídico contenido en la sentencia, al mismo tiempo que directo y preciso, es sumamente abreviado. Recordando la sentencia *Simmenthal*,²⁷ el Tribunal comienza señalando que las normas comunitarias de aplicación directa “deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor”²⁸ y recogiendo el principio básico -y capital en el caso- de supremacía del Derecho Comunitario respecto del interno, contenido en la señalada sentencia, expresa que: *“las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros (...) de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional.”*²⁹

A continuación, el Tribunal recuerda que, en virtud del principio de cooperación³⁰ recogido en el artículo 5³¹ del Tratado CEE, los órganos jurisdiccionales nacionales deben otorgar a los justiciables la protección jurídica que se deriva del efecto directo de las disposiciones del Derecho Comunitario³². La atención a este artículo en la sentencia es de vital importancia; toda vez que, es el único que expresa un principio vinculado al poder que tienen los jueces nacionales para ejercer tutela cautelar en resguardo del Derecho Comunitario. Pues bien, el poder cautelar sólo está atribuido de modo literal al Tribunal de Justicia en los artículos 185³³ y 186³⁴ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Luego, atendiendo nuevamente a lo expresado en la sentencia *Simmenthal*, el Tribunal señala que: *“sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa, o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esta aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias.”*³⁵

En este orden de ideas, continúa el Tribunal -en el primer análisis del concreto asunto que se le sometía- señalando que: *“la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente*

25 Acerca de las consecuencias y evolución del Judicial Review inglés a partir de la sentencia estudiada, ver: DEL GUAYO, Íñigo. *Judicial Review y Justicia Cautelar*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 96 y ss.

26 Sentencia *Factortame*, asunto 213/89.

27 Sentencia *Simmenthal*, asunto 106/77.

28 Sentencia *Factortame*, asunto 213/89, apartado 18.

29 Sentencia *Factortame*, asunto 213/89, apartado 18.

30 Cita las sentencias *Ariete* y *Mireco*, asuntos 811/79 y 826/79, respectivamente.

31 Artículo 5 del Tratado CEE.-

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

32 Sentencia *Factortame*, asunto 213/89, apartado 19.

33 Artículo 185 del Tratado CEE.-

Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

34 Artículo 186 del Tratado CEE.-

El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos que esté conociendo.

35 Sentencia *Factortame*, asunto 213/89, apartado 20.

*reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario.*³⁶

Fluye pues de este razonamiento, así como del principio de cooperación citado y de lo expresado en la parte resolutoria, la afirmación en la sentencia de un poder cautelar en resguardo del Derecho Comunitario detentado por los órganos jurisdiccionales nacionales. El reconocimiento de este poder sin imponer ningún criterio de tipificación de las medidas cautelares a adoptarse se traduce en la existencia de un auténtico poder cautelar general; esto es, el poder genérico de ordenar las medidas cautelares idóneas de acuerdo a las específicas características que cada caso concreto presente, con prescindencia de una habilitación normativa expresa de cada medida. De este modo, la existencia de un poder cautelar general termina por constituirse en el remedio adecuado frente a la distinta naturaleza de los supuestos de hecho y de derecho que puedan presentarse en la realidad. Sin caer en redundancia de conceptos, podemos afirmar que el poder cautelar general es el que garantiza la mayor eficacia de la tutela cautelar, por lo que su adopción implícita en la sentencia constituye un mérito.

Por último, el Tribunal señala que el razonamiento -descrito- conducente a la afirmación de la tutela cautelar, a pesar de cualquier norma de Derecho interno, es corroborado por el artículo 177 del Tratado CEE; toda vez que su eficacia resultaría socavada si es que el órgano jurisdiccional nacional que suspende el proceso por haber planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal no pudiese conceder medidas cautelares hasta el pronunciamiento de su resolución, adoptada tras la respuesta del Tribunal.³⁷

Con ello, se pone punto final a la motivación de esta importante sentencia, quedando de manifiesto su excesiva brevedad, como ya hemos mencionado; sin embargo, no es menos cierto que tanto la decisión como el razonamiento que la precede son el fruto de la adopción, en esencia, de los argumentos del Abogado General Giuseppe Tesaurò, quien en su escrito de Conclusiones desarrolló un hilo argumentativo basado en los postulados de la teoría cautelar constituyendo éste, la fuente directa de la decisión. De este modo, resulta tanto ineludible como enriquecedor revisar su exposición, a lo cual nos avocaremos a continuación.³⁸

Primeramente, Tesaurò resalta la existencia de una verdadera “exigencia de tutela cautelar” con el fin de lograr una “eficacia no ilusoria de los medios de tutela judicial”³⁹. Citando la sentencia *Simmenthal*, en las mismas partes que son citadas en la sentencia estudiada en el presente trabajo, y el artículo 5 del Tratado CEE (también citado en la sentencia estudiada) concluye que la norma comunitaria atribuye automáticamente al ciudadano las situaciones jurídicas previstas en ella independientemente de cualquier norma nacional en contrario. Asimismo, sostiene que la: “*modalidad y los mecanismos de tutela de los derechos atribuidos al particular por las normas comunitarias son los que disponen los ordenamientos internos de los Estados, en ausencia de un sistema procesal armonizado.*”⁴⁰

En ese sentido, señala que el poder cautelar del que deben gozar los jueces nacionales en resguardo del Derecho Comunitario es el que ofrecen las normas procesales internas “siempre que no hagan imposible el ejercicio de los derechos que el juez nacional tiene la obligación de tutelar”⁴¹, lo que sucedería en el caso estudiado. De este modo, se pretende que sea cumplida la obligación de los jueces nacionales de otorgar a los ciudadanos comunitarios una tutela jurisdiccional completa y efectiva, con el objeto de garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias.

Explica el Abogado General que el problema radica en la no simultaneidad entre el momento en que surge la situación jurídica subjetiva a partir de la vigencia de la norma comunitaria y el momento en que es aclarada a través de una sentencia definitiva. Pudiendo suceder que, la clarificación llegue demasiado tarde; de modo que, el derecho invocado no lograría ser ejercido eficaz y útilmente. En estos casos, señala que se colisionaría con el principio general del Derecho según el cual “*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*” poniendo de relieve, de este modo, el trascendental principio *chiovendiano*. En ese sentido, arguye que la tutela cautelar pretende: “*en cuanto sea posible, evitar que el daño provocado por la no coetaneidad entre los dos momentos de la declaración judicial (...) perjudique la efectividad o la función misma de dicha declaración judicial.*”⁴²

Debemos destacar, de esta argumentación, la proclamación como principio general del Derecho del principio *chiovendiano*. Pues bien, constituye este principio el fundamento directo para el establecimiento de la tutela cautelar; la cual deviene en imprescindible para cualquier ordenamiento que pretenda ser realmente eficaz.

36 Sentencia Factortame, asunto 213/89, apartado 21.

37 Sentencia Factortame, asunto 213/89, apartado 22.

38 Con dicho fin, nos remitiremos en lo sucesivo a un importante estudio que Eduardo García de Enterría ha realizado al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 106 y ss.

39 Ídem, p. 108.

40 Ídem, p. 109.

41 Ídem, p. 116.

42 Ídem, p. 111.

A continuación, Tesauro fundamenta la inescindible relación entre la efectividad de la tutela y la tutela cautelar, primordialmente, basándose en la doctrina procesal de Chiovenda, Calamandrei y Hellwig. El destacado Abogado General termina concluyendo que las medidas cautelares “se revelan como un instrumento fundamental e inexcusable de cualquier sistema jurisdiccional.”⁴³

Como vemos, en la argumentación del abogado Tesauro aparece la afirmación de la tutela cautelar como derivada de la noción de tutela jurisdiccional efectiva⁴⁴. Sin negar que dicho concepto esté implícitamente inmerso en la sentencia, es menester reconocer que con mayor claridad se dibuja la dimensión objetiva de la tutela cautelar, entendiendo como tal la garantía, con carácter provisional y, en tanto, se sustancia el proceso principal, del respeto de la legalidad comunitaria⁴⁵. En efecto, a través del acento puesto en la garantía de la aplicación directa de las normas comunitarias, recordando la sentencia *Simmthal*, así como la alusión al artículo 5 del Tratado CEE; la sentencia deja en claro que la tutela cautelar constituye un elemento indispensable para garantizar la eficacia de un ordenamiento jurídico.

Con respecto al aparente obstáculo de que la tutela cautelar pretendida en el caso se dirigía a la inaplicación de una ley, menciona que la presunción de legitimidad de las leyes no es un problema ya que ésta puede ser destruida durante el proceso. La tutela cautelar contribuiría, en estos casos, a evitar que el control jurisdiccional de la ley a través de la sentencia definitiva resulte vano. En ese sentido, señala que los verdaderos criterios sobre los que debe basarse el otorgamiento de la tutela cautelar son sustanciales: la apariencia de derecho y el peligro en la demora⁴⁶. De este modo, aparecen en su análisis los presupuestos de la tutela cautelar, cuya regulación en ordenamientos nacionales puede presentar características disfuncionales⁴⁷.

Posteriormente, atendiendo a una argumentación *ab maioris ad minus*, señala que si el juez puede inaplicar la ley nacional contraria a la norma comunitaria al dictar

la decisión definitiva, debe poder también inaplicarla en vía cautelar. Consideramos, sin embargo, que dicha argumentación no es acertada: si bien la decisión definitiva implica una alteración largamente más intensa de la realidad jurídica que la siempre provisional decisión cautelar; también lo es que esta última es producto de una cognición sumaria, por lo que debiéramos preguntarnos si a un proceso con estas características podría asignarse un efecto tan importante como la inaplicación de una ley. En ello radica la debilidad de la tutela cautelar y, por eso mismo, es ello en lo cual debió concentrarse el análisis.

Luego, Tesauro sugiere al Tribunal que declare que el poder cautelar que tienen los jueces nacionales es derivado de la tutela jurisdiccional efectiva que deben otorgar con respecto al Derecho Comunitario. Finalmente, propone al Tribunal, como respuesta a la cuestión prejudicial planteada, declarar que: “*la obligación que el Derecho Comunitario impone al juez nacional de garantizar una efectiva tutela jurisdiccional a los derechos atribuidos al particular directamente por una norma comunitaria comprende la obligación de disponer la tutela cautelar y de urgencia de los derechos invocados en base a tales normas comunitarias, siempre que concurren los presupuestos de hecho y de derecho, en espera de la decisión definitiva y de la eventual interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia.*”⁴⁸

Consideramos que la argumentación del abogado Tesauro contiene un loable desarrollo sistemático de la tutela cautelar a partir del cual es fácil deducir las conclusiones a las que arribó y que, en definitiva, son tomadas por el Tribunal, permitiéndole afirmar el poder cautelar del juez nacional en resguardo del Derecho Comunitario.

Con respecto a la parte resolutive de la sentencia estudiada, el principio directamente emanado de la misma, en palabras de Carpi, es el siguiente: “*el juez nacional debe inaplicar las leyes nacionales que le impidan emitir resoluciones provisionales de índole cautelar en tutela de derechos fundados en normas comunitarias, cuando aquello sea necesario con la finalidad de garantizar la plena eficacia satisfactiva de la decisión final de fondo y de asegurar una aplicación igual y uniforme de las normas*

43 Ídem, p. 111 y 112.

44 Tomando como fundamento no sólo la tutela jurisdiccional efectiva, sino también la dignidad humana, la noción de Estado Constitucional y el principio de igualdad, Giovanni Priori llega a la conclusión de que la tutela cautelar es un derecho fundamental, y pone de manifiesto las importantes consecuencias de esta afirmación: (i) la tutela cautelar tiene una doble naturaleza: subjetiva, en tanto garantía del individuo, y objetiva, al constituir uno de los pilares de un Estado constitucional, (ii) es un derecho vinculante para todos los poderes públicos, siendo el Estado el primer llamado a respetarlo, (iii) toda norma del ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo al contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar, (iv) existe la posibilidad de interposición de una demanda de amparo contra cualquier acto que lesione o amenace el derecho fundamental a la tutela cautelar, y (v) no es necesaria la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órganos jurisdiccionales. Cf. PRIORI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 142 y ss.

45 Cf. BACIGALUPO, Mariano. *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 60.

A partir del énfasis puesto por la sentencia en la dimensión objetiva de la tutela cautelar, Mariano Bacigalupo reflexiona: “el que la tutela cautelar se ligue preferentemente a la garantía objetiva de la primacía y de la eficacia inmediata del Derecho Comunitario frente al Derecho interno –y no al derecho subjetivo (comunitario) a la tutela cautelar– parece permitir un alcance y una intensidad diversa de la tutela cautelar cuando no se trata de otorgarla frente al Derecho interno aparentemente contrario al Derecho Comunitario, sino frente a este mismo. Y es que en este último caso no está en juego la primacía del Derecho Comunitario, pero sí puede estarlo el derecho subjetivo de los ciudadanos comunitarios a la tutela cautelar”. Cf. Ídem, p. 74.

46 Ciertamente que la adecuación no fue recogida en la exposición de Tesauro como un presupuesto autónomo, mas sí se hace referencia a ella como la “ponderación o balance de las posiciones enfrentadas”, señalándose que puede encajarse dentro del *periculum in mora*. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 118.

47 A título meramente ejemplificativo, de la situación en España al momento de la emisión de la sentencia estudiada da cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ídem, p. 125 y 126.

48 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ídem, p. 119.

comunitarias en relación a todos los destinatarios en los varios Estados.”⁴⁹

Conforme puntualiza Francisco Chamorro, a partir de esta sentencia se deduce claramente que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que impida ordenar medidas cautelares con el objeto de garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial es incompatible con el Derecho Comunitario.⁵⁰

No obstante, es necesario resaltar que constituye un defecto técnico de la sentencia el no haber respondido a una de las cuestiones que precisamente preguntaba la *House of Lords*; esto es, si es que el otorgamiento de las medidas cautelares constituía una “facultad” o una “obligación”; o, en otras palabras, cuándo se da la necesidad de adoptar medidas cautelares y cuáles son los requisitos para ello en los procesos nacionales en que se ventilen problemas de Derecho Comunitario⁵¹. Estamos de acuerdo con García de Enterría⁵² en que la respuesta debe extraerse del ya estudiado apartado 21, entendiendo que las medidas cautelares a las que se refiere la sentencia en su parte dispositiva son aquellas que puedan “garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que deba recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario”⁵³. Sin embargo, era tarea del Tribunal dejar en claro que la medida cautelar debe ser concedida cuando así lo requiera la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, de acuerdo a los presupuestos de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la adecuación.

V. CONCLUSIONES

La sentencia analizada ha significado un hito en la afirmación de la importancia de la tutela cautelar en el sistema jurídico, así como un paso importante en el desarrollo del Derecho Comunitario y su articulación con las jurisdicciones nacionales.

En esencia, se reconoce implícitamente el principio *chiovendiano*, invocado por el Abogado General, según el cual *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*, el mismo que constituye en la actualidad un verdadero principio general del Derecho.

La sentencia permite reconocer la importancia de la dimensión objetiva de la tutela cautelar, la cual enfatiza su función de aseguramiento de la legalidad de un ordenamiento jurídico; en este caso, del Derecho Comunitario europeo. Con respecto a este ordenamiento, se reafirma la operatividad del principio de su supremacía también a nivel cautelar.

Resulta sumamente relevante, asimismo, el reconocimiento de un poder cautelar general del juez nacional en relación al Derecho Comunitario. Con ello, podemos colegir la afirmación de este poder como la más alta garantía de eficacia de la tutela cautelar.

En suma, la sentencia estudiada constituye un paso fundamental en el reconocimiento de la tutela cautelar como componente imprescindible de cualquier ordenamiento jurídico cuya eficacia se desea asegurar.

49 CARPI, citado por ARIANO, Eugenia. Óp. cit., p. 599 y 600.

50 Cf. CHAMORRO, Francisco. La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1994, p. 286 y 287.

51 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Óp. cit., p. 106.

52 Cf. *Ibidem*.

53 Sentencia Factortame, asunto 213/89, apartado 21.