

El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites

Giovanni F. Priori Posada^(*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*.

“Se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o defenderse en juicio para pedir justicia”.
Giuseppe Chiovenda

“El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No sería demasiado atrevido paragonar el tiempo a un enemigo con el cual el juez lucha sin descanso. Por lo demás, también bajo este aspecto, el proceso es vida. Las exigencias que se plantean al juez en orden al tiempo, son tres: detenerlo, retroceder o acelerar su curso”.
Francesco Carnelutti

1. El problema del tiempo y el proceso

Al abordar el tema que proponemos, es preciso recordar que el proceso es un instrumento⁽¹⁾ que

brinda el ordenamiento jurídico para tutelar las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por el Derecho objetivo⁽²⁾ cuando los sujetos destinatarios de las normas no adecuan

(*) Magíster por la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Profesor Ordinario de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las Maestrías con mención en Política Jurisdiccional y con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) “El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial, carácter instrumental, encontrándose con él en relación de medio a fin; pero se trata de una instrumentalidad necesaria, en cuanto para obtener la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*. Volumen I. Buenos Aires: EJEA, 1962. p. 348. Sobre este tema hemos realizado un estudio más amplio en: PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *ius et veritas*. Número 26. pp. 273-292.

(2) Recordemos que a lo largo de la corta historia del Derecho procesal, numerosos autores han debatido acerca de si la finalidad del proceso es la actuación del derecho objetivo al caso concreto (teoría objetiva de la función jurisdiccional) o si es más bien la tutela de las situaciones jurídicas de los particulares (teoría subjetiva de la función jurisdiccional). Así, dentro de aquellos autores que consideran que la finalidad del proceso es la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, encontramos, entre otros, a Giuseppe Chiovenda, para quien “*oggetto del procesiguiteso è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione, cioè l'azione*”. Traducción libre: “objeto del proceso es la voluntad concreta de la ley de cuya existencia y actuación se discute, y el poder de solicitar su actuación, es decir, la acción”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto procesiguitesuale civile*. Napoli: Jovene, 1965. p. 83.

Dentro de los autores que sostuvieron la teoría subjetiva se encuentra Hellwig, para quien: “la jurisdicción tiene como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre las partes, y su ejecución y efectividad; el proceso civil, decía, está al servicio de los intereses de los particulares. En resumen, el Estado con su jurisdicción, tutela los derechos subjetivos de los ciudadanos”. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999. p. 60.

voluntariamente su conducta a ellas⁽³⁾. Producida la “crisis de cooperación”⁽⁴⁾ se hace necesaria entonces la actuación del proceso para que el titular de una situación jurídica de ventaja lesionada o amenazada obtenga protección jurisdiccional.

De esta manera, el proceso es un instrumento de protección de las situaciones jurídicas de ventaja, pero un instrumento necesario⁽⁵⁾, pues dentro de un ordenamiento jurídico en el que la autotutela se encuentra prohibida y donde la autocomposición depende de la voluntad de quien precisamente no ha cumplido con la previsión normativa⁽⁶⁾; el proceso es la única forma con la que el sujeto de derechos puede pretender la efectiva protección de la situación jurídica de la

cual es titular y que se encuentra lesionada o amenazada. Si el proceso logra aquella protección, no solo se habrá satisfecho el interés que subyace a la situación jurídica de ventaja, sino que, además, se habrán realizado los valores que inspiran a determinado ordenamiento jurídico⁽⁷⁾.

Ello no quiere decir que el proceso sea un instrumento perfecto, sino por el contrario, tiene una serie de imperfecciones, de las cuales es necesario ser conscientes con la finalidad de hacerles frente y evitar que ellas le impidan cumplir su cometido: proteger a las situaciones jurídicas de ventaja.

La principal imperfección del proceso es una que está en su esencia y de la cual el proceso

- (3) “Surge en ese momento el periodo de la crisis del derecho, en virtud del cual el derecho, de un momento de actuación fisiológica, pasa a un momento de actuación patológica.

El hombre, al determinar libremente sus acciones, no siempre ajusta espontáneamente su conducta a la observancia del derecho existente, respetando los intereses que el derecho objetivo tutela, sino que viola, o amenaza con violar, los intereses ajenos que las normas jurídicas tutelan, o los deja insatisfechos, no cumpliendo las prestaciones que está jurídicamente obligado a cumplir. Y ello, o por no querer conscientemente someterse a los mandatos o a las prohibiciones del derecho, o por ignorancia del derecho, o porque, siendo dudosos e inciertos los términos de los hechos o de las relaciones que la norma regula, o en algún caso, por el carácter de abstracción o generalidad de la norma misma, son inciertos para el sujeto agente la existencia y el alcance de su obligación jurídica.

Sin embargo, también en estos casos debe actuarse el derecho, y en último análisis hay que servirse de la fuerza física o mecánica para la realización de él”. ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Desalma, 1983. p. 38.

- (4) Término con el cual la doctrina ha venido en llamar a la situación en la cual los sujetos no cumplen voluntariamente con los mandatos normativos, cumplimiento que se hace necesario para que el interés del titular de una situación jurídica de ventaja se vea satisfecho.

- (5) Supra nota 1. CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*

Es interesante en este punto señalar que el Tribunal Constitucional también ha considerado al proceso como un instrumento necesario para la actuación de la tutela jurisdiccional, en los siguientes términos: “Que el proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución judicial, demandando para ello el derecho a ser oído, aportando los medios probatorios necesarios para su defensa, de tal forma que si el órgano judicial prescinde total o parcialmente de él, ello ya comporta una vulneración al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Más aún, si el reconocimiento o no del derecho o interés perseguido solo puede producirse al final del proceso, por lo que es suficiente para abrirlo la mera afirmación de tenerlos” (Expediente N° 265-2000-AA).

- (6) Salvo en los casos del desistimiento, lo que supone la renuncia del titular de la situación jurídica de ventaja de la pretensión formulada contra el sujeto titular de la situación jurídica de desventaja; lo que supone, en otras palabras, la renuncia a la satisfacción del propio interés (el que, además, es el jurídicamente prevalente) en aras de lograr la satisfacción del interés ajeno.

Sobre este tema, recomendamos: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: UNAM, 1970; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha, 1944. Tomo I. pp. 11-46; GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1989. pp. 19-26; MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1997. pp. 1-10; VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 1984. pp. 3-8. Sobre el mismo tema, puede consultarse también, un anterior trabajo: PRIORI POSADA, Giovanni. “*Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil*”. En: *Proceso & Justicia*. Revista editada por la asociación civil Taller de Derecho. Número 1. Año 1. pp. 37 y siguientes.

- (7) Respecto de la relación que existe entre valor y norma jurídica, citamos un texto de Elio Fazzalari, para quien: “*La norma giuridica è da ascrivere alla sfera del valore, inteso vuoi alcunchè di approvabile in una data cultura, vuoi, e correlativamente, come criterio -regola- di condotta su di esiguenteso ordinato: la norma, o più norme nelle connesipientesioni che vedremo, incorporano un valore, il quale ne risulta potenziato per gli attributi propri della giuridicità (...)*”. Traducción libre: “La norma jurídica se adscribe a la esfera del valor, entendido, sea como algo aprobable en una determinada cultura, sea, y correlativamente, como criterio -regla- de conducta sobre él ordenado: la norma, o más normas en las relaciones que veremos, incorporan un valor, el cual resulta potenciado por los atributos propios de la juridicidad”. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto procesalesuale*. VIII edición. Milán: Cedam, 1996. pp. 22 y 23.

jamás se podrá librar: el tiempo. El proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que el proceso pueda actuar sobre la situación jurídica material se convierte en la peor amenaza -y muchas veces en la más grave lesión- que la situación jurídica material puede sufrir⁽⁸⁾. De esta manera, el proceso se encuentra frente a un gran dilema, pues: "(...) mientras el incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia sustitutiva de la jurisdicción es mediata, en tanto requiere el transcurso de cierto lapso dentro del cual es imprescindible realizar alguna clase especializada de actividad"⁽⁹⁾.

La situación anteriormente descrita nos plantea una paradoja: el ordenamiento jurídico prohíbe al titular de una determinada situación jurídica material hacer justicia por su propia mano, es decir, tutelar o proteger por su propia cuenta la situación jurídica de ventaja que se encuentra en estado de lesión o amenaza. A cambio de esa prohibición, el ordenamiento jurídico confiere al particular un

medio de protección de esa situación jurídica; pero ese medio de protección no actúa de manera inmediata, sino que requiere que transcurra un lapso de tiempo para que dicha protección opere. Pero ese periodo de tiempo genera un peligro a la situación jurídica material (que ya se encuentra en situación de lesión o amenaza); y muchas veces termina por producir una mayor lesión (hasta convertirla en irreparable) o permitir que la amenaza de lesión se concrete. De esta forma, el tiempo que toma el dictado de la providencia jurisdiccional solicitada por el titular de la situación jurídica de ventaja que se encuentra lesionada o amenazada puede terminar por "premiar" a quien produjo la lesión o mantiene la amenaza y por "perjudicar" a quien el ordenamiento jurídico desea proteger.

Pero como dijimos, es preciso ser conscientes de las imperfecciones para poder hacerles frente; y en el caso de la relación entre el tiempo y el proceso, esta ha sido objeto de preocupación constante de los más reconocidos procesalistas⁽¹⁰⁾. Dicha

(8) Eduardo Couture señalaba dicha preocupación en los siguientes términos: "El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido". COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo y Buenos Aires: Faira, 2002. p. 120.

(9) MONROY GALVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales*. En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. Número IV. Lima: Jemafy Editores, 2001. p. 158.

En el mismo sentido, se expresa Andrea Proto Pisani, para quien: "*I primi ostacoli derivano dalla circostanza di fatto che non vi è istantaneità fra il momento del sorgere del diritto, quello della sua violazione e quello infine del ricorso alla tutela giurisdizionale. Normalmente, poi, il ricorso alla tutela giurisdizionale avviene solo dopo che la violazione del diritto è stata già posta in esiguitesere: in tal caso il procesiguitesero può impedire che la violazione continui ma non potrà certo eliminare il fatto che la violazione via sia stata (quod factum infectum fieri nequit); per quanto concerne il fatto della violazione già perpetrata il procesiguitesero non potrà dare al titolare del diritto le stesiguitesere utilità che avrebbe dovuto conseguire attraverso la cooperazione doverosa dell'obbligato, ma solo utilità equivalente, cioè, secondo il nostro ordinamento, il risarcimento del danno*". Traducción libre: "Los primeros obstáculos [se refiere a los obstáculos para la efectividad de la tutela jurisdiccional] se derivan de la circunstancia de hecho que no existe instantaneidad entre el momento que surge el derecho, aquello de su violación y aquel del recurso a la tutela jurisdiccional. Normalmente, pues, el recurso de la tutela jurisdiccional viene solo después de que se ha producido la violación del derecho: en ese caso el proceso puede impedir que la violación continúe pero no podrá, por cierto, eliminar el hecho que la violación ya se haya producido (*quod factum infectum fieri nequit*); por lo que se refiere a la violación ya perpetrada el proceso no podrá dar al titular del derecho la misma utilidad que habría debido conseguir a través de la cooperación debida del obligado, sino solo una utilidad equivalente, es decir, según nuestro ordenamiento jurídico, el resarcimiento del daño". PROTO PISANI, Andrea. "*Apunti sulla tutela cautelare nel procesiguitesero civile*". En: *Rivista di diritto civile*. Parte I. 1987. p. 110.

(10) En efecto, Chiovenda hablaba de la necesidad de impedir que desaparezca el bien garantizado por la ley a un sujeto mientras se dicta una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* pp. 224 y 225) e incluso hablaba de un principio según el cual la necesidad de servirse del proceso no debe resultar en daño de quien se ve constreñido a accionar (CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1949. pp. 5 y siguientes). Dicho principio tiene para Chiovenda, un alcance bastante general, que va mucho más allá de la tutela cautelar.

Por su parte, Carnelutti, señalaba: "La consecución de las finalidades hasta ahora reseñadas bajo los nombres de jurisdicción y de ejecución, si bien sirve, dentro de lo posible, para la composición del litigio, implica un costo considerable. Ese costo debe ser desde ahora atentamente valorado, sobre todo en orden al tiempo. La duración del proceso es uno de sus defectos humanos, que aun cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán ser jamás eliminados del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia pueda ser rápida, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto jurisdiccional como ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el que continúa el litigio, con todos los daños que de él derivan. No ha de extrañar, por tanto, que la prevención de esos daños haya determinado medidas

preocupación radica en que el proceso se lleve dentro del tiempo necesario para que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa y para que el juez pueda estar seguro o convencido de la decisión que adopta, pero evitando que ese periodo de tiempo termine por perjudicar el dictado de una decisión eficaz. Planteando precisamente ese problema, Calamandrei señala que: “Este es uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien”⁽¹¹⁾.

El problema se agrava si somos conscientes que el tiempo que dura el proceso es algo que no depende exclusivamente del demandante, sino también del juez y del demandado; pues cada uno de estos sujetos procesales requieren “sus propios” tiempos para la actuación procesal. El tema es que muchas veces esos tiempos se extienden más allá de lo razonable, perjudicando con ello la situación jurídica del demandante. Las razones de ello son varias: la carga procesal, la falta de presupuesto, la carencia de infraestructura, pero también, el abuso en el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado⁽¹²⁾, entre otras razones. La pregunta es entonces: ¿es el demandante el único que debe sufrir todos los perjuicios generados por la demora del proceso? La igualdad de las partes en el proceso obliga a que las cargas⁽¹³⁾ que supone el tiempo del proceso deban ser distribuidas entre los litigantes, para así no hacer que una cuestión inherente al proceso (el tiempo) termine por perjudicar a solo una de ellas.

Actualmente la doctrina procesal está intentando hacerle frente a esa situación, a través de distintos institutos, pero en el presente trabajo nos ocuparemos solo de uno de ellos: las medidas cautelares.

La función que cumplen las medidas cautelares dentro del proceso y su importancia para contrarrestar los perjuicios que la duración del proceso pueden provocar al demandante, son expresadas claramente por Calamandrei: “(...) 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⁽¹⁴⁾”. Continúa Calamandrei señalando que: “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 de bien y 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 (...)”⁽¹⁵⁾. Termina diciendo: “En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en el que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares”⁽¹⁶⁾.

encaminadas a un arreglo (“*sistemazione*”) provisional de la situación ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su *iter*”. CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*; p. 243.

(11) CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*; p. 43.

(12) Sobre el abuso del derecho de defensa por parte del demandado, puede verse: MARINONI, Luiz Guilherme. “*O directo a tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos directos fundamentais*”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número VII. pp. 210 y siguientes.

(13) “*Pretender distribuir o tempo implica em vê-lo como ônus, e esiguietesa compreensao exige a prévia constatação de que ele nao pode ser visto como algo neutro ou indiferente ao autor e ao reu*”. *Ibid.*; p. 211.

(14) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro. p. 43.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*; p. 44.

2. Planteamiento del problema

La imperfección que el tiempo genera en el proceso ha sido, pues, afrontada con las medidas cautelares. Ellas dan aquella respuesta rápida con la que se pretende evitar que el tiempo que toma el proceso termine por perjudicar al titular de la situación jurídica material que se ve en la necesidad de acudir a él para lograr una protección jurisdiccional.

Pero el dictado de una medida cautelar supone una decisión jurisdiccional que con las características de provisoriedad⁽¹⁷⁾, instrumentalidad⁽¹⁸⁾ y variabilidad según las circunstancias⁽¹⁹⁾ afecta la esfera jurídica del demandado, afectación que no se produce a consecuencia de un juicio de certeza, sino más bien de verosimilitud, es decir, de mera apariencia.

La pregunta que surge entonces es: ¿qué límites existen para el dictado de una medida cautelar? Pero el estudio acerca de los límites de las medidas cautelares nos lleva necesariamente al análisis de los fundamentos del instituto y su contenido; pues solo a través de encontrar su fundamento y contenido será posible ubicar sus límites.

El marco del presente trabajo radica en encontrar los fundamentos y los límites constitucionales de la tutela cautelar.

3. Los fundamentos constitucionales de la tutela cautelar

La consagración del instituto de las medidas cautelares tiene por finalidad garantizar que el tiempo que toma el proceso no termine por perjudicar al titular de la situación jurídica de ventaja que se ve en la necesidad de acudir al proceso para protegerla. Con ello, resulta claro que su consagración en un ordenamiento jurídico guarda estrecha relación con algunos valores constitucionales, entre los que se encuentran: (i) la dignidad humana; (ii) el Estado Constitucional; y, el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. La dignidad humana

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Sin perjuicio de las críticas que la doctrina nacional⁽²⁰⁾ pueda haber hecho al texto constitucional antes citado, en comparación con el texto del artículo 1 de nuestra Constitución de 1979; creemos que hay algo que dicho artículo deja claramente establecido: la persona humana y su dignidad son el centro, la referencia necesaria, el fundamento, la razón de ser de la sociedad y del Estado⁽²¹⁾.

(17) “Provisoria” de la manera en que la entiende Calamandrei, en oposición, precisamente a “temporal”. “Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de ‘provisoriedad’ (...) es un poco diverso, y más restringido, que el de ‘temporalidad’. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: ‘provisorio’ es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio”. *Ibid.*; p. 36.

(18) Para Calamandrei, las medidas cautelares: “(...) nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como han dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: esta nace, como se ha visto, con la esperanza que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquella nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no solo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto”. *Ibid.*; pp. 44 y 45.

(19) (...) las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medidas, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creadas durante ese tiempo”. *Ibid.*; p. 89.

(20) Como ejemplo de ello, véase: RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. pp. 110 y siguientes.

(21) “Por consiguiente, podemos decir que este artículo 1 significa varias cosas simultáneamente: que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a su vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad, la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona”. *Ibid.*

De esta forma, la dignidad humana es uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado constitucional⁽²²⁾. De esta manera, se sostiene que: “como principio jurídico, la protección de la dignidad humana (...) es anterior al ‘Estado’ y al ‘pueblo’ y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado”⁽²³⁾. Con esa misma orientación el Tribunal Constitucional peruano ha considerado a la dignidad de la persona humana como un “(...) valor por excelencia de nuestro orden constitucional (...)”⁽²⁴⁾, señalando que la dignidad humana es “el presupuesto de todos los derechos fundamentales”⁽²⁵⁾; para afirmar finalmente que: “la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales”⁽²⁶⁾.

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional manifiesta que: “(...) la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo (...). En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares”⁽²⁷⁾.

Siendo ello así, cualquier instituto jurídico que se pretenda implantar debe tener como finalidad el respeto y la defensa de la persona humana y de su dignidad; pues todo el derecho encuentra su causa y fin en el ser humano. Los romanos expresaban claramente esta idea, al afirmar que: “*Hominum causa omne ius constitutum est*”⁽²⁸⁾. Una de las consecuencias de ello, es el principio *pro homine*, que es un criterio hermenéutico que exige

siempre tender hacia la mayor protección de los derechos de los ciudadanos⁽²⁹⁾.

Si pensamos en el proceso como un instituto jurídico, es evidente que este tiene, como los demás institutos jurídicos, su causa, su razón de ser y su finalidad en el respeto de la persona humana y su dignidad. Siendo ello así, el proceso debe ser un instrumento jurídico con el que se respete la dignidad de los litigantes, procurando para ello que en él los derechos fundamentales de las personas sean respetados y no mancillados. En ese sentido, la doctrina nacional ha manifestado que: “(...) el proceso, para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre -y no el hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la justicia”⁽³⁰⁾.

El respeto a la dignidad de la persona humana exige que el proceso que los ciudadanos se ven en la obligación de iniciar sea uno en el que las situaciones jurídicas controvertidas encuentren una efectiva protección. La dignidad de la persona humana se ve lesionada si el proceso resulta ser excesivamente largo, engorroso, formalista y en el que la decisión del órgano jurisdiccional sobre el conflicto no alcance a satisfacer las expectativas de justicia de las partes. Hacer que el ciudadano tenga que seguir un largo y engorroso proceso al término del cual no se brinde una adecuada y efectiva protección a las situaciones jurídicas de

(22) “El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana”. HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 172. En el mismo sentido, se pronuncia Francisco Fernández Segado, para quien la dignidad humana es el fundamento de “la totalidad del orden político” y el “principio rector supremo del ordenamiento jurídico”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p. 48.

(23) HABERLE, Peter. *Op. cit.*; p. 174.

(24) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0008-2003-AI.

(25) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0008-2003-AI.

(26) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0008-2003-AI. En similar sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que: “El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada” (Expediente Número 2945-2003-AA).

(27) Sentencia tramitada bajo el expediente número 2945-2003-AA.

(28) Digesto 1, 5, 2.

(29) CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004. pp. 28 y 29.

(30) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara, 2001. p. 69.

las cuales es titular, es una humillación, un ataque directo a la dignidad de la persona humana, y con ello, al fundamento del Estado constitucional y democrático.

Por ello, las medidas cautelares, en tanto instrumentos que tienen por finalidad evitar que el ser humano sufra la humillación de un proceso largo e ineficaz; encuentran fundamento en el respeto de la dignidad del ser humano.

3.2. El Estado constitucional⁽³¹⁾

El Estado constitucional es un estado sometido al imperio de la Constitución; es decir, es un estado en el que administración, legislador, jueces y ciudadanos se encuentran obligados al respeto de la norma fundamental.

Para el Estado constitucional, “la constitución es, pues, un orden jurídico que se califica como fundamental (...)”⁽³²⁾. De esta forma, “(...) la Constitución es un código normativo que a todos vincula y que consagra un sistema de valores materiales que sirven de base a toda la organización estatal; por ello mismo, presenta un carácter fundamental”⁽³³⁾.

En el caso peruano, una muestra de que se ha optado por un Estado constitucional es lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, norma según la cual: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la consecuencia de considerar a la Constitución como fuente suprema supone que “(...) todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas “desde” y “conforme” con la Constitución”⁽³⁴⁾.

Otra de las consecuencias del Estado constitucional es el irrestricto respeto de los derechos fundamentales. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el

La consagración del instituto de las medidas cautelares tiene por finalidad garantizar que el tiempo que toma el proceso no termine por perjudicar al titular de la situación jurídica de ventaja que se ve en la necesidad de acudir al proceso para protegerla.

Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un ‘deber especial de protección’⁽³⁵⁾.

Ese deber de protección de los derechos fundamentales, es esencial al Estado constitucional, así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: “si los derechos fundamentales cumplen una función de legitimación jurídica de todo el ordenamiento constitucional, y, al mismo tiempo, tienen una pretensión de validez, entonces tienen también la propiedad de exigir del Estado (y de sus órganos) un deber especial de protección para con ellos. Y es que si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, solo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado”⁽³⁶⁾.

Dicho deber de protección está íntimamente vinculado con la defensa de la persona humana

(31) Sobre la noción de “Estado constitucional”, recomendamos: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid Trotta, 1995.

(32) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 64.

(33) *Ibid.*; p. 65.

(34) Sentencia tramitada bajo el expediente número 1230-2002-HC.

(35) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0858-2003-AA.

(36) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0858-2003-AA.

que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución, es uno de los fines de la sociedad y del Estado; así como con la obligación constitucional contenida en el artículo 44 de la Constitución⁽³⁷⁾, según el cual uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Pero la sola declaración que la Constitución es la norma fundamental del Estado y de que este tiene como uno de sus deberes la defensa de los derechos fundamentales no son suficientes, pues se hace necesario que el ordenamiento jurídico recoja instrumentos que permitan que esas declaraciones previstas en la Constitución, tengan una concreción en el ámbito de la realidad.

Sin los mecanismos para hacer efectivos los valores reconocidos y protegidos por la Constitución, la Constitución no sería más que una mera declaración y el Estado constitucional sería un ideal no realizable. De ahí que no se pueda hablar de Estado constitucional si no existen mecanismos que garanticen la efectiva realización de los valores constitucionales en el ámbito de la realidad. Dicha concepción trascendental, ya había sido expresada por Kelsen, para quien “Una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello (...) una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos (...) equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza

obligatoria”⁽³⁸⁾. En ese sentido, la garantía de la Constitución, o de la real vigencia de la Constitución para Kelsen, consiste en establecer un control jurisdiccional de todo acto contrario a la norma fundamental⁽³⁹⁾.

Si la realización de muchos de los valores constitucionales, dependen de que existan mecanismos jurisdiccionales efectivos, la eficacia de la jurisdicción es en sí un valor de rango constitucional⁽⁴⁰⁾. En ese sentido, “la eficiencia y la rapidez de la justicia se encuentran entre los fundamentos de un Estado constitucional de derecho y contribuyen a la credibilidad misma de un sistema jurisdiccional (...)”⁽⁴¹⁾.

Ahora bien, es preciso recordar que las medidas cautelares son un mecanismo para garantizar la eficacia de la jurisdicción, es decir, es medio de garantía de uno de los valores propios del Estado constitucional. De esta manera, para que el Estado constitucional mantenga vigencia es preciso garantizar que la actividad jurisdiccional tenga una eficacia real, de ahí la trascendencia de hacer que su actividad sea eficaz. Las medidas cautelares, tienen el rol de garantizar que ello sea así.

3.3. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La aspiración más importante que tiene un ordenamiento jurídico es que las disposiciones en él contenidas sean cumplidas por la mayor parte de sus destinatarios⁽⁴²⁾. Solo de esta forma se logra la protección que el ordenamiento jurídico quiere brindar a las situaciones jurídicas de ventaja de los particulares, realizando los valores que lo inspiran.

(37) “Artículo 44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

(38) KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución*. En: *ius et veritas*. Número 9. p. 40.

(39) Sobre el particular: PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso constitucional: propuesta para una comprensión integral de los diversos procesos constitucionales en el Perú*. En: *Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2002. pp. 415 y siguientes.

(40) PATRONE, Ignazio Juan. “*Effetività, garanzie ed organizzazione della giustizia*”. En: PEPINO, Livio (a cura di). *Diritto, giurisdizione, democrazia. Per una tutela effettiva dei diritti. Atti del XIII Convegno nazionale di Magistratura democratica*. Milano: Franco Angeli, 2000. p. 107.

(41) Traducción libre de: “*l'efficienza e la tempestività della giustizia sono tra i capisaldi di uno stato costituzionale de diritto e contribuiscono alla credibilità stesiguientesa di un sistema giurisdizionale (...)*” *Ibid*.

(42) Por ello se dice que existe un principio que rige a todo ordenamiento jurídico, que es conocido como el principio de efectividad. Sobre el particular, PIOVANE, Pietro. Voz: “*Effetività (principio di)*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Milán: Giuffré, 1965. pp. 420-431. Asimismo: BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. 1ra. edición en español y 7ma. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 124-127; (...). BOBBIO, Norberto. “*Fatto normativo*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XVI. Milán: Giuffré, 1967. pp. 994 y 995.

Sin embargo, es frecuente que los particulares no adecuen su conducta a lo previsto por el ordenamiento jurídico, impidiendo con ello que aquella protección prevista se realice, siendo por ello necesario que, a través de un medio distinto a la mera disposición normativa, el mandato de la norma se realice, protegiendo con ello las situaciones jurídicas de ventaja. Si, como hemos señalado, convenimos en que dicho medio no debe permitir a los propios titulares de las situaciones jurídicas lesionadas o amenazadas hacer justicia por su propia cuenta, es preciso que el ordenamiento jurídico les otorgue un medio que sustituya eficazmente la autotutela, a fin de impedir que, por la frustración que pudiera producir la ineficacia de dicho mecanismo, los particulares decidan regresar a la acción directa. Dicho mecanismo es el proceso, de ahí la trascendencia de que la tutela jurisdiccional que brinda sea efectiva⁽⁴³⁾.

Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce en todos los ciudadanos un derecho que se encuentra en el fundamento mismo del Estado constitucional:

el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁽⁴⁴⁾.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad⁽⁴⁵⁾.

Es importante subrayar el hecho de que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo garantiza el derecho que tienen los ciudadanos acceder a la justicia, ni se queda en que el proceso sea llevado respetando garantías mínimas, sino que, en aras de hacer real y eficaz la protección que desea dar, garantiza también que el proceso alcance el fin para el que fue iniciado⁽⁴⁶⁾.

De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye el derecho a la efectividad de la sentencia; es decir, el derecho de toda persona a que la tutela jurisdiccional dictada en la sentencia sea eficaz⁽⁴⁷⁾. Por ello, el derecho

(43) "Que la jurisdicción estatal, y el correlativo derecho o poder de acción, representan la contrapartida a la prohibición de la autotutela privada". PROTO PISANI, Andrea. *Op. cit.* Sin embargo, en dicha publicación aparece una nota del editor en la cual se señala: "Por cortés autorización de la dirección se anticipa aquí la publicación de la voz "Provedimenti cautelari" redactada para la *Enciclopedia giuridica* del Instituto de la Enciclopedia Italiana".

(44) La trascendencia que tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el correcto funcionamiento del Estado constitucional ha sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, al señalar que: "El Estado democrático de derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días. Y es difícil que pueda hablarse de la existencia de un Estado de derecho cuando las sentencias y las resoluciones judiciales firmes no se cumplen". (Sentencia tramitada bajo el expediente número 0015-2001-AI).

(45) Sobre la noción, contenido y alcances de dicho derecho, véase: PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales(...)*; pp. 280 y siguientes.

(46) Ese es el sentido que le ha dado a dicho derecho el Tribunal Constitucional, al señalar que: "El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales" (Sentencia tramitada bajo el expediente número 0015-2001-AI).

(47) En ese sentido, para poner énfasis en que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a la efectividad o ejecución de las sentencias, Jesús González Pérez, señala que: "El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia". GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Madrid: Civitas, 2001. p. 57.

De la misma manera, acerca de la efectividad de la sentencia, como parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede consultarse a: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efektividade e procesiguinteso de conhecimento*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número VI. pp. 13 y siguientes; ARIANO DEHO, Eugenia. *La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos*. En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista, 2003. pp. 583 y siguientes; GOZÁINI, Oswaldo Alfredo. *Debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. pp. 602 y siguientes; MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* pp. 199 y siguientes; MORELLO, Augusto. *El proceso justo*. Buenos Aires: Platense-Abeledo Perrot, 1994. p. 142; PÉREZ RAGONE, Álvaro. *Tutelas provisionarias de derechos en el proceso civil*. En: *ius et veritas*. Número 21. PICÓ I JUNOY. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 69; RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *Principios constitucionales del derecho procesal colombiano*. Medellín: Señal, 1999. pp. 229-231; SICA, Marco. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d' urgenza*. Milano: Giuffrè, 1991. pp. 8 y siguientes.

a la tutela jurisdiccional efectiva garantiza la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia⁽⁴⁸⁾ y de los efectos previstos por ella.

La efectividad es, por lo tanto, parte esencial del derecho a la tutela jurisdiccional. Ahora bien, con frecuencia se ha asociado la efectividad de la tutela jurisdiccional al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y esa ha sido una constante identificación que ha realizado nuestro Tribunal Constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La tutela [refiriéndose a la tutela jurisdiccional] solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional”⁽⁴⁹⁾. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (verbigracia, derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etcétera). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”⁽⁵⁰⁾.

Sin embargo, como veremos más adelante, la “efectividad de la tutela jurisdiccional” garantiza mucho más que la mera ejecución.

En cualquier caso, los desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la efectividad de las resoluciones judiciales, han sido trascendentales, a pesar de la omisión en la que incurrió el Constituyente de 1993, al no calificar como “efectiva” a la tutela jurisdiccional garantizada como derecho fundamental de los ciudadanos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Sobre el particular, el Tribunal

Constitucional ha señalado enfáticamente que: “A diferencia de lo que sucede en otras Constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan solo garantice un proceso ‘intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad’ (Sentencia. Expediente N° 010-2002-AI/TC)”⁽⁵¹⁾.

El problema, como hemos señalado, es que el proceso (es decir, precisamente ese medio que el ordenamiento jurídico otorga a los ciudadanos para proteger eficazmente las situaciones jurídicas de las cuales son titulares) toma tiempo, y en ese periodo de tiempo se pueden presentar algunas situaciones que terminen por perjudicar irreparablemente la situación jurídica que se intenta proteger. De ahí que un imperativo impuesto por el propio derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sea evitar, precisamente, que ello ocurra; de lo contrario arribaríamos a la absurda conclusión de que el proceso en sí constituiría la más grave lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El imperativo es, pues: evitar que el tiempo que toma el proceso termine por impedir que se brinde aquella protección que el proceso quiere dar. Dicho en otros términos, es necesario hacer que la tutela jurisdiccional sea efectiva, a pesar del tiempo que toma el proceso. Siendo ello así, se hace preciso crear instrumentos adecuados para ello y, una vez creados, implementarlos, caso contrario se produciría una lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ese es el parecer del Tribunal Constitucional, para quien, otra vez identificando “efectividad” con “ejecución” señala: “(...) si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia

(48) Traemos en este punto una importante frase de Jhering: “La función del derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho (...)”. JHERING von, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Volumen I. México: Biblioteca de Derecho Romano. Oxford University Presigüentes, 2001. p. 36.

(49) Sentencia tramitada bajo el expediente número 1546-2002-AA.

(50) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0015-2001-AI.

(51) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0015-2001-AI.

(52) Sentencia tramitada bajo el expediente número 0015-2001-AI.

de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento⁽⁵²⁾. Nosotros agregaríamos que, en función de las consideraciones expresadas por el Tribunal Constitucional, no solo se hace preciso adoptar las medidas para su estricto cumplimiento, sino también para garantizar la efectividad de las decisiones judiciales, es decir, dictar las medidas que garanticen que, cuando llegue el momento en el que la sentencia deba surtir sus efectos, los pueda realizar, más allá que para ello se requiera de la voluntad del demandado que actúe el mandato jurisdiccional. Lo trascendente es que los efectos de la sentencia con autoridad de cosa juzgada se produzcan cuando deban producirse, y que cuando deban producirse puedan hacerlo, siendo esa la razón por la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que es preciso adoptar de “medidas oportunas”. Dentro de ellas, se encuentran, qué duda cabe, las medidas cautelares.

Ahora bien, el fundamento constitucional de las medidas cautelares está precisamente en reconocer que, parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (entendido este como derecho fundamental) es el derecho a la efectividad de las sentencias. Dicho derecho a la efectividad de las sentencias, como veremos más adelante, trasciende incluso el derecho a la ejecución. Siendo ello así, el instrumento necesario para garantizar o asegurar la efectividad descansa en el mismo fundamento que el derecho a la efectividad en sí: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, no existiría posibilidad de encontrar fundamento constitucional a las medidas cautelares en un ordenamiento en el cual el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales no sea reconocido como un derecho fundamental⁽⁵³⁾. En ese sentido, en tanto que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la sentencia

judicial, son instrumentos para realizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, las medidas cautelares están íntimamente vinculadas al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva hasta el punto que sin ellas, este derecho sería una mera declaración. La relación es por ello una relación instrumental, pues el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se vale de las medidas cautelares para ser, valga la redundancia, eficaz; por lo tanto estas tienen fundamento constitucional. Por ello, un ordenamiento que consagre como uno de sus derechos y principios fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva debe regular necesariamente un régimen de medidas cautelares.

En ese sentido se ha pronunciado la doctrina, al señalar que: “La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁽⁵⁴⁾. De esta forma, se ha dicho que: “la potestad cautelar forma parte del derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial”⁽⁵⁵⁾. El carácter constitucional de las medidas cautelares llega a tal punto que “si por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria a ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, entonces, la posibilidad que tienen los ciudadanos de contar con tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El problema ahora es definir en qué consiste dicha posibilidad.

4. El derecho constitucional a la tutela cautelar

4.1. Los antecedentes de la discusión

El problema que pretendemos afrontar a continuación es uno respecto de los que los maestros italianos del siglo XX se han ocupado,

(53) Si bien a lo largo del presente trabajo hemos señalado que las medidas cautelares tienen fundamento constitucional, también en la dignidad de la persona humana y en el Estado constitucional, un ordenamiento que niegue el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, dista mucho de ser un ordenamiento propio del Estado constitucional en el que la dignidad de la persona humana pueda elevarse como su fundamento. Siendo ello así, en el caso de las medidas cautelares, dignidad de la persona humana, Estado constitucional y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) confluyen como herramientas que, en su conjunto, permiten la vigencia de cada una de ellas. Si una de ellas falta, las demás se convertirían en una mera declaración sin contenido normativo alguno o un mero valor no exigible jurídicamente.

(54) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Tercera reimpresión. Barcelona: Bosch, 2002. p. 73.

(55) CHAMORRO BERNAL, Francisco. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch. p. 289.

(56) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. cit.*; p. 369.

ratificando con ello el protagonismo que cumplieron en el origen y desarrollo del derecho procesal.

En efecto, Chiovenda, en la obra que marcó el rumbo de los estudios procesales durante el siglo XX⁽⁵⁷⁾, al momento de enumerar las diversas categorías de “acciones”, se refiere a las *azioni assicurative* (acciones aseguradoras), definiéndolas como “acciones que tienden a la actuación de la ley mediante medidas cautelares o provisorias”⁽⁵⁸⁾. En ese sentido, Chiovenda señala que: “El poder jurídico de obtener una de estas providencias es una forma por sí misma de acción (acción asegurativa): y es mera acción, que no puede considerarse como accesorio del derecho cautelado, porque esa existe como poder actual aun cuando no se sepa que el derecho cautelado exista; y mientras el demandado no tenga ninguna obligación de cautelar antes de la providencia del juez. También aquí: el derecho a la providencia cautelar es un derecho del Estado, fundado sobre la necesidad general de tutela del derecho: la parte no tiene más que el poder de provocar el ejercicio de dicho derecho en el caso concreto”⁽⁵⁹⁾.

Posteriormente, Chiovenda establece de manera clara en sus *Instituciones* “las características de la acción asegurativa como figura general”⁽⁶⁰⁾. En efecto, en sus *Instituciones*, Chiovenda señala que: “Existe, pues también en nuestra ley la figura general de resolución provisional de cautela; y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza”⁽⁶¹⁾. La idea esbozada por Chiovenda, resulta muy importante, en la medida

que propone el enunciado conforme al cual la posibilidad de solicitar la tutela cautelar es un poder general dentro del ordenamiento jurídico, poder general que no requiere ser previsto por el legislador para que pueda ser invocado.

El postulado de Chiovenda no fue sin embargo compartido por el más cercano e importante de sus discípulos, Piero Calamandrei en la obra más importante que se ha escrito en materia de tutela cautelar⁽⁶²⁾. Inicialmente la discusión al postulado de Chiovenda es planteada por Calamandrei a partir del derecho positivo italiano⁽⁶³⁾; sin embargo dicha crítica en realidad lo trasciende, siendo formulada a partir de los principios del Derecho Procesal Civil. Así, Calamandrei afirma que: “(...) aun prescindiendo de estas consideraciones estrictamente exegéticas, me parece que los mismos principios generales del Derecho Procesal conduzcan a la solución negativa (se refiere a la posición de Chiovenda)”⁽⁶⁴⁾. En ese sentido, Calamandrei señala que: “Si en ciertos casos de peligro expresamente considerado por la ley, puede consentirse que la esfera jurídica de aquel contra quien se pide una medida cautelar, sea invadida, y disminuida su libertad, antes de que sea cierta la existencia del derecho alegado por el reclamante, esta invasión y esta disminución no pueden por lo general ocurrir más que a través de una normal cognición completa y definitiva. Por esto todas las providencias cautelares se deben, en mi concepto, considerar, *iure condito*, excepcionales; y por esto las normas que las regulan se consideran comúnmente *stricta interpretationis*”⁽⁶⁵⁾.

(57) Nos referimos a sus *Principii di diritto procesigientesuale civile*.

(58) Traducción libre de: “*azioni che tendono alla attuazione della legge mediante misure cautelari o provvisorie*”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto procesigientesuale civile...*; p. 58.

(59) “*Il potere giuridico d’ ottenere uno di questi provvedimenti è una forma per sè stante d’azione (azione asigientescurativa): ed è mera azioni, che non può considerarse come accesorio del diritto cautelato, perchè esigientesa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esigientesista; e mentre il convenuto non ha alcun obbligo di cautela prima del provvedimento del giudice. Anche qui: il diritto al provvedimento cautelare è un diritto dello Stato, fondato sulla necessita generali della tutela del diritto: la parte non ha che il potere di provocarne l’esercizio nel caso concreto*”. “*Ibid.*”; p. 228.

(60) PROTO PISANI, Andrea. *Chiovenda y la tutela cautelar*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número VI. p. 418.

(61) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Conceptos fundamentales - la doctrina de las acciones*. Volumen I. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1948. pp. 288 y 289.

(62) Nos referimos a la *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, tantas veces citada en este trabajo.

(63) “Pero, aun reconociendo las grandes ventajas prácticas que representaría la solución enseñada por nuestro maestro, no me parece que se pueda sostener desde el derecho positivo italiano. Si hay en nuestra ley procesal algunos artículos que hablan en general de “providencias conservatorias o interinas” (...) o de “providencias de urgencia” (...) sin ulterior especificación, basta la lectura de los mismos para hacer comprender que se limitan a establecer en qué forma debe o puede ser hecha valer la acción cautelar, cuando existen condiciones de la misma (...), pero no tratan de añadir, a las acciones cautelares nominadas por nuestra ley, una acción cautelar genérica e innominada de la que ningún artículo determina las condiciones”. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares...*; p. 67.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*; pp. 67 y 68.

Para Calamandrei, entonces, el proceso de conocimiento es el único que podría permitir válidamente y de modo general el dictado de una providencia jurisdiccional que afecte la esfera jurídica de un sujeto; estando reservada para la tutela cautelar dicha posibilidad, solo de manera excepcional. La razón por la que Calamandrei expresa dicha posición sería, -además, del hecho que las medidas cautelares eran dictadas a través de la *summaria cognitio* y no por medio de una *plena cognitio*⁽⁶⁶⁾, el "liberalismo garantístico propio del pensamiento de Calamandrei"⁽⁶⁷⁾, el que le impediría aceptar un poder de cautela tan general, pues de él podría derivar "un peligro de una excesiva injerencia en la esfera de la libertad individual"⁽⁶⁸⁾. Resulta curioso y un dato importante el hecho de que Calamandrei, al terminar su extraordinario libro sobre medidas cautelares haya señalado, refiriéndose a las deficiencias del ordenamiento procesal italiano, que: "falta, *in iure condito*, (...) un poder cautelar general, que permita al juez, en caso de peligro en el retardo, establecer

cada vez, independientemente de los especiales medios cautelares preconstituidos, las medidas asegurativas que mejor correspondan a las exigencias del caso concreto"⁽⁶⁹⁾.

En ese sentido, a decir de Rapisarda⁽⁷⁰⁾, la idea originalmente planteada por Calamandrei no le impidió manifestar una opinión diversa en el debate sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil italiano, debate en el cual se adhirió más bien a la propuesta de Chiovenda, mostrándose favorable a "introducir en el nuevo proceso (...) un poder cautelar general, que permita al juez (...) establecer en cada caso, además de los medios cautelares preconstituidos al efecto, las medidas aseguradoras que mejor correspondan a las exigencias del caso concreto"⁽⁷¹⁾.

La discusión que se plantea, entonces, entre Chiovenda y Calamandrei, es en gran medida lo que en este trabajo pretendemos afrontar. Para Chiovenda, "la duración del proceso, el tiempo necesario para la definición de la litis, no debe redundar en daño del derecho del actor"⁽⁷²⁾; lo que

(66) DINI, Enrico y Giovanni MAMMONE. *I provvedimenti d'urgenza*. Giuffrè, 1997. p. 216.

(67) Traducción libre de: "il liberalismo garantístico proprio del pensiero del Calamandrei". RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p. 74. En el mismo sentido, se expresa Marco Sica, para quien: "(...) en el pensamiento de Calamandrei emerge no solamente una diversa visión del carácter de la normativa procesal y de su interpretación, sino un vivo temor por los peligros relacionados a la admisión de un poder general de cautela desvinculado de cualquier parámetro normativo e inevitablemente destinado a reflexionar sobre el derecho de defensa; ello se pone a la luz con las consideraciones en orden a la incidencia de las providencias cautelares sobre el derecho de libertad y a la consecuente necesidad que por su adopción se proceda en el ámbito del proceso de cognición. Emerge, entonces, de las palabras del autor, la preocupación por los efectos que las providencias no predeterminadas en su contenido, puedan ejercitar sobre las posiciones subjetivas de libertad. Se trata de la normal consecuencia de una providencia judicial, que en el caso de un procedimiento cautelar es más grave por la falta de las garantías que el procedimiento ordinario, está, por el contrario, en grado de asegurar. Bajo este aspecto la crítica de Calamandrei evidencia, más allá de una consideración puramente formal del problema, los peligros que puede presentar la acción aseguradora general". Traducción libre de: "Com'è stato esattamente rilevato, nel pensiero di Calamandrei emerge non soltanto una diversa visione del carattere della normativa procesuientuale e Della sua interpretazione, ma un vivo timore per i pericoli connessi all'ammisugienteseione di un potere generale di cautela svincolato da qualunque parámetro normativo ed inevitabilmente destinato a rifetersi sul diritto di difesa; illuminanti al riguardo sono le considerazioni in ordine all'incidenza dei provvedimenti cautelari sul diritto di libertà ed alla conseguenziale necessita che alla loro adozione si proceda nell'ambito dell'ordinario procesuienteseo di cognizione. Emerge dunque dalla parole dell'A. la preoccupazione per gli effetti che provvedimenti non predeterminati nel contenuto posugienteseano esercitare su posizione soggettive di libertà. Si tratta Della normale conseguenza di un provvedimento giudiziario, che nel caso di un procedimento cautelare è resa più grave per la mancanza delle garanzie che il procedimento ordinario è invece in grado di asugienteseicurarare. Sotto questo profilo la critica di Calamandrei evidencia, al di là di una considerazione puramente formale del problema, i pericoli che può presentare l'azione asugienteseicurativa generale". SICA, Marco. *Op. cit.*; pp. 64 y 65.

(68) Traducción libre de: "derivare il pericolo di un'eccessiva ingerenza nella sfera di libertà individuale". RAPISARDA, Cristina. *Op. cit.*; p. 74.

(69) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares...*; p. 142.

(70) RAPISARDA, Cristina. *Op. cit.*

(71) Traducción libre de: "introdurre nel nuovo processo ... un potere cautelare generale, che permetta al giudice (...) di stabilire volta per volta, all' infuori degli appositi mecí cautelari precostituiti, le misure asugienteseicuratative meglio corrispondenti alle esigenze del caso concreto" CALAMANDREI, Piero. *Osugienteseicuratative e proponete sul Progetto di Codice di Procedura Civile*. Volumen III. Ist. Pol. St. Roma, 1938. pp. 542 y siguientes. Citado por: RAPISARDA, Cristina. *Op. cit.*

(72) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Buenos Aires: Driskill Aires, 1949. p. 7.

determina que “la sentencia debe reconocer el derecho como si eso ocurriese en el momento mismo de la sentencia judicial”⁽⁷³⁾. Ese principio general, esbozado por Chiovenda, es suficiente para justificar que en un ordenamiento jurídico exista un poder cautelar general, es decir, la posibilidad general de exigirle al Estado tutela jurisdiccional cautelar, independientemente de que las medidas cautelares en concreto se encuentren tipificadas por el legislador. Sin embargo, lo que preocupa seriamente a Calamandrei de esa situación, es que la resolución jurisdiccional que dispone una medida cautelar se dicta luego de una cognición sumaria (*summaria cognitio*), es decir, luego de un proceso en el cual el demandado ha tenido muy poca posibilidad de defensa o ninguna. La preocupación de Calamandrei radica en cómo admitir la posibilidad de que, de manera general, se pueda dictar una resolución que disponga el dictado de una medida cautelar que afecte la libertad del demandado, sin que este haya tenido la más amplia posibilidad de defensa. La necesidad de reconocer de manera general el poder de solicitar una medida cautelar, y la preocupación por imponerle límites es precisamente la difícil labor de la tutela cautelar. Para ello, es importante delinear su contenido.

4.2. Contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar

Como hemos señalado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto a acceder al órgano jurisdiccional a solicitar protección a las diversas situaciones jurídicas de las cuales es titular, la misma que será brindada luego de un proceso en el que se ha respetado las garantías mínimas, a través de una resolución fundada en Derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad.

De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo, es decir, se encuentra integrado por una serie de derechos, sin los cuales el derecho a la tutela jurisdiccional carecería de contenido. Entre dichos derechos se encuentran el derecho de

acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho al juez natural, en fin, una serie de derechos, entre los que se encuentra, además, el derecho a la tutela cautelar. En ese sentido, Francisco Chamorro sostiene que: “El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a esta, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela”⁽⁷⁴⁾. De esta manera, no hay tutela jurisdiccional efectiva, allí donde no sea posible solicitar y obtener una medida cautelar.

La trascendencia que tiene la posibilidad de dictar medidas cautelares dentro de un ordenamiento jurídico ha sido puesta en relieve por el Tribunal de Luxemburgo, al resolver el caso *Factortame* al señalar que: “la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente 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. De ello resulta que el juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma”⁽⁷⁵⁾.

De esta manera, el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse.

En función de lo anteriormente expuesto, podemos extraer algunas consecuencias importantes:

a) El derecho a la tutela cautelar es un derecho que tiene carácter fundamental. Si bien no existe

(73) *Ibid.*

(74) CHAMORRO BERNAL, Francisco. *Op. cit.*; p. 286.

En la doctrina nacional también se ha hablado de “derecho fundamental a la tutela cautelar”. Así, ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*; pp. 597 y siguientes.

(75) <http://www.jurisweb.com/jurisprudencia/STJCE/>.

Para una aproximación a la sentencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo, que es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, recomendamos: CHAMORRO BERNAL, Francisco. *Op. cit.*; pp. 286 y siguientes, y, ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*; pp. 597 y siguientes.

en nuestra Constitución, expresamente enunciado el derecho a la tutela cautelar, el carácter fundamental de dicho derecho puede extraerse directamente de lo establecido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, cuando señala que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. (...) el derecho a la tutela jurisdiccional (...)”. En ese sentido, el reconocimiento expreso que hace nuestra Constitución del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) lleva implícito el reconocimiento al derecho a la tutela cautelar, derecho que forma parte del contenido esencial de aquel.

En todo caso, el reconocimiento de dicho derecho puede extraerse también de la cláusula abierta en materia de derechos fundamentales prevista en el artículo 3 de nuestra Constitución, en virtud del cual:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Ya ha sido ampliamente explicado en el presente trabajo como el derecho a la tutela cautelar encuentra fundamento constitucional, precisamente en la dignidad del hombre y en el Estado constitucional de derecho⁽⁷⁶⁾, por ello, sin perjuicio de su reconocimiento en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, el derecho a la tutela cautelar es un derecho que emana del texto expreso del artículo 3 de la Constitución, por ser la necesaria expresión de

la dignidad de la persona humana y del Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, su configuración como carácter fundamental tiene las siguientes consecuencias, propias de cualquier otro derecho fundamental⁽⁷⁷⁾:

a.1. Tiene una doble naturaleza, pues por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garantía del individuo; y por otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado constitucional⁽⁷⁸⁾.

En el caso concreto del derecho fundamental a la tutela cautelar, la función en el plano subjetivo supone garantizar al litigante la efectividad de la tutela jurisdiccional respecto de la situación jurídica que ha sido llevada al proceso para ser protegida; mientras que en el plano objetivo garantiza el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado constitucional, así como el cumplimiento y realización de los valores por él garantizado.

Ese doble contenido es esencial al derecho a la tutela cautelar y él debe ser tenido en cuenta siempre que nos aproximemos a su estudio. En ese sentido, el derecho fundamental a la tutela cautelar tiene una importancia que trasciende al individuo, hasta el punto de colocarlo como una de las bases institucionales del Estado constitucional al estar vinculado estrechamente con el principio de efectividad del ordenamiento jurídico; pero ello no debe llevarnos a olvidar que estamos ante una situación jurídica de un sujeto de derecho⁽⁷⁹⁾.

(76) Podemos señalar que la Constitución en su artículo 3 hace referencia al estado constitucional de derecho al hacer referencia al principio de soberanía popular y estado democrático de derecho. La forma republicana de gobierno no creemos que forme parte de la noción del estado constitucional, sino que más bien es una de las formas de gobierno admitidas por este.

(77) Con particular referencia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva nos hemos detenido anteriormente en este tema: PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso...*; pp. 273-292

(78) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara, 2002. pp. 72 y 73; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 55 y 56; PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 25; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. pp. 59 y 60; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*; pp. 236-242.

(79) En ese sentido, es muy importante dejar claro que el derecho constitucional a la tutela cautelar es un derecho fundamental y, como tal, tiene como referente inmediato y necesario a los sujetos de derecho. No es una mera potestad del Estado ni un atributo de él. Tampoco es un instituto que se consagra en beneficio del Estado, sino que es, ante todo una situación jurídica propia de un sujeto de derecho; lo que ocurre es que es un derecho de tal trascendencia que se ubica como uno de las bases sobre las cuales descansa en ordenamiento jurídico en su integridad; de ahí que tenga este carácter objetivo. Por ello, no creemos que la tutela cautelar pueda ser vista únicamente desde el punto de vista del Estado, como lo hacía Calamandrei, cuando señalaba que: “Las providencias cautelares, como ya se observó, están dirigidas más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional; esa especie de befa a la justicia que el deudor demandado en el proceso ordinario podría

a.2. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, siendo el Estado el primer llamado a respetar este derecho⁽⁸⁰⁾. Con ello, cualquier acto del Estado expedido por cualquiera de sus órganos que lesione o amenace este derecho es un acto inconstitucional. En ese sentido, cada uno de los órganos del Estado está llamado a respetar este derecho en el ejercicio de las atribuciones constitucional y legalmente asignadas.

De esta manera, el Poder Legislativo está obligado a respetar este derecho constitucional en su tarea de producción normativa⁽⁸¹⁾. "Por ello, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares

dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva"⁽⁸²⁾. Tampoco puede el legislador crear requisitos excesivos, cuyo cumplimiento determinen que en la práctica sea imposible el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar. El legislador tampoco puede regular procedimientos engorrosos, largos, cuyo trámite haga ilusoria la posibilidad de obtener una medida cautelar oportuna, es decir, a tiempo, de manera tal que por seguir el procedimiento creado por el legislador la tutela cautelar no llegue cuando tenía que llegar⁽⁸³⁾. Pero el derecho fundamental a la tutela cautelar no solo le sirve de límite al ejercicio

tranquilamente llevar a cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reírse después de la condena prácticamente impotente para afectarlo, puede evitarse a través de la tutela cautelar (...).

Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre. Si la expresión 'policía judicial' no tuviese ya en nuestro ordenamiento un significado preciso, podría resultar singularmente adecuada para designar la tutela cautelar; en ella se encuentran, en efecto, puestos al servicio de la función jurisdiccional, los poderes de prevención, ejercitados en vía de urgencia y a base de un juicio provisorio en el que tienen amplia parte las consideraciones de oportunidad que son precisamente características de la función de policía verdadera y propia. Incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la, administrativa, de policía". CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares(...)*; pp. 67 y 68.

Una visión crítica al respecto puede verse también en: ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*; p. 595.

- (80) PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*; p. 25. El autor hace esta referencia, en general, para todas las garantías procesales.
- (81) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*; p. 243. El autor hace esta referencia, en general, para el debido proceso.
- (82) PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*; p. 73. En el mismo sentido: ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000. p. 114.
- (83) Es lo que venía sucediendo en el Perú, con el engorroso trámite regulado por la Ley que regulaba los procesos de hábeas corpus y amparo. En efecto, el artículo 31 de la Ley 23506, luego de su última modificatoria, mediante Ley 25433 disponía que:
 "A solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea evidente la inminente amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo.
 De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el juez, o en su caso, la Corte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos bajo responsabilidad. La medida de suspensión decretada no implica la ejecución de lo que es materia del fondo mismo de la acción de amparo".
 El dictado de dicha norma, ponía de manifiesto la clara intención del legislador por evitar que se dicten medidas cautelares en estos procesos, lo que efectivamente ocurría en la práctica, en la que las resoluciones cautelares llegaban muchas veces después o al mismo tiempo que el dictado de las sentencias. La evidente inconstitucionalidad de dicha norma fue denunciada anteriormente por nosotros en: PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso constitucional: propuesta para una comprensión integral de los diversos procesos constitucionales en el Perú...*; pp. 425.
 La antigua Ley que regulaba los procesos de *hábeas corpus* y amparo fue modificada por el Código Procesal Constitucional, vigente desde noviembre de 2004. La dación de ese cuerpo normativo se presentó como extraordinaria para la modificación de esa norma inconstitucional, sin embargo, contra los esfuerzos de la Comisión de ilustres profesores que elaboró el Proyecto, el siempre criticable Congreso de la República, redactó el texto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos:
 "Artículo 15. Medidas Cautelares. Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, *hábeas data* y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

del Poder Legislativo, sino que le impone un deber de actuación, el deber de regular adecuadamente un régimen de medidas cautelares que impida que la imprecisión normativa termine por generar una peligrosa situación de incertidumbre o vacío que perjudique a quien formula una pretensión en el proceso. Por ello, la doctrina señala que: “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares (...)”⁽⁸⁴⁾. Esas posibilidades deben estar previstas por el legislador para la protección de “toda clase de derechos e intereses legítimos”⁽⁸⁵⁾. Pero el mandato que proviene del carácter constitucional del derecho a la tutela cautelar es mucho más concreto para el legislador, pues “solo se podrá asegurar la obtención de una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional cuando se consagre un sistema de medidas cautelares mixto, que consagre medidas cautelares típicas y la posibilidad de dictar medidas cautelares atípicas adaptables a las reales necesidades del éxito de la tutela de fondo”⁽⁸⁶⁾.

Por su parte, todo juez está obligado a inaplicar cualquier disposición legal o de rango inferior a la

ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ello en ejercicio del deber que le confiere el artículo 138⁽⁸⁷⁾ de la Constitución que tiene claro sustento en el artículo 51⁽⁸⁸⁾ del mismo texto.

Por su lado, las demás autoridades se encuentran en la obligación de cumplir cualquier mandato cautelar dictado por un órgano jurisdiccional, de lo contrario estarían cometiendo una infracción constitucional.

a.3. Toda norma del ordenamiento jurídico debe ser interpretada conforme al contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar. De esta manera, cada vez que un órgano jurisdiccional deba interpretar o aplicar una norma procesal debe hacerlo a la luz de dicho derecho. Ello supone, además, que toda interpretación de las normas debe ser realizada en el sentido más favorable al derecho fundamental a la tutela cautelar.

a.4. Existe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra cualquier acto que, en concreto, lesione o amenace el derecho fundamental a la tutela cautelar. Ello incluye, claro está, la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra las resoluciones judiciales que lesionen este derecho fundamental. Ello se puede presentar en

El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma. Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente. De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672”

Es clara la intención del legislador de que cuando se inicie un proceso constitucional en defensa de derechos fundamentales contra actos expedidos por los gobiernos regionales y locales no se obtengan medidas cautelares, ya que el trámite es excesivamente largo, complicado y engorroso, de forma tal que la tutela cautelar llegará demasiado tarde. Con ello, la tutela cautelar se ve entrampada precisamente por aquello que quiere enfrentar: el tiempo.

Es evidente por ello la infracción constitucional que se comete con dicha norma.

(84) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Op. cit.*; p. 114. El autor hace esa afirmación sobre la base de lo establecido por el Tribunal Constitucional Español en la STC 238/1992.

(85) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Op. cit.* El autor hace esa afirmación sobre la base de lo establecido por el Tribunal Constitucional Español en la STC 238/1992.

(86) ARIANO DEHO, Eugenia. *En defensa de la tutela cautelar como instrumento de tutela efectiva*. En. *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista editores, 2003. p. 698.

(87) “Artículo 138 de la Constitución. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

(88) “Artículo 51 de la Constitución. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.



todos aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional niegue tutela cautelar de manera arbitraria, sin mayor motivación o con sustentos no amparados por el ordenamiento jurídico; o cuando el órgano jurisdiccional exija el cumplimiento de un requisito excesivo para concederle al particular tutela cautelar; o cuando se conceda una medida cautelar que no resulte adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia; o cuando se concede una medida cautelar demasiado tarde; o cuando las razones esgrimidas para denegar tutela cautelar no se ajusten a los presupuestos fácticos o jurídicos discutidos en el proceso; en fin, en cualquier supuesto que la casuística puede presentarnos en los que resulta evidente la afectación a este derecho constitucional. Dicha vulneración se agrava si, a consecuencia de la resolución judicial que niega la tutela cautelar se genera un grado de

afectación irreparable al derecho que se desea proteger con el proceso.

a.5. No se requiere la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órganos jurisdiccionales⁽⁸⁹⁾.

b) Es un derecho que corresponde a todo ciudadano, o, para ser mucho más precisos es un derecho que corresponde a todo sujeto de derecho. Ello es una expresión más del carácter constitucional que tiene el derecho a la tutela cautelar.

c) El derecho a la tutela cautelar, comprende el derecho de solicitar tutela cautelar, de obtenerla⁽⁹⁰⁾, así como el derecho a que se ejecute la medida cautelar que ha sido dictada por el órgano jurisdiccional. Ello es muy importante si atendemos a la necesidad de efectividad del propio derecho fundamental a la tutela cautelar, que determina que no sea suficiente garantizar a los sujetos de derecho el derecho a solicitar la tutela cautelar, sino que se hace preciso que la protección constitucional alcance al derecho a obtener aquella tutela solicitada, y de que la misma se ejecute, cuando haya sido dictada. De esta forma, igual grado de afectación se produce en aquellos casos en los que se le impide al sujeto de derecho solicitar una medida cautelar, que cuando, a pesar de haberla solicitado no la obtiene, así como cuando habiéndola obtenido, no se ejecuta.

d) El derecho a la tutela cautelar permite que el ciudadano pueda solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares, en aquellos casos en los que considere que el tiempo que demora el proceso pueda generar un peligro para la efectividad de la tutela jurisdiccional, siempre que la pretensión que invoque en la demanda sea verosímil. Ello quiere decir que el derecho fundamental a la tutela cautelar no es un derecho ilimitado, sino que tiene algunos presupuestos que deben presentarse necesariamente para que la medida cautelar solicitada sea concedida. Dichos requisitos son el peligro en la demora, la verosimilitud en el derecho y la adecuación. Son estos presupuestos

(89) PROTO PISANI, Andrea. *Chiovenda y la tutela cautelar...*; p. 421. En el mismo sentido, y con referencia a las garantías procesales en general: PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. cit.*; p. 25.

Con ello, resulta evidente que en la actualidad la tesis de Chiovenda sobre la existencia de un poder general de cautela es la que más se condice con la noción de la tutela cautelar como derecho fundamental, frente a la noción de Calamandrei que exigía la habilitación legal expresa para solicitar concretas medidas cautelares.

(90) "(...) la posibilidad en abstracto de que el juez acuerde medidas cautelares es una exigencia constitucional de la plenitud de jurisdicción, precisamente para garantizar que la misma sea efectiva". CHAMORRO BERNAL, Francisco. *Op. cit.*; pp. 291 y 292.

los que justifican y al mismo tiempo sirven de límite a la tutela cautelar. La justifican porque solo en la medida en que hay un riesgo de que la sentencia se torne ineficaz cuando el derecho está verosímilmente acreditado, se puede conceder la medida cautelar que sea adecuada para evitar ese perjuicio. La limitan, pues solo en esos casos puede concederse medida cautelar, de allí que si no hay peligro en la demora o verosimilitud o la medida solicitada no es la adecuada, no será posible su dictado.

e) El derecho a la tutela cautelar garantiza al ciudadano el derecho a solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia. Recordemos que las medidas cautelares son institutos que, precisamente tienen por finalidad garantizar a quien ha planteado una pretensión dentro del proceso, que no se vea perjudicado por la demora en el dictado de la sentencia. De esta manera, todo sujeto de derecho tiene el derecho de solicitar, obtener y que se ejecute las providencias que, de manera real y efectiva, sirvan para evitar que la sentencia a dictarse en el futuro sea ineficaz. Con ello, el derecho a la tutela cautelar no es el derecho a solicitar cualquier tipo de medida, sino el de solicitar, obtener y que se ejecute la medida que sirva para los fines que le son propios a la tutela cautelar. Es decir, el ciudadano tiene que tener la posibilidad de solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares adecuadas, medidas cautelares que resulten instrumentos eficaces para garantizar el resultado de la sentencia.

En este punto es muy importante que hagamos una aclaración que hemos venido postergando en este trabajo. Nótese que cuando hablamos de tutela cautelar, estamos haciendo expresa referencia al derecho que tiene toda persona de solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que tengan por finalidad garantizar “la efectividad de la sentencia”. No hemos hablado de un derecho que tenga por finalidad “garantizar la ejecución de la sentencia”. ¿En qué radica la diferencia? La ejecución de una sentencia, supone la realización de aquello que se encuentra contenido en una sentencia. Con ello, la ejecución presupone necesariamente que, luego del dictado de una sentencia, queda pendiente la realización de un acto para que el derecho

reconocido en ella, sea realizado. De esta manera, se hace preciso la realización de aquella conducta sin la cual dicho derecho permanecerá en estado de insatisfacción. Pues bien, siendo ello así, el cumplimiento de la sentencia es algo característico de las sentencias de condena, pero no son estas las únicas sentencias que es preciso asegurar frente a los perniciosos efectos del tiempo. Las sentencias meramente declarativas y las sentencias constitutivas no son sentencias que necesiten ser ejecutadas, es más, son sentencias que, por la naturaleza de la tutela jurisdiccional por ellas brindada, no requieren de un acto posterior que realice sus efectos, pues ellas mismas, por su solo dictado resuelven la incertidumbre (meramente declarativas) o crean, modifican o extinguen la relación o situación jurídica propuesta en el proceso (constitutivas). Sin embargo, los efectos de una sentencia meramente declarativa o constitutiva pueden verse seriamente afectados por el transcurso del tiempo. Es decir, el tiempo es tan perjudicial para privar de eficacia a una sentencia de condena, como para privar de efectos a una sentencia constitutiva y meramente declarativa, siendo ello así, el derecho constitucional a la tutela cautelar es un derecho que se ejerce, sea que la pretensión planteada en el proceso principal sea una pretensión de condena, o sea que sea una pretensión meramente declarativa o constitutiva. Por ello, la tutela cautelar no solo tiene por finalidad asegurar la ejecución de una sentencia (algo que nos conduciría única y exclusivamente al ámbito de las pretensiones o sentencias de condena), sino, en general, la efectividad de toda sentencia judicial⁽⁹¹⁾.

Este aspecto es de especial relevancia, pues nos enfrenta al contenido del derecho a la tutela cautelar y, a la vez, nos remonta a los orígenes mismos de la tutela cautelar como tutela autónoma de la tutela ejecutiva y de la tutela cognitiva. En efecto, durante mucho tiempo se consideró que las medidas cautelares eran un apéndice de la ejecución y que no constituían en sí una forma autónoma de tutela. Por ello, las medidas cautelares estaban destinadas única y exclusivamente a garantizar la ejecución. Esa fue la manera como especialmente la ubicó la doctrina alemana del siglo XIX y de la que la rescató fundamentalmente la doctrina italiana en el siglo XX⁽⁹²⁾.

(91) En ese sentido, véase: ARIANO DEHO, Eugenia. *La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos...*; pp. 601-603.

(92) “(...) partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias

f) La medida cautelar que se dicte debe ser oportuna⁽⁹³⁾. Si precisamente lo que se quiere lograr con la tutela cautelar es evitar los efectos negativos que el tiempo puede tener en el proceso, la decisión que provenga de la tutela cautelar debe llegar antes de que se produzca aquello que con ella se quiere evitar, es decir, debe llegar en el momento indicado para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

g) La medida cautelar debe ser dictada a través de una cognición sumaria (*sumaria cognitio*). Si lo que precisamente quiere la tutela cautelar es evitar que el tiempo que toma el proceso principal genere daño a la situación jurídica cuya protección se está requiriendo en el proceso, la tutela cautelar debe ser concedida luego de un trámite bastante rápido, de lo contrario, el ordenamiento jurídico estaría siendo doblemente cruel con el ciudadano, pues para obtener aquella protección que garantice la efectividad de la sentencia, se le estaría obligando a seguir un trámite largo o engorroso; con lo cual nuevamente se le está sometiendo al riesgo que el tiempo generaría para la efectividad de la tutela cautelar, lo que sería inaudito, pues, si respetamos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tendríamos que llegar a admitir una medida cautelar para garantizar la efectividad de la resolución cautelar. Por ello, la respuesta cautelar debe ser rápida, casi inmediata.

Siendo ello así, el dictado de una medida cautelar se hace sobre la base de un conocimiento que no puede ser tan profundo como aquel que le es exigido al juez para dictar una sentencia. Así,

“si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto o relación al cual se espera la providencia principal valdría más esperar esta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud⁽⁹⁴⁾. Por ello, “para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de las investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*)⁽⁹⁵⁾.”

La razón de ello es fundamental y tiene en su base un justo equilibrio que la tutela cautelar quiere lograr. Por un lado se hace necesario conceder un mecanismo para que quien formula una pretensión en un proceso cuente con una garantía de efectividad de la decisión que se vaya a adoptar en la sentencia. Pero por otro lado dicho mecanismo no puede adoptarse automáticamente, es decir, por su solo pedido, sino que deben existir ciertas razones que justifiquen su dictado. De esta manera, “no se puede adoptar una medida cautelar con la injerencia que supone en la esfera del demandado en base a una simple afirmación del derecho, pero, tampoco se puede conceder una cautela exigiendo certeza absoluta pues impediría el cumplimiento de su función además de suponer una repetición en la indagación innecesaria, inútil y perjudicial⁽⁹⁶⁾.”

cautelares han sido consideradas durante largo tiempo, especialmente por la doctrina alemana, como un apéndice de la ejecución forzada; y aun cuando, para reaccionar contra esta servidumbre, se ha puesto de relieve que en algunas providencias cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran con toda evidencia los caracteres de la cognición y no los de la ejecución forzada, esta observación, más bien que a la conquista de un criterio seguro para dar a las mismas una colocación sistemática autónoma, ha llevado simplemente a anexas una parte de la materia cautelar al proceso de cognición; de manera que toda tentativa de clasificación de las providencias cautelares, apoyada sobre esta base, se ha resuelto, en sustancia (...) en una división y reabsorción entre los dos vastos territorios lindantes.

Para escapar de este callejón sin salida, es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual ‘la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución’ (Chiovenda). En esta división tripartita, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar como forma autónoma de tutela (...). CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares...*; p. 34.

(93) “Sin embargo, dado que el fin último de la tutela judicial es resolver de una vez y por todas, el problema planteado por el ciudadano o proteger el derecho o interés cuestionado, es claro que también vulnera ese derecho a la tutela el Juez que no toma de oficio o a instancia de parte, según los casos, las medidas cautelares procedentes, permitiendo con ello que el derecho o interés a tutelar desaparezca durante el proceso, haciendo totalmente ineficaz la posterior resolución a dictar”. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *Op. cit.*; p. 291.

(94) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares(...)*; p. 77.

(95) *Ibid.*

(96) CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992. p. 46. Sobre el particular, recomendamos revisar: ARIANO DEHO, Eugenia. *Situación cautelable, verosimilitud y periculum in mora*. En: *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista, 2003.

De esta manera, el juicio que debe realizar el juez para conceder una medida cautelar no es uno que tenga sustento en la certeza que a la que ha llegado luego de analizar profundamente las pruebas y las alegaciones de las partes; sino que su decisión se sustenta en un juicio superficial basado en la verosimilitud, es decir, en la mera apariencia, a la cual se llega sobre la base de lo alegado y probado por la parte en la solicitud cautelar.

h) La medida cautelar que se dicte debe ser la adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia. No es por ello cualquier decisión la que debe adoptar el juez, sino aquella que garantice de manera adecuada, la efectividad de la tutela jurisdiccional.

5. Los límites al ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar

5.1. Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales⁽⁹⁷⁾

Abordar el tema de los límites de los derechos fundamentales es una tarea compleja en el ámbito de una investigación; pues ello supone ingresar a un terreno bastante delicado en la medida que nos enfrenta con la determinación de los límites de las bases mismas de un Estado constitucional.

Lo delicado del tema en cuestión ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que los derechos fundamentales son ilimitados. Para esta tesis, los derechos “(...) tienen un contenido constitucionalmente declarado o tipificado y, salvo que ofrezca una habilitación explícita (...), sencillamente no pueden ser limitados o cercenados, como tampoco pueden serlo las demás normas constitucionales”⁽⁹⁸⁾. Ahora bien, ello no quiere decir que los derechos autoricen la realización de cualquier acto o conducta, sino que supone que los derechos aparecen “ya delimitados

en el texto constitucional y, dentro de este círculo delimitado no cabe ninguna restricción”⁽⁹⁹⁾. De esta manera, lo que esta tesis dispone es que el texto constitucional delimita el contenido de los derechos fundamentales, o, dicho de otra manera, el derecho se encuentra limitado internamente por su propio contenido, y ello impide que se dé una limitación que provenga de una fuente externa al derecho mismo⁽¹⁰⁰⁾. Por ello, el contenido de dicho derecho fundamental se encuentra protegido de cualquier agresión o intento de agresión que pueda provenir del externo de dicho derecho fundamental.

Por otro lado, hay quienes sostienen que los derechos fundamentales, sí pueden ser limitados⁽¹⁰¹⁾, en cuyo caso es preciso que se respeten determinados parámetros, sin los cuales dicha limitación devendría en ilegítima: debe respetarse su contenido esencial y debe existir una proporcionalidad en la limitación.

5.1.1. La cláusula del contenido esencial de los derechos

Los derechos fundamentales tienen “un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso”⁽¹⁰²⁾, de manera tal que existe una parte del contenido de los derechos que no puede ser afectado, ni siquiera tocado por el legislador. Ahora bien, ello no quiere decir que el legislador es libre de afectar el derecho fundamental hasta tocar ese núcleo; sino que dicho núcleo es la última de las garantías que tiene el derecho fundamental. Es, en palabras de Prieto Sanchís “el límite de los límites”, es decir, “una barrera insuperable” que no puede traspasarse, luego de evaluar si la limitación al derecho fundamental es “razonable y suficientemente justificada”⁽¹⁰³⁾. De esta manera, toda limitación de un derecho fundamental debe tener una justificación y, a la vez, debe ser razonable; pero a pesar de ello, es decir, a pesar de que exista una justificación para imponerle límite

(97) Para una más amplia explicación de este tema, recomendamos: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*; pp. 113 y siguientes.

(98) PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales*. En: *Pensamiento Constitucional*. Revista de la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 5. Año VIII. pp. 62 y 63.

(99) *Ibid.*; p. 63.

(100) Para una mayor profundidad en el estudio de este tema, recomendamos: HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 108 y siguientes.

(101) “El carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos...*; pp. 100 y 101.

(102) PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*; p. 71.

(103) *Ibid.*

a un derecho y de ser razonable dicha limitación, esta no puede transgredir el contenido esencial del derecho fundamental, pues de hacerlo, esa limitación devendría en ilegítima.

5.1.2. La proporcionalidad de la limitación

Si bien la ley puede limitar los derechos sin afectar su contenido esencial, dicha limitación debe tener una justificación, la misma que además, debe hacerla razonable. De esta manera, “una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”⁽¹⁰⁴⁾. De esta manera, la razonabilidad de la limitación de los derechos se expresa a través de la proporcionalidad.

La proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales, supone lo siguiente⁽¹⁰⁵⁾:

a) La limitación de un derecho fundamental debe tener una finalidad constitucionalmente legítima.

b) La limitación del derecho fundamental debe ser adecuada e idónea para la consecución de aquella finalidad que le sirve de sustento.

c) La limitación del derecho fundamental debe presentarse como necesaria, es decir, es la consecuencia de no existir un mecanismo menos gravoso.

d) La limitación del derecho fundamental debe resultar de un juicio de ponderación entre los daños que ella origina y los beneficios que con ella se desean obtener.

De esta forma, cualquier limitación a los derechos fundamentales que no haya seguido cualquiera de los mencionados criterios de proporcionalidad antes mencionados, supone una limitación inconstitucional.

5.4. Los límites al derecho fundamental a la tutela cautelar

Todo aquello que ha sido dicho en torno a los límites de los derechos fundamentales, puede extenderse a los derechos procesales que tienen el carácter de fundamental, es decir, a aquellos que forman parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esa afirmación, sin embargo, no es pacífica, pues existe un cierto temor dentro de la doctrina procesal de admitir la existencia de límites a los derechos procesales fundamentales, más aún en aquellos casos en los que el contenido de dichos derechos no se encuentra claramente delimitado. En ese sentido, Michele Taruffo señala que: “No parece del todo infundado el temor de limitar indebidamente el desenvolvimiento pleno de las garantías, que no han expresado todavía todo su potencial, en la tentación de establecer en qué casos su actuación ‘excesiva’ produce efectos no aceptables”⁽¹⁰⁶⁾. Más adelante sostiene que: “Se pone, en otros términos, el problema de establecer si, o hasta qué punto, la actividad procesal que implique la actuación de garantías constitucionales puedan considerarse abusivas, o sea, si la actuación de estas garantías encuentran algún límite externo signado por el empleo abusivo de los instrumentos procesales que de esas garantías son la manifestación específica”⁽¹⁰⁷⁾.

En nuestra opinión, no existe razón alguna para sostener que los derechos procesales de carácter fundamental no puedan estar sujetos a límites, es decir, no hay justificación para reconocer que dichos derechos tengan una especie de tratamiento privilegiado dentro del ordenamiento jurídico. Asumir la posición contraria supondría legitimar el ejercicio abusivo de los derechos procesales fundamentales. Asimismo, admitir que

(104) *Ibid.*; 75.

(105) *Ibid.*; p. 78.

(106) Traducción libre de: “*Non pare del tutto infondato il timore di limitare indebidamente l’esplorazione piena delle garanzie, che forse non hanno ancora espresivo tutto il loro potenziale, nel tentativo di stabilire in quali casi la loro attuazione ‘eccesiva’ produce effetti non accettabili*”. TARUFFO, Michele. “*Elementi per una definizione di ‘abuso del procesiguitesano*”. En: Autores Varios. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Padova: Cedam, 1998. pp. 440 y 441.

(107) Traducción libre de: “*Si pone, in altri termini, il problema di stabilire se, e sino a che punto, le attività procesiguitesuali che siano attuazione di garanzie costituzionali posiguitesano considerarse abusive, osiguitesano se l’attuazione di queste garanzie trovi qualche limite ‘esterno’ segnato dall’impiego abusivo degli strumenti procesiguitesuali che di tali garanzie sono la manifestazione specifica*”. *Ibid.*; p. 441.

los derechos procesales fundamentales no puedan ser limitados supondría que los demás derechos fundamentales que sí pueden ser limitados podrían verse afectados por el respeto irrestricto a un derecho procesal fundamental, desnaturalizando con ello el carácter instrumental que le corresponden a los derechos procesales.

Los límites a un derecho procesal fundamental vienen impuestos, para comenzar, por los otros derechos procesales fundamentales, pues dicho derecho debe necesariamente ser ejercido dentro del ámbito necesario para que el resto de derechos procesales fundamentales no se vean lesionados o puedan tener una actuación real, más aún si se tratan de derechos de la contraparte, que podrían verse afectados con el uso discrecional de ese derecho.

No solo ello, sino que es preciso atender al propio derecho que es objeto de protección en el proceso, pues dicho derecho puede ser uno de naturaleza fundamental, en cuyo caso su vigencia y protección constituyen también límites para el ejercicio de los derechos procesales de carácter fundamental.

En todo caso, las voces de alerta de la doctrina deben ser tenidas en cuenta a fin de que seamos conscientes de que nos encontramos ante un tema de difícil solución.

El derecho fundamental a la tutela cautelar es pasible de ser limitado. Cualquier limitación que se pretenda hacer a dicho derecho deberá cuidar no traspasar su contenido esencial y deberá realizarse respetando el criterio de proporcionalidad, en los términos explicados en el presente trabajo.

De esta manera, a fin de establecer límites al derecho fundamental a la tutela cautelar, es preciso que realicemos el siguiente análisis, sin el cual dicha imposición de límites podría estar incurriendo en una infracción constitucional:

a) Evaluar si el límite impuesto al derecho fundamental a la tutela cautelar tiene una finalidad constitucionalmente legítima. De esta manera, la razón de ser de la limitación debe tener como finalidad la protección de un valor consagrado constitucionalmente, caso contrario, dicha limitación es constitucionalmente inaceptable. Un ejemplo de una limitación constitucionalmente aceptada es la impuesta por el artículo 105 del Código Procesal Constitucional, cuando establece que "En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares". Esta limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar encuentra justificación en el principio de presunción de constitucionalidad que recae sobre la ley y, fundamentalmente, debido a "la especial posición que la ley ocupa en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la legitimación democrática que posee, al proceder del órgano representativo por excelencia de la comunidad política"⁽¹⁰⁸⁾.

b) Una vez identificada la finalidad por la que se realiza la limitación y una vez que hayamos concluido que dicha finalidad es constitucionalmente legítima, es preciso que analicemos si la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es una limitación adecuada e idónea para lograr aquella finalidad. Si la limitación no es adecuada o idónea, entonces no tiene justificación alguna y es inconstitucional. Siguiendo con el mismo ejemplo, si lo que se quiere es evitar la inseguridad que produciría que a través de una decisión jurisdiccional provisoria y variable se suspendan los efectos de una ley que se presume constitucional, entonces la limitación de la tutela cautelar en estos casos resulta ser adecuada, más aún si la presunción de constitucionalidad de la ley determina incluso que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de una norma se producirán, según mandato expreso del artículo 204 de la Constitución⁽¹⁰⁹⁾, desde el día siguiente

(108) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Colex: Madrid, 1993. P. 104. El autor sostiene, además, que: "En efecto, como señala De Otto, el principio democrático incide sobre el sistema de fuentes obligando, por un lado, a que a la ley se le asigne una posición de preferencia respecto a las restantes normas, de paso que explica, por otro, algunas de sus peculiaridades características, en concreto, el privilegio de la jurisdicción concentrada y el grado máximo de presunción de legitimidad de que la misma goza, que obliga, no solo a tenerla por válida hasta el pronunciamiento contrario del TC, sino también a realizar a la hora de su aplicación una interpretación conforme a la Constitución, de forma que la declaración de su inconstitucionalidad solo proceda cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional". *Ibid.*

(109) "Artículo 204º. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

de la fecha de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

c) Luego de establecer que la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es la adecuada para obtener aquella finalidad, es preciso que analicemos si dicha limitación es necesaria para lograr la finalidad requerida; es decir, si no existe otro medio para conseguir que dicha finalidad sea conseguida y que la única forma de hacerlo es limitando el derecho fundamental a la tutela cautelar. Sin lugar a dudas, en el caso del ejemplo que estamos utilizando, la imposibilidad de que se dicten medidas cautelares de suspensión de una norma cuya constitucionalidad está siendo discutida en el Tribunal Constitucional es un medio necesario para hacer que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley impere, a pesar de que exista un proceso en el que se esté discutiendo su constitucionalidad.

d) Si hemos realizado ello, entonces, corresponderá ponderar los daños que dicha limitación genera y los beneficios que con ella se obtiene, para determinar si la limitación tiene justificación. En ese sentido, continuando con el ejemplo, los daños de permitir que provisoriamente y a través de una resolución variable, dictada sobre la base de un juicio de verosimilitud, se suspendan los efectos de una norma de la cual se presume su constitucionalidad; serían mayores que no permitir que en esos casos se suspendan.

e) Finalmente, debemos evaluar si con dicha limitación se está afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, es decir si se está afectando la posibilidad que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria-

el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse. En el caso del ejemplo, no existe esa posibilidad, pues recordemos que el mandato expreso del artículo 204 de la Constitución es que las normas declaradas inconstitucionales se derogarán después de publicada la sentencia del Tribunal Constitucional en el Diario Oficial.

Cualquier limitación que haya sido realizada sin seguir con esos parámetros es una limitación inconstitucional. Un ejemplo de una limitación que no tiene justificación alguna es la establecida en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional⁽¹¹⁰⁾. El análisis profundo de una disposición como la citada escapa el objeto de este trabajo y los límites de espacio ya largamente superados por este artículo, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el artículo 15 del Código Procesal Constitucional es la norma que más claramente demuestra cómo una ley puede vulnerar de manera flagrante y sin pudor el derecho constitucional a la tutela cautelar. Dicha norma es inconstitucional, pues crea, sin justificación objetiva ni razonable alguna un trámite distinto para solicitar medidas cautelares contra actos expedidos por los gobiernos regionales y locales. Es inconstitucional además, porque regula un trámite tan engorroso para la obtención y ejecución de una medida cautelar que en la práctica hace imposible que ella pueda llegar oportunamente. En efecto, con dicho trámite es bastante probable que la resolución cautelar sea dictada con posterioridad a la expedición de la sentencia. En fin, en la práctica los efectos de una disposición como la prevista en el artículo 15 del Código Procesal

(110) "Artículo 15. Medidas Cautelares. Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final. El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

Constitucional son exactamente los mismos que los que se producirían con una disposición que impidiera, de manera general, el dictado de medidas cautelares en los casos en los que se demanda en un proceso de amparo a un gobierno regional o local.

Existen varias situaciones normativas en las que se puede realizar el juicio de constitucionalidad a fin de establecer si las restricciones que en concreto realizan ciertas normas pueden ser consideradas como constitucionales o no. Lamentablemente esa tarea escapa ya de los límites de espacio de este trabajo.

6. El derecho fundamental a la tutela cautelar y el derecho fundamental a la defensa

Hemos manifestado que el derecho fundamental a la tutela cautelar tiene sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y consiste en el derecho a solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que tengan por finalidad garantizar la efectividad de la sentencia.

Ahora bien, para ello, se hace preciso que la solicitud de la medida cautelar sea resuelta dentro de un plazo bastante breve, pues de lo contrario, aquella protección puede resultar inútil o no llegar oportunamente, lo que contravendría el fin de la medida cautelar. Es por esa razón que se permite que el órgano jurisdiccional dicte una resolución en base a una cognición superficial, basada en un juicio de verosimilitud y no de certeza.

El problema que planteamos ahora es: ¿el hecho que para el dictado de una medida cautelar se requiera un trámite expeditivo basado en una *summaria cognitio* exige necesariamente la postergación del ejercicio del derecho de defensa del demandado a un momento posterior al dictado y ejecución de la medida cautelar?

Creemos que no. La limitación a los derechos fundamentales, como hemos visto, debe ser

proporcional y en la medida necesaria para que uno de ellos no sea ilegítimamente perjudicado. Por ello, a fin de determinar la relación entre los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela cautelar, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿en qué casos el ejercicio del derecho de defensa de la contraparte perjudicaría el derecho a la tutela cautelar de quien ha planteado una pretensión en el proceso? La respuesta es: solo en aquellos casos en que nos encontremos en una situación de urgencia tal, que haga imposible esperar el tiempo necesario para que la contraparte ejerza su derecho de defensa o, en todo caso, en aquellos casos en los que, de ejercerlo, se generaría una situación de irreparabilidad en el derecho material del demandante que generaría una afectación a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En ningún otro caso el ejercicio del derecho de defensa del demandado generaría un riesgo para la efectividad de la tutela jurisdiccional del demandante, entonces, solo en esos casos se justifica la postergación del ejercicio del derecho de defensa del demandado a un momento posterior al dictado y ejecución de una medida cautelar.

Si solo en estas dos hipótesis se presenta esa situación, entonces solo en esos casos debe encontrarse restringida la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa del demandado, evitando así que se produzca en él una situación mucho más gravosa que aquella que el ordenamiento jurídico podría permitir, considerando que nos hallamos frente a un derecho fundamental como el de la defensa, que merece igual protección por parte del ordenamiento jurídico que aquella protección que merece el derecho a la tutela cautelar.

Por ello, creemos que la mejor forma de regular esta situación es con una norma similar a aquella que prevé la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 733⁽¹¹¹⁾. Esta norma

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672".

(111) "Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título".

establece que, por regla general, la medida cautelar se concede con audiencia al demandado, salvo en los casos en los que la audiencia al demandado pueda comprometer la finalidad de la medida cautelar o que existan especiales razones de urgencia que justifiquen su dictado inmediato. De esta manera, con dicha disposición la restricción al derecho de defensa del demandado se realiza en la dosis necesaria para no hacer ilusorio el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, un régimen como el previsto por el Código Procesal Civil peruano, según el cual en todos los casos la solicitud de medida cautelar se tramita sin audiencia del demandado es un régimen que le impone una restricción desproporcionada al demandado, porque incluso en aquellas situaciones en las que el ejercicio de su derecho de defensa no perjudique la efectividad de la resolución cautelar o en las que no se presente una situación de extrema urgencia que determine la necesidad del dictado inmediato de dicha medida, su derecho de defensa se ve postergado.

Pero la situación en la que se encuentra el demandado ante el dictado de una medida cautelar es todavía mucho más gravosa si atendemos a lo siguiente. De conformidad con lo establecido por el artículo 637 del Código Procesal Civil⁽¹¹²⁾ el medio a través del cual el demandado ejerce su derecho de defensa ante una medida cautelar es la interposición del recurso de apelación, medio impugnatorio que es interpuesto luego de que la medida cautelar haya sido ejecutada. De esta forma, el juez concede una medida cautelar sin haber escuchado al demandado, luego de ello, la

ejecuta, y solo después de ejecutada, el demandado puede defenderse. ¿Cómo? Interponiendo un recurso de apelación contra la resolución que dispone el dictado de una medida cautelar. Interpuesto el recurso de apelación, el juez examinará los requisitos de admisibilidad y de procedencia del mismo y, luego de ello, dispondrá la elevación del recurso al órgano superior a fin de que se pronuncie sobre el recurso de apelación interpuesto, es decir, a fin de que se pronuncie sobre los argumentos de defensa del demandado, argumentos que hasta el momento no han recibido pronunciamiento por parte de órgano jurisdiccional alguno, ya que esta es la primera oportunidad que tiene el demandado para hacerlo. Así, el órgano superior se pronunciará “en apelación”, respecto de los argumentos del demandado, y luego de ello, el demandado ya no podrá interponer el recurso alguno. La pregunta es: ¿a cuántas instancias tuvo acceso el demandado para esgrimir sus argumentos de defensa? Solo a una ¿Y su derecho a la doble instancia consagrado en el artículo 139 inciso 6 de la Constitución⁽¹¹³⁾? Nosotros hemos expuesto abiertamente en otro trabajo nuestra posición en contra de la generalización del derecho a la doble instancia en el proceso civil peruano⁽¹¹⁴⁾, posición que ha recibido ardorosas críticas en la doctrina nacional⁽¹¹⁵⁾, sin embargo, nuestras críticas son planteadas contra la opción de nuestro constituyente, pero ello no nos puede llevar a olvidar que el mandato en nuestra Constitución es aunque erróneo, bastante claro, pues establece que en todos los procesos debe existir, al menos, dos instancias; es decir, el debate de los

(112) “Artículo 637. Trámite de la medida. La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna”.

(113) “Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia”.

PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus. Nueva Epoca*. Número 9. pp. 405 y 422.

(114) Una posición contraria a la nuestra puede verse en: ARIANO DEHO, Eugenia. “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus. Nueva Epoca*. Número 9. p. 395 y 404. Sin embargo, una crítica directa a nuestra posición puede observarse en: ARIANO DEHO, Eugenia. “Impugnaciones injustas: una abstracta polémica y un caso concreto”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 66. Número 9. Marzo de 2004. pp. 83 y siguientes.

(115) Aunque en el caso de la adecuación es necesario recordar que si el juzgador considera que la medida cautelar solicitada no es la adecuada, puede él adecuarla, si es que tiene los elementos de juicio para hacerlo.

argumentos esgrimidos por las partes en el proceso deben haber sido objeto, al menos, de la revisión de dos órganos jurisdiccionales, posibilidad que no tiene el demandado ante el dictado de una medida cautelar, pues su “apelación”, en realidad sirve como medio de introducción al proceso de sus argumentos de defensa. De esta forma, esa ha sido la primera oportunidad que el demandado ha tenido para incorporar al proceso sus argumentos de defensa; antes no ha tenido esa posibilidad. Siendo ello así, la resolución que está “impugnando” es una resolución que no ha considerado, porque no tenía como hacerlo, los argumentos de defensa del demandado. Recién “en segunda instancia” será la primera vez en la que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre los argumentos del demandado. Así, mediante el “recurso de apelación”, se formulan por primera vez los argumentos contra la solicitud cautelar del demandante y se esgrimen las razones contra la resolución que concede la medida cautelar. Cuando el “órgano superior” resuelva sobre estos argumentos será la primera vez que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre los mismos. Con ello, en realidad, no ha habido doble instancia.

Pero no solo ello, sino que el régimen así establecido genera una situación de inequidad, en la medida que la ley le confiere al demandante la posibilidad de solicitar una medida cautelar, solicitud que será presentada ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, el mismo que se pronunciará acerca de los argumentos de la solicitud del demandante; luego de lo cual, si el órgano jurisdiccional resuelve denegar el pedido cautelar, podrá apelarse, y será la segunda instancia la que ahora revisará el pedido, todo ello *inaudita pars*. ¿Por qué el solicitante de una medida cautelar sí tiene la posibilidad de que dos instancias lo oigan y el afectado con ella, solo una? Creemos que ese trámite es inconstitucional por afectar la igualdad procesal de las partes, pues de manera absolutamente clara, las dos partes en el proceso no tienen la posibilidad de emplear iguales medios de defensa o, si se quiere, las dos partes no tienen igual posibilidad de acceso a los medios de defensa.

Creemos que el error de nuestro Código Procesal Civil radica en hacer que el medio a través del cual el demandado incorpora sus argumentos de defensa en el proceso sea el recurso de apelación, quitándole con ello toda posibilidad al

juez de primera instancia que dictó la medida cautelar, sin conocimiento del demandado, de pronunciarse acerca de los argumentos esgrimidos por este. La solución, a nuestro juicio, debería estar en que, en aquellos casos en los que nuestro ordenamiento considere que sea necesario el dictado de una medida cautelar sin conocimiento de la parte demandada, el demandado pueda, después del dictado de la providencia jurisdiccional, esgrimir sus argumentos de defensa ante el propio juez que dictó la medida cautelar a fin de que sea él mismo el que, con base a los nuevos argumentos no tenidos en cuenta anteriormente, resuelva si mantiene o no la medida, lo que es posible debido al carácter de variabilidad que tienen las medidas cautelares, como expresión de su sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*.

De esa manera, creemos, se impide que el demandado siga soportando un innecesario recorte a sus derechos a la defensa y a la doble instancia, a fin de salvaguardar el derecho fundamental a la tutela cautelar.

Recientemente se han escuchado varias voces que pretenden una modificación en el trámite del dictado de las medidas cautelares, que van desde las imaginativas e increíbles soluciones del Parlamento de hacer que la solicitud cautelar se pida en la Corte Superior, mientras el principal se tramita en primera instancia, hasta aquellas según las cuales todo dictado de una medida cautelar debe ser realizada previa audiencia de la parte demandada. Creemos que la solución que debe darse a fin de que no se termine lesionando ni el derecho a la defensa ni el derecho a la tutela cautelar, es una solución intermedia que, en función de la proporcionalidad a la que hemos aludido en el presente trabajo, permita una solución acorde con el respeto a los derechos fundamentales de las partes en el proceso.

7. La afectación del derecho fundamental a la tutela cautelar a través del dictado de resoluciones que resuelven no conceder la medida solicitada

Hemos venido señalando que el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse. Pero ello

no quiere decir, conforme también ha sido dicho, que cada vez que el que pretende algo en el proceso solicite una medida cautelar, el juez se encuentre obligado a darla; pues para ello deberá verificar si se presentan los presupuestos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación, sin los cuales la medida deberá ser rechazada⁽¹¹⁶⁾. Sin embargo, hay hipótesis en las cuales si el juez no concede una medida cautelar, se puede generar una afectación al derecho fundamental a la tutela cautelar, hipótesis que podemos resumir en las siguientes:

a) Si a pesar de la concurrencia de los requisitos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación, el juez considera que no concede una medida cautelar, se está lesionando el derecho fundamental a la tutela cautelar. En ese sentido, si a pesar de que la pretensión está acreditada verosimilmente; de que además se ha demostrado que existe un peligro en la demora de proceso; y que la medida cautelar solicitada es aquella adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia que se va a dictar a futuro, el juez decide no dictar la medida cautelar, se estaría lesionando gravemente el derecho a la tutela cautelar, salvo que exista una causa justificada, basada en la restricción de derechos fundamentales o principios del Estado constitucional de derecho que justifiquen el rechazo de una medida cautelar.

Así, puede ser que el juzgador encuentre que se presentan algunas causas que determinen la imposibilidad de dictar una medida cautelar, a pesar de presentarse los presupuestos necesarios para ello, causas de justificación que deben ser necesariamente ponderadas en su resolución, a fin de determinar si las razones esgrimidas por el

juzgador para rechazar la tutela cautelar están justificadas por el juicio de proporcionalidad que debe realizar. Dentro de esas hipótesis, podemos encontrar las siguientes:

a.1. Si el juzgador considera que con el dictado de una medida cautelar se va a lesionar un derecho fundamental y dicha lesión no se justifica en función de los criterios de ponderación o proporcionalidad. En ese caso, la denegatoria de la tutela cautelar por parte del juzgador no constituiría una lesión al derecho fundamental a la tutela cautelar. Pero aquí es muy importante hacer una precisión, y es que el hecho que el juzgador se encuentre, al momento de dictar una medida cautelar, frente a otro derecho fundamental, no quiere decir que entonces debe rechazar la tutela cautelar solicitada, sino que debe proceder a realizar un juicio de ponderación entre el derecho fundamental a la tutela cautelar y el otro derecho fundamental con el cual estaría entrando en conflicto. De esta forma, entonces, el derecho fundamental con el que se pueda encontrar el juzgador al momento de dictar una medida cautelar no sirve como una imposibilidad natural para el dictado de una medida cautelar, sino que lo obliga a realizar un adecuado juicio de ponderación.

a.2. Si el juzgador aprecia que con el dictado de una medida cautelar se puede afectar alguno de los principios que sirven de base al Estado constitucional. En estos casos, el juzgador debe eximirse de dictar una medida cautelar, como en aquellos casos en los que el juzgador considere que con el dictado de una medida cautelar se podría estar afectando el principio de separación de poderes al inmiscuirse en un ámbito que la Constitución ha reservado para otros poderes⁽¹¹⁷⁾; ello siempre y cuando aquello que se le somete al

(116) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Colex: Madrid. 1993. pp. 104 y siguientes.

Como ejemplo de ello, podemos citar lo que estableció con claridad nuestro Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo iniciado por el Frente Obrero Campesino y Estudiantil con el objeto de que se declare inaplicable el Decreto Supremo 011-99-PCM, mediante el cual se le concedió a Ecuador un kilómetro cuadrado en propiedad privada. En ese caso, el Tribunal Constitucional manifestó que: "Que, por tanto, tratándose de un supuesto de transferencia de propiedad del Estado peruano a otro, el tema en cuestión es susceptible de observarse a la luz de dos consideraciones distintas: la cuestión política y la cuestión jurídica. En relación con la cuestión política, la doctrina y la jurisprudencia comparada es casi uniforme en señalar que la circunstancia y oportunidad de una decisión política directamente vinculada con las relaciones internacionales y la búsqueda de la paz entre los pueblos así como su desarrollo, no están sujetos a un control jurisdiccional, sino a la estimación de la opinión pública; por ende, la historia y el veredicto ciudadano expresado en las urnas, entre otros caminos, son los instrumentos por donde se viabiliza el control de dicha cuestión política. En tal contexto, los miembros del Tribunal Constitucional, de manera individual, reservan su derecho ciudadano a tomar y fijar posición cívica sobre dicha decisión de Estado". Sentencia 1297-1999/AA.

(117) Como es el caso del proceso contencioso administrativo, que es un medio de control jurisdiccional de los actos de la administración, previsto de manera expresa en el artículo 148 de la Constitución.

órgano jurisdiccional no es un asunto que, de acuerdo a la Constitución, es objeto de control por parte del Poder Judicial⁽¹¹⁸⁾, caso en el cual sí se encontraría habilitado para dictar medidas cautelares.

a.3 Si el juzgador considera que con la resolución cautelar se afectan intereses generales, deberá realizar una ponderación entre los intereses privados y los intereses generales⁽¹¹⁹⁾, atendiendo especialmente a la naturaleza de estos últimos.

a.4. Si el juzgador considera que la resolución cautelar afectará derechos de terceros, es decir, de sujetos que no son parte en el proceso.

a.5. Si el juzgador aprecia que la solicitud de medida cautelar supone un abuso del derecho⁽¹²⁰⁾ fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la categoría del abuso del derecho es una categoría que puede presentarse también respecto de derechos de naturaleza procesal. Así, “en los términos de una relación de instrumentalidad remedio fin, el abuso puede ser definido como el empleo de un remedio procesal para conseguir un fin que no es propio de aquel remedio, puesto que no entra en el ámbito de los objetivos para los que el remedio ha sido previsto. Hay abuso, en otros términos, cuando se verifica una distorsión en el empleo de un instrumento procesal, que viene destinado a conseguir objetivos diversos de aquellos que le son propios”⁽¹²¹⁾. De esta manera, para poder hablar de abuso de un remedio procesal

es preciso que se presenten dos condiciones: que exista la intención de perseguir objetivos perjudiciales y dañosos para alguien (la contraparte o un tercero) y que estas consecuencias negativas se verifiquen en la esfera del sujeto a quien se ha querido perjudicar⁽¹²²⁾. De esta manera, si a través de una medida cautelar se desean conseguir efectos distintos a los de asegurar la eficacia de la sentencia, o si se quieren lograr, además de ello, efectos perjudiciales no admitidos por el ordenamiento jurídico para la contraparte o un tercero, estamos frente a un supuesto de abuso del derecho fundamental a la tutela cautelar, lo que permite al juzgador denegar la medida cautelar solicitada.

a.6. Si el juzgador considera que la medida cautelar solicitada genera un grado de afectación excesivo para la finalidad que se quiere lograr con la medida cautelar, en cuyo caso el juzgador podrá denegar la medida cautelar solicitada, y, en función del requisito de la adecuación, dictar la medida cautelar que considere adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia sin generar una situación de excesivo e injustificado gravamen para el demandado⁽¹²³⁾.

b) Si a consecuencia de la denegatoria de la medida cautelar se genera un daño irreparable a la situación jurídica material planteada en el proceso; de manera que la sentencia a dictarse se convierta en inútil. Ello se produce, cuando a

(118) Hay quienes opinan que en estos casos se debe preferir siempre los intereses generales, sin embargo, tememos que el enunciado de una solución tan general como esa termine por hacer que los jueces no realicen ese juicio de ponderación que, incluso en casos como éste, deben realizar. Sobre el particular, ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley: Madrid, 2000. pp. 118 y 119.

(119) Para una aproximación al tema del abuso del derecho en general, recomendamos: BRECCIA, Humberto. *L'abuso del diritto*. En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Cedam: Padova, 1998. pp. 5 y 87.

(120) Traducción libre de: “*Nei termini di un rapporto di strumentalità rimedio-fine, l'abuso può esiguitesere definito come l'impiego di un remedio procesiguitesuale peri l conseguimento di un fine che non è proprio di quel rimedio, poichè non rientra nell'ambito degli scopi al cui raggiungimento esiguitesero è preordinato. Si ha abuso, in altri termini, quando si verifica una distorsione nell' impiego di uno strumento procesiguitesuale, che viene destinato al conseguimento di scopi diversi da quelli che gli sono propri*”. TARUFFO, Michele. “*Elementi per una definizione di 'abuso del procesiguitesero*”. En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Padova: Cedam, 1998. p. 447. En el mismo sentido, puede verse: PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Bosch: Barcelona, 2003. pp. 83-85, 96 y siguientes.

(121) TARUFFO, Michele. “*Elementi per una definizione di 'abuso del procesiguitesero*”. En: AA.VV. *Diritto Privato*. Tomo III: *Abuso del diritto*. Padova: Cedam, 1998. p. 452.

(122) “La alteración de la relación material es una necesidad -en muchos casos- para que la medida cautelar cumpla su finalidad. Sin embargo, esta realidad tiene que ser conjugada con el hecho de que el juez debe otorgar aquella medida que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la misma, se trata del principio de mínima ingerencia. De otra forma se podría llegar inclusive al absurdo de que, por querer acabar con un peligro de daño irreparable, se conceda una medida de efectos traumáticos, que conlleven a un perjuicio de similar magnitud”. MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Comunidad: Lima, 2002. pp. 187-189.

(123) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley: Madrid, 2000. pp. 115 y 116.

consecuencia de la denegatoria de una medida cautelar se producen situaciones irreversibles⁽¹²⁴⁾. En este punto es necesario hacer una precisión. Cuando nos referimos a situaciones irreversibles, estamos haciendo alusión a situaciones de lesión para la situación jurídica material que determinan una imposibilidad de ser reparadas de manera específica, ello quiere decir que, para realizar este juicio de “irreparabilidad” que determina la lesión del derecho fundamental a la tutela cautelar, no es trascendente si la situación jurídica que ha sido lesionada por no haber sido dictada la medida cautelar puede ser reparada en dinero, ya que el proceso debe tener como vocación brindar una tutela específica, en aquellos casos en los que así haya sido solicitado por el titular de la situación jurídica material lesionada o amenazada. En ese sentido, por ejemplo, si una persona solicita una medida cautelar con la finalidad de evitar que se distribuya un libro en el que se cuentan detalles sobre su vida íntima, y el juez resuelve indebidamente rechazar dicha solicitud cautelar, la situación creada por esa resolución denegatoria genera una situación irreparable, pues la reparación en dinero no brinda aquella satisfacción que tutela específica quería brindar⁽¹²⁵⁾.

c) Si la denegatoria de la medida cautelar se hace mediante una resolución inmotivada o no razonable se lesiona el derecho fundamental a la tutela cautelar. Si se decide denegar la medida cautelar, el juzgador está en la obligación de señalar de manera expresa las razones que determinan que, en el caso concreto, no se conceda la medida solicitada. De esta manera, debe expresar por qué a su juicio en el caso concreto no existen los presupuestos para conceder la medida cautelar o, a pesar de ello, se niega la medida cautelar. La motivación debe estar referida al caso concreto, y no debe ser una motivación realizada en abstracto.

8. La protección jurisdiccional del derecho fundamental a la tutela cautelar

Finalmente, si el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental, cualquier situación que la lesione es pasible de ser removida a través de un proceso de amparo, pues es inadmisibles que se reconozca un derecho como fundamental y no se pueda solicitar protección jurisdiccional ante cualquier situación que le genere lesión o amenaza de lesión; ello es un mandato también de la tutela jurisdiccional efectiva. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, al manifestar que: “Una interpretación desde la Constitución (...) no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, si bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el *hábeas corpus*, el amparo o *hábeas data*, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”⁽¹²⁶⁾.

9. Palabras finales

Hemos querido a través de este artículo compartir algunas reflexiones en torno a un tema trascendental para la efectividad de la tutela jurisdiccional que últimamente ha generado polémica. Creemos que la solución no pasa necesariamente por restringir el instituto, sino por aplicarlo realizando juicios de ponderación y proporcionalidad de los intereses en juego. 卍

(124) Estos problemas también han sido enunciados por Ortells. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley: Madrid, 2000. p. 117.

(125) Sentencia 1230-2002/HC.