



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**LA TUTELA CAUTELAR Y EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN EL
PROCESO CIVIL PERUANO**

PRESENTADA POR:

KATTIA ALVAREZ AVALOS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

LA TUTELA CAUTELAR Y EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO



PRESENTADA POR:

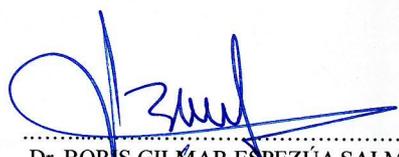
KATTIA ALVAREZ AVALOS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

APROBADA POR EL JURADO SIGUIENTE:

PRESIDENTE


.....
Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMON

PRIMER MIEMBRO


.....
Dr. SERGIO VALERIO SERRUTO BARRIGA

SEGUNDO MIEMBRO


.....
Dr. JAIME ARDILES FRANCO

ASESOR DE TESIS


.....
Dr. JORGE ALFREDO ORTIZ DEL CARPIO

Puno, 18 de diciembre de 2019.

ÁREA: Ciencias Sociales

LÍNEA: Derecho

SUB LÍNEA: Derecho Civil

TEMA: Dogmática Jurídica



DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía y la luz que ilumina el camino que me tocó recorrer, sosteniéndome de su mano en cada momento difícil, dándome la fortaleza suficiente.

Para Fabiana Belén, mi hija, quien dio sentido y trascendencia a mi vida. Mi razón de existencia, la que hace realidad cada sueño que parece imposible.

A Marina Estela y Víctor Emiliano, mis padres, seres de incomparable amor, entrega y dedicación. Mis referentes de admiración y respeto, a ellos gracias por los sueños cumplidos.



AGRADECIMIENTOS

A todos quienes participaron en el proceso de la investigación, desde sus inicios hasta la culminación, gracias por sus aportes, experiencia y conocimientos; sin duda, fueron fundamentales para alcanzar el objetivo. Agradecimiento especial al Dr. Jorge Alfredo Ortiz Del Carpio por permitirme contar sus conocimientos y vasta experiencia, pilares fundamentales en este trabajo de investigación.

Gracias a Hiozime y Milagros, mis hermanas, por su amor, entusiasmo, apoyo, conocimientos, experiencia, colaboración y motivación constante en hacer realidad este esperado momento, mi eterna gratitud a ustedes.



ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
ÍNDICE GENERAL	IV
ÍNDICE DE ANEXOS	VII
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LA LITERATURA

1. Contexto y marco teórico	5
1.1. Marco teórico	5
1.1.1. La tutela jurisdiccional efectiva.	5
1.1.2. Tutela cautelar	12
1.1.3. Principio del contradictorio	38
1.2. Marco conceptual	41
1.2.1. Tutela jurisdiccional	41
1.2.2. El proceso	42
1.2.3. Tutela cautelar	42
1.2.4. Principio de contradictorio	43
1.2.5. Derecho de defensa	43
1.3. Antecedentes	44

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Descripción del problema	46
2.2. Definición del problema	48
2.2.1. Problema general	48
2.2.2. Problemas específicos	49
2.3. Justificación de la investigación	49
2.4. Objetivos de la investigación	50
2.4.1. Objetivo general	50
2.4.2. Objetivos específicos	51



2.5. Hipótesis y unidades de investigación	51
2.5.1. Hipótesis general	51
2.5.2. Hipótesis específicas	51

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación	52
3.2. Diseño de investigación	52
3.3. Objeto de investigación	53
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	53
3.5. Procedimiento de investigación	53
3.6. Procesamiento de datos	54

CAPÍTULO IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Unidad de investigación: la tutela cautelar regulada en el Código Procesal Civil Peruano	55
4.1.1 El derecho fundamental a la tutela cautelar y el derecho fundamental a la defensa	55
4.1.2. La tutela cautelar y las resoluciones que resuelven no conceder la medida solicitada	59
4.1.3. La protección jurisdiccional del derecho fundamental a la tutela cautelar	62
4.1.4. Las medidas cautelares en el código procesal civil peruano	63
4.1.5. Tutela cautelar y tutela anticipada	64
4.1.6. Tutela cautelar y tutela anticipada en el código procesal civil peruano	65
4.2. Unidad de estudio: principio del contradictorio en el proceso cautelar regulado por el Código Procesal Civil Peruano	67
4.2.1. Prohibición de las decisiones sorpresa - contradictorio previo y contradictorio diferido	67
4.2.2. Influencia del principio del contradictorio en el proceso cautelar	70
4.2.3. Transgresión al principio del contradictorio mediante la regla <i>inaudita altera parte</i> prevista en el artículo 637° del código procesal civil	74
4.2.4. Medidas cautelares específicas reguladas por el Código Procesal Civil y el principio del contradictorio	77
4.3. Unidad de estudio: modificación de la regla <i>inaudita altera parte</i> prevista en el artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano	80



4.3.1. Antecedentes del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano	80
4.3.2. Intervención constitucional de los órganos jurisdiccionales	81
4.3.3. Interpretación del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano, conforme a la Constitución	84
4.4. Análisis de unidades de investigación y comprobación de hipótesis	88
4.4.1. Para la hipótesis específica N° 1.	88
4.4.2. Para la hipótesis específica N° 2.	88
4.4.3. Comprobación de la hipótesis general.	89
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	93
ANEXOS	97



ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 1. Guía de investigación documental	98
Anexo 2. Proyecto de ley	98



RESUMEN

Como es sabido, en el trámite del proceso civil y en general de todo proceso, la tutela cautelar se convierte en la principal herramienta procesal que permite garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia práctica y real de una eventual decisión jurisdiccional estimatoria, por ello resulta también inmanente a la tutela jurisdiccional efectiva, como principio fundamental de la administración de justicia.

En ese sentido, como objetivo de la investigación se ha analizado el procedimiento de la tutela cautelar en el proceso civil peruano y el principio del contrario, verificando si existe una vulneración de éste último, puesto que la regulación de la tutela cautelar adoptada por nuestra normatividad civil (Código Procesal Civil) contiene la conocida regla basada en el aforismo "inaudita altera parte" es decir sin oír a la otra parte, lo que implica que la medida cautelar -sea cual fuera su forma- será solicitada y ejecutada sin conocimiento previo de la parte afectada, la cual tomará conocimiento de su existencia, luego de ejecutada la resolución judicial que la ordena, ocasión en la cual recién podrá ejercer su derecho de contradicción y/o de defensa, cuando probablemente sus derechos o intereses ya hayan sido lesionados o amenazados.

Así, el tratamiento legal del procedimiento cautelar se presenta como vulneratorio y contrario al principio del contradictorio que acoge nuestro sistema de administración de justicia para cualquier justiciable que es parte de un proceso, siendo que los jueces realizan una aplicación literal del artículo 637° del Código Procesal Civil, convirtiéndola en la regla general para todos los casos sin ningún tipo de excepciones.

Palabras clave: *Contradictorio, tutela, cautelar, jurisdiccional, efectiva.*

ABSTRACT

As is known, in the process of the civil process and in general of any process, the precautionary guardianship becomes the main procedural tool that allows to guarantee or provisionally guarantee the practical and real effectiveness of an eventual jurisdictional decision, so it is also immanent to effective jurisdictional protection, as a fundamental principle of the administration of justice.

In that sense, as an objective of the investigation, the precautionary guardianship procedure in the Peruvian civil process and the principle of the opposite have been analyzed, verifying if there is a violation of the latter, since the regulation of the precautionary guardianship adopted by our regulations Civil (Civil Procedure Code) contains the well-known rule based on the aphorism "unheard of alters" that is to say without hearing the other party, which implies that the precautionary measure - whatever its form - will be requested and executed without prior knowledge of the affected party, which will become aware of its existence, after executing the judicial order that orders it, on which occasion it may only exercise its right of contradiction and / or defense, when its rights or interests have probably already been injured or threatened.

Thus, the legal treatment of the precautionary procedure is presented as infringing and contrary to the principle of the contradictory that our justice administration system hosts for any justiciable that is part of a process, since the judges make a literal application of article 637 ° of the Code Civil Procedure, making it the general rule for all cases without any exceptions.

Keywords: *Contradictory, guardianship, precautionary, jurisdictional, effective.*

INTRODUCCIÓN

La investigación se basa en la necesidad de verificar la adecuada regulación de la *tutela cautelar* en el Código Procesal Civil Peruano y su correspondencia con principios fundamentales de la administración de justicia recogidos por la Constitución Política del Perú, esto en específico el *principio del contradictorio*.

Dentro de los derechos fundamentales, nuestra Constitución Política de 1993 ha consagrado principios y derechos de la función jurisdiccional, dentro de ellos la tutela jurisdiccional, esto en el artículo 139 inciso 3; no obstante, si bien la Constitución no hace referencia a la tutela jurisdiccional *efectiva*, se tiene que la misma tiene rango constitucional conforme a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto de San José (art. 25). En su momento Jorge Carrión Lugo, señaló que la tutela jurisdiccional efectiva se conceptúa también como un principio procesal, una directiva o una idea orientadora, pues, por un lado, servirá para estructurar las normas procesales en determinada dirección, y por otro, para interpretar las normas procesales existentes. Este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. (Carrión, 2004)

Contemporáneamente, el proceso de determinación de la norma jurídica aplicable es complejo, se asume la técnica legal y racional, donde el juez fundamenta su decisión en el derecho vigente y válido y, además justifica racionalmente su decisión. La actividad judicial es esencialmente justificadora y debe ser razonable. Así, la interpretación es un proceso lógico y valorativo (creador) por parte del Juez.

En ese escenario se concibe al proceso como un instrumento para la concreción de la tutela efectiva de los derechos materiales, pues sin él no sería posible lograr la solución de un conflicto de intereses y menos la paz social con justicia, pues téngase en cuenta que está proscrita toda posibilidad de hacer justicia por mano propia. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, opor-

tuna y rápida. La efectividad debe ser una práctica diaria de la impartición de justicia, la tutela jurisdiccional efectiva tiene por finalidad la satisfacción de los derechos o intereses de los particulares mediante un proceso. Es una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial.

No podemos negar que la tutela cautelar tiene un claro fundamento constitucional. Por su importancia para la efectividad de la jurisdicción se ha dicho inclusive que se trata de un derecho fundamental, ello no solo por su utilidad sino por su necesidad para la realización de la efectividad de la justicia pues las medidas cautelares son un instrumento necesario de la jurisdicción para garantizar su eficacia y, en este sentido, forman parte de la función jurisdiccional, entendida como la oportuna y efectiva protección de los derechos, ya que no es suficiente que la decisión o resolución, sea meramente declarativa de un derecho, sino que debe ante todo ser posible de ejecutarse.

Como lo dijimos, el instrumento por medio del cual el Estado cumple la función jurisdiccional es el proceso; pero, lamentablemente éste no se realiza instantáneamente sino es la secuencia de actos procesales que llevan a que el juez dicte su sentencia. La actividad procesal está sometida, indefectiblemente al transcurso del tiempo el cual posiblemente puede ser desfavorable al actor, por ello la tutela cautelar se convierte en un derecho fundamental que debe ser apreciado por la persona y/o personas que intervienen en el proceso a fin de lograr efectivizar el pronunciamiento que se emita en su favor.

No está en debate la necesaria aplicación y observancia de la tutela cautelar, pues como vimos, se encuentra prevista por nuestra normatividad procesal no solo en materia civil, garantizando la materialización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, de la revisión de las normas que regulan el proceso cautelar en el Código Procesal Civil se observa que más allá del acogimiento de la tutela cautelar se ha establecido un trámite sustentado en una regla denominada *inaudita altera parte* donde la solicitud que contiene el pedido cautelar, su otorgamiento y ejecución se desarrollan sin el conocimiento de la parte afectada con la medida cautelar, la cual se entera del procedimiento solo después de ejecutada la medida cautelar cualquiera sea su forma, pudiendo apersonarse al proceso a través de dos mecanismos, el primero la *oposición* y el segundo el *recurso de apelación*, en ambos casos enfrentando no solo la decisión adoptada por el Juzgado (al otorgarse la medida) sino además la ejecución de tal decisión, es decir

cuando ya los efectos de la medida cautelar se encuentren en plena vigencia, cuando probablemente ya se haya causado efectos negativos y perjudiciales al demandado.

Tal modelo acogido por el Código Procesal Civil, se muestra contrario al principio del contradictorio con el que cuenta toda aquella persona que interviene en un proceso, a quien se le debe hacer conocer no solo la existencia del mismo sino también de su contenido, del pedido que se formula y los argumentos que lo sustentan a fin de que pueda ejercer su derecho ya sea aportando medios probatorios necesarios o manifestando lo que considere necesario en su defensa; pero, siempre antes de que se emita el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, pues creemos que el hecho de tratarse de un proceso cautelar de ninguna manera soslaya la observancia de principios fundamentales que comprende cualquier proceso-incluso el cautelar-. En ese sentido, cabe tener en cuenta que si bien la labor del Juzgador tiene que ver con la facultad de administrar justicia por mandato constitucional, no debemos olvidar que dicha tarea se desarrolla en el marco de garantías procesales suficientes y necesarias las cuales no solo nacen de la observancia y aplicación de las normas en sentido literal sino que también está sujeta a una labor de interpretación en correspondencia con las disposiciones constitucionales, por lo que inclusive se le ha otorgado al Juez la posibilidad de efectuar un control difuso de las normas contrarias a la constitución, pero además un trabajo interpretativo en concordancia con los principios y derechos fundamentales, de manera que la función de administrar justicia no se ciña a la mera aplicación de normas -como se viene advirtiendo en los procesos cautelares- aún con vulneración de derechos fundamentales como el del contradictorio.

En ese entender, nuestra investigación contiene un estudio cualitativo sobre dos líneas básicas o categoría jurídicas procesales: *tutela cautelar* y *principio del contradictorio*, respecto de las cuales luego de abordarlas teóricamente se analizan y se contrastan conforme a los objetivos e hipótesis planteadas, llegando a obtener conclusiones que sirven como aporte para la mejor regulación y aplicación del procedimiento cautelar, alcanzando recomendaciones que consideramos útiles y factibles de ser implementadas tanto en la norma procesal como en la praxis judicial.

Tomando en cuenta el enfoque cualitativo de la investigación, el informe se encuentra estructurado de la siguiente manera: la revisión de la literatura respecto del problema de investigación, el planteamiento del problema, la metodología utilizada y finalmente la



presentación de los resultados y la discusión respectiva, para luego presentar las conclusiones y recomendaciones arribadas.

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LA LITERATURA

1. Contexto y marco teórico

1.1. Marco teórico

1.1.1. La tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho 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 con posibilidad de ejecución.

1.1.1.1. La efectividad como esencia del derecho a la tutela jurisdiccional.

Sin duda, cuando nos referimos al derecho a la tutela jurisdiccional, aparece como característica esencial la "efectividad" puesto que una "tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela". Téngase en cuenta que "el sistema procesal trata de asegurar que el juicio cumpla el fin para el que está previsto". Para comprender la efectividad de la tutela jurisdiccional, tenemos dos sentidos: El **primero** que señala que, todas y cada una de las garantías que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva deben tener una real y verdadera existencia. Por ello, la doctrina sostiene que: "*(...) efectividad quiere decir que el ciudadano tenga acceso real y no formal o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no retóricamente, que no se le impongan impedimentos irrazonables a ello. Efectividad quiere decir que la persona afectada por un juicio sea llamada al mismo, efectividad quiere decir que no se hurte al ciudadano una resolución al amparo de formalismos exagerados; efectividad*

*quiere decir que la resolución decida realmente el problema planteado (...)" (Chamorro Bernal, 1994). El **segundo** sentido está relacionado con la verdadera tutela que debe dar el proceso ante las amenazas o lesiones de las situaciones jurídicas materiales, es decir con el cumplimiento de la finalidad del proceso. "Es indispensable que la tutela jurisdiccional -de los derechos y de los intereses- sea efectiva. No toda forma de tutela satisface el precepto constitucional; su actuación exige que el juez disponga de los instrumentos y de los poderes para hacer conseguir al interesado el bien de la vida (la utilidad) que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza. El principio de efectividad se vincula, entonces, a una concepción entre el derecho sustancial y procesal, porque la tutela jurisdiccional es indispensable para la actuación del derecho sustancial. El simple reconocimiento de una posición jurídica no es suficiente: la tutela jurisdiccional debe garantizarle su actuación". Por tanto, si el diseño de la tutela jurisdiccional es inadecuado llevará consigo la insatisfacción del derecho material, es decir, su vulneración, la ineficacia de la situación jurídica sustancial. La efectividad de la tutela jurisdiccional tiene que ver con la instrumentalidad del proceso, con la función que debe cumplir el mismo en el ordenamiento jurídico. "El derecho procesal cumple una función instrumental esencial: (...) debe permitir que los derechos e intereses legítimos, garantizados por el derecho sustancial, sean tutelados y satisfechos. El principio de efectividad, en esa perspectiva, constituye un aspecto de la visión más general de la efectividad del ordenamiento jurídico, y en consecuencia es justificada la afirmación según la cual el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra dentro de los principios supremos del ordenamiento, en estrecha relación con el principio de democracia" (Capelletti, 1976).*

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se determina sólo por el acceso de los ciudadanos al proceso y que este sea llevado con todas las garantías previstas; sin duda, este derecho alcanza además la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada donde se ampare la pretensión del demandante. Tomamos como referencia lo señalado por Francisco Chamorro quien sostiene cuatro grados de efectividad:

"A. La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.

B. La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico.

C. La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

D. La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. La efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclama que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino, además, reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales" (Chamorro, 2009).

1.1.1.2. La tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental.

La justicia y la paz social son aspiraciones valiosas para el hombre y su comunidad; y, el derecho y su aplicación efectiva se constituyen en el medio adecuado para lograr tales aspiraciones. Así, es fundamental reconocer al ciudadano el derecho de alcanzar tales fines de forma efectiva. *"El derecho a la justicia (...) es un derecho que los hombres tienen por el solo hecho de ser hombres"* (González Pérez, 1989).

Considerar al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como uno fundamental ha implicado que sea elevado a la jerarquía de derecho constitucional, con las consecuencias que ello significa, las cuales distinguimos de la siguiente forma:

- A.** Doble naturaleza, por un lado, tiene una función subjetiva como garantía del individuo; y por otro, una función objetiva al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado Constitucional.
- B.** Vincula a todos los poderes públicos, donde el Estado se encuentra llamado a respetar este derecho, por lo que en caso de que cualquiera de sus órganos lesione o amenace tal derecho será un acto inconstitucional.

- C. Este derecho no requiere de una norma legal para hacerlo exigible ante el órgano jurisdiccional; no obstante, en el caso peruano se ha avanzado en el tema al consagrar de manera expresa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional, en la Constitución Política del Perú de 1993, pues los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva no se encontraban expresamente establecidos en la Constitución Política de 1979.

1.1.1.3. Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

La inclusión en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993 de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva ha generado una diversidad de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación entre ambos derechos constitucionales, muchas de las cuales son, incluso, anteriores al propio texto constitucional. En ese sentido, podemos identificar los siguientes grupos de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación que existe entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva:

- A. El derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- B. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se relacionan por un estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Nótese que en esta tesis el debido proceso no es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como se sostiene en la tesis anterior.
- C. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son, en sustancia, lo mismo.
- D. El reconocimiento del derecho al debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues los elementos que configuran este derecho se encuentran dentro del primero. En ese sentido, como el derecho al debido proceso es un derecho de alcance mucho más general que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (pues el primero se aplica en todos los ámbitos mientras que el segundo sólo a los procesos judiciales) debe reconocerse sólo el derecho al debido proceso. (Bustamante, 1997).

1.1.1.4. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva según la jurisprudencia del tribunal constitucional.

De la revisión de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, tenemos la sentencia expedida en el expediente No. 615-1999-AA/TC donde se establece lo siguiente: *"En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley (sic), sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional"*. Como vemos, la sentencia en mención se apoya en la posición doctrinaria que señala que el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Otra de las sentencias sobre el tema es la dictada en el expediente No. 1230-2002-HC/TC (caso Tineo Cabrera) de la que se advierten aspectos importantes. *"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"*. Es relevante que el Tribunal Constitucional haya establecido que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos, de ahí que la Constitución haya reconocido el derecho a la *"protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales"* cuyo reconocimiento, como lo sostiene la propia sentencia *"es consustancial al sistema democrático"*. Así, el Tribunal Constitucional asume que *"el reconoci-*

miento de derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático". Asimismo, el Tribunal Constitucional señala: *"no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse con toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo"*. Como vemos, el Tribunal Constitucional prevé que tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso al ser derechos fundamentales, cuenten con un mecanismo de tutela o protección jurisdiccional, lo que es una manifestación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, existe un derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todas las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por un ordenamiento jurídico; incluidas, todas las situaciones jurídicas fundamentales o derechos fundamentales. En la sentencia expedida el 3 de enero de 2003 en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra los Decretos Leyes No. 25475, No. 25659, No. 25708, No. 25880 y No. 25744 (expediente No. 010-2002-AI/TC). En el numeral 10.1. el Tribunal Constitucional menciona: *"nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjeto constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución"*. Aquí, el Tribunal Constitucional no hace distintico entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia, los relaciona con el derecho a la protección jurisdiccional. En el numeral 10.4 de la misma sentencia, afirma que: *"el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*.

1.1.1.5. Sobre el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental que tiene un contenido complejo por cuanto se conforma de diversos de derechos, tales como: **i)** derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, **ii)** derecho a un proceso con las garantías mínimas, **iii)** derecho a una resolución fundada en derecho y **iv)** derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional sostiene que: *“la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitório. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”*. [Exp. N° 763-205-PA/TC]

Este derecho constitucional tiene dos planos de acción, siendo factible ubicar a la tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. La tutela jurisdiccional antes del proceso opera como aquél derecho que tiene toda persona de exigir al Estado provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias, tales como: un órgano estatal encargado de la resolución de conflictos y eliminación de incertidumbres con relevancia jurídica, esto de conformidad con la finalidad concreta del proceso; otro elemento es proveer la existencia de normas procesales que garanticen un tratamiento expeditivo del conflicto llevado a juicio. Por su parte, la tutela jurisdiccional durante el proceso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial.

Siguiendo la línea establecida por el Tribunal Constitucional, la tutela jurisdiccional efectiva no se limita a garantizar el acceso a la justicia, su ámbito de aplicación es mu-

cho más amplio, pues garantiza obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones que se deducen en un proceso.

Para la reconocida procesalista Marianella Ledesma, *“la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo”*. (Ledesma Narvaez, 2008).

En conclusión, la tutela jurisdiccional efectiva no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que deba declararse fundada.

1.1.2. Tutela cautelar

1.1.2.1. Introducción.

El **proceso cautelar** tiene como fin garantizar la eficacia de los procesos de conocimiento y ejecución, además de la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional (Ledesma 2008).

Asimismo, las medidas cautelares son la modalidad de la actividad judicial que tiene por finalidad el resguardo de los bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, que, por falta de custodia, podrían frustrar la eficacia de la sentencia a expediente (**Cas. 2479-2014, Callao**).

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** ha señalado que si bien la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución, sin embargo, por su trascendencia para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva, y neutralizar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye como una **manifestación implícita del derecho al debido proceso**, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución” (**STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC**).

Como bien señala Marianella Ledesma, las *Medidas Cautelares*, sirven para contrarrestar los efectos nefastos del tiempo, la teoría procesal ha diseñado diversos mecanismos que permiten brindar una tutela urgente. En nuestra legislación, esas garantías son tratadas en los procesos cautelares, que tienen una misión central: hacer que las definiciones que a futuro se hagan de las situaciones conflictivas sean eficaces.

1.1.2.2. El problema del tiempo y el proceso.

El proceso es un instrumento¹ que brinda el ordenamiento jurídico para tutelar las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por el Derecho Objetivo². 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 jurídico³.

Ello no quiere decir que el proceso sea un instrumento perfecto, sino por el contrario, tiene una serie de imperfecciones, siendo la principal: 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-. 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” (Monroy Galvez y Monroy Palacios, 2001). La situación anteriormente descrita nos plantea que: 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

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”.

²Recordemos 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 el 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”.

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”.

³ Respecto de la relación que existe entre valor y norma jurídica, citamos un texto de Elio Fazzalari, para quien: “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”.

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 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. Esta imperfección ha sido objeto de preocupación constante y 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 termine por perjudicar el dictado de una decisión eficaz. Al respecto, 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”. 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, entre otras razones. La igualdad de las partes en el proceso obliga a que las cargas 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.

Para hacerle frente a esa situación, se tiene el instituto de las medidas cautelares, las cuales cumplen una función importante dentro para contrarrestar los perjuicios que la duración del proceso pueden provocar al demandante y que, son expresadas claramente por Calamandrei de la siguiente manera: “(...) 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” (Calamandrei, 2018). 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 (...). 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”.

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 provisoriedad⁴, instrumentalidad⁵ y variabilidad según las circunstancias⁶ 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.**

1.1.2.3. Fundamentos constitucionales de la tutela cautelar.

Las medidas cautelares tienen como fin garantizar que el problema del tiempo en un proceso no sea perjudicial para el titular de la situación jurídica que pretende proteger. Así la tutela cautelar se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico nacional te-

⁴“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 ‘provisoria’ (...) 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”.

⁵Para Calamandrei, las medidas cautelares: “(...) nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente pre ordenadas 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”.

⁶ Las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida 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”.

niendo relación con valores constitucionales, tales como: i) la dignidad humana; (ii) el Estado Constitucional; y, iii) el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

- i) La dignidad humana: Conforme lo establecido por el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993: “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.⁷

"La dignidad humana es uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado Constitucional". (Haberle, 2003). Así, 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”. 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 (...)” (Sentencia tramitada bajo el expediente número 0008-2003-AI), señalando que la dignidad humana es “el presupuesto de todos los derechos fundamentales”(Sentencia tramitada bajo el expediente número 0008-2003-AI.); 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”⁸. 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” (Sentencia tramitada bajo el expediente número 2945-2003-AA). Por ello, cuando se pretenda implantar algún instituto jurídico debe observarse que tenga la finalidad del respeto y la defensa de la persona humana y de su dignidad; ya que todo derecho encuentra su causa y fin en el ser humano. Se tiene como consecuencia de ello, el principio *pro homine*, que exige una mayor protección de los derechos de los ciudadanos y si el proceso es un instituto jurídico, tiene su causa, su razón de ser y su finalidad en

⁷ “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”.

⁸ 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).

el respeto de la persona humana y su dignidad; por consiguiente. Así, la doctrina en el Perú ha señalado 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*” (Bustamante Alarcón, 1997).

Se requiere que el proceso respete la dignidad de la persona humana de todos aquellos ciudadanos que inician un trámite para solucionar situaciones jurídicas controvertidas, por lo que deben encontrar una efectiva protección. Dicha dignidad de la persona humana aparece lesionada si el proceso es excesivamente largo, engorroso, formalista y la decisión del órgano jurisdiccional no satisface las expectativas de justicia de las partes. Por ello, las medidas cautelares, buscan evitar que el ser humano sufra la humillación de un proceso largo e ineficaz.

- ii) *El estado constitucional*: Se trata de un Estado sometido al imperio de la Constitución; en el que la administración, el legislador, los jueces y los ciudadanos se hallan obligados al respeto de la norma fundamental, “la constitución es, pues, un orden jurídico que se califica como fundamental (...)” (Fernández Segado, 1992). 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”. En el caso del Perú, una muestra del 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 por su parte señala 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*” (Sentencia tramitada bajo el expediente número 1230-2002-HC). Otra consecuencia 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 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’*” (Sentencia Exp. N° 0858-2003-AA.).

El 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 obligará a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado”* (Sentencia en el Exp. N° 0858-2003-AA.). Tal deber de protección está vinculado con la defensa de la persona humana 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 Constitución⁹, 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

⁹“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”.

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.

En ese entendido, la garantía de la Constitución, o de la real vigencia de la Constitución según Kelsen, consiste en establecer un control jurisdiccional de todo acto contrario a la norma fundamental. Si la realización de gran parte de los valores constitucionales, dependen de que existan mecanismos jurisdiccionales efectivos, la eficacia de la jurisdicción es en sí un valor de rango constitucional. Así, *“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 (...)”* Ahora bien, es preciso señalar 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.

- iii) *El respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:* La más importante aspiración que tiene un ordenamiento jurídico es que las disposiciones en él contenidas sean cumplidas por la gran cantidad de sus destinatarios. 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.

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 efectiva¹⁰. 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

¹⁰ 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-AD).

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. 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 iniciado¹¹. 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 eficaz¹². (González Pérez, 1985). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad garantizar la concreción del derecho reconocido en la sentencia y sus efectos, por lo que reiteramos que la efectividad es parte esencial del derecho a la tutela jurisdiccional. El máximo intérprete de la Constitución 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”* (Sentencia dictada en el Exp. N° 1546-2002-AA.). Por otro lado, señala 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”*. (Sentencia dictada en el Exp. N° 0015-2001-AI.). Sin embargo, la “efectividad de la tutela jurisdiccional” garantiza mucho

¹¹ 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)

¹² 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.

más que la mera ejecución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la efectividad de las resoluciones judiciales, ha sido trascendente, 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. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado 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 en el Exp. N° 010-2002-AI/TC). De lo que se trata es, evitar que el tiempo que toma el proceso termine por impedir que se brinde aquella protección que el proceso quiere dar. Es necesario hacer que la tutela jurisdiccional sea efectiva, a pesar del tiempo que tome el proceso. En tal sentido, se precisa crear instrumentos adecuados que deben ser implementados para evitar una lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así lo entiendo el Tribunal Constitucional, cuando identifica la “efectividad” con la “ejecución” y 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 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”*. (Sentencia dictada en el Exp. N° 0015-2001-AI.). Con base a las consideraciones señaladas por el Tribunal Constitucional, es necesario adoptar las medidas para su cumplimiento y para garantizar la efectividad de las decisiones judiciales, dictar las medidas suficientes que permitan en su momento que, la sentencia pueda surtir sus efectos, los efectos de la sentencia con autoridad de cosa juzgada deban producirse oportunamente, por ello el Tribunal Constitucional indica que es preciso adoptar de “medidas oportunas”, donde encontramos sin duda a las medidas cautelares.

Así las cosas, el fundamento constitucional de las medidas cautelares está en

asumir que el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a la efectividad de las sentencias y ese derecho trasciende el derecho a la ejecución. No tendría sentido ni existiría la posibilidad de encontrar fundamento constitucional a las medidas cautelares si en el ordenamiento no se reconocería el derecho fundamental a la efectividad de las resoluciones judiciales¹³. Siendo así, mientras 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, ya que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se vale de las medidas cautelares para ser, eficaz; por lo tanto, estas tienen fundamento constitucional. Por tanto, 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 esa dirección 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”*. De ese modo, se ha dicho que: *“la potestad cautelar forma parte del derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial”*. 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”*. 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.

¹³ 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

1.1.2.4. El derecho constitucional a la tutela cautelar.

Chiovenda (1925), al enumerar las diversas categorías de “acciones”, se refiere a las *azionassi curative* (acciones aseguradoras), definiéndolas como “*acciones que tienden a la actuación de la ley mediante medidas cautelares o provisorias*”. En ese sentido, señala: “*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*”.

Posteriormente, Chiovenda establece en sus *Instituciones* “las características de la acción asegurativa como figura general” (Proto Pisani, 2003). 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*”. 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.

Por su parte, 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 strictainterpretationis*”. Entonces, para Calamandrei 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 *summariacognitio* y no por medio de una plena *cognitio*, el *“liberalismo garantístico propio del pensamiento de Calamandrei”*¹⁴, 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”*. A decir de Rapisarda, 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 pre constituidos al efecto, las medidas aseguradoras que mejor correspondan a las exigencias del caso concreto”*. Para Chiovenda, *“la duración del proceso, el tiempo necesario para la definición de la litis, no debe redundar en daño del derecho del actor”*; lo que determina que *“la sentencia debe reconocer el derecho como si eso ocurriese en el momento mismo de la sentencia judicial”*. 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. Empero, lo que preocupa a Calamandrei de esa situación, es que la resolución jurisdiccional que dispone una medida cautelar se dicta luego de una *cognición sumaria* (*summariacognitio*), 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

¹⁴ 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”*.

1.1.2.5. Contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo, ya que se encuentra integrado por una serie de derechos, sin los cuales el derecho a la tutela jurisdiccional carecería de contenido. Entre tales derechos se encuentran el derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho al juez natural, entre otros, donde ubicamos el derecho a la tutela cautelar. Chamorro (2009) 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”*. Así, no hay tutela jurisdiccional efectiva, 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 referir 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”*. Por tanto, podemos decir que el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental con el que cuenta todo ciudadano y que le permite solicitar y obtener del órgano jurisdiccional mediante un procedimiento sumario, el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse en el proceso que instaure. En función a ello tenemos algunas consecuencias importantes:

A. El derecho a la tutela cautelar es un derecho que tiene carácter fundamental. Si bien no existe 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 la Constitución Perua-

na 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”*. 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:

A.1. Tiene una doble naturaleza, ya que 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. 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 derecho¹⁵.

¹⁵ 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

A.2. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, siendo el Estado el primer llamado a respetar este derecho. 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. 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. 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. Asimismo, no puede el legislador regular procedimientos engorrosos, largos, cuyo trámite haga ilusoria la posibilidad de obtener una medida cautelar oportuna, es decir, a tiempo, de modo tal que por seguir el procedimiento creado por el legislador la tutela cautelar no llegue cuando tenía que llegar¹⁶. Pero el derecho fundamental a la tutela cautelar no solo le sirve de límite al

del Estado, como lo hacía Calamandrei, cuando señalaba que: “Las providencias cautelares, 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 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”.

¹⁶ Es lo que venía sucediendo en el Perú, con el engorroso trámite regulado por la Ley que regulaba los procesos de *habeas 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 antigua Ley que regulaba los procesos de *habeas 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, *habeas 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 reso-

ejercicio 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 (...)”. Esas posibilidades deben estar previstas por el legislador para la protección de “toda clase de derechos e intereses legítimos”. 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”.

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 138¹⁷ de la Constitución que tiene claro sustento en el artículo 51¹⁸ 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.

lución 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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”.

A.4. Cabe 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 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.

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, 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 la persona 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 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 sentenciase 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 el derecho a solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia. Téngase presente que las medidas cautelares son institutos que, 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 debe tener la posibilidad de solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares adecuadas, medidas cautelares que resulten instrumentos eficaces para garantizar el resultado de la sentencia. Nótese que cuando se habla de tutela cautelar, se hace 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. 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 XX¹⁹.

¹⁹ Partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias 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 anexar 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', tal como lo expresó Chiovenda.

F. La medida cautelar que se dicte debe ser oportuna²⁰. 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 estar no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud”. 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*)”.

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

²⁰“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”.

decisión que se vaya a adoptaren 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”. 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.

1.1.2.6. Límites al ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar.

Hablar sobre los límites de los derechos fundamentales es complejo; ya que, ello supone ingresar a un terreno delicado que no se enfrenta con la determinación de los límites de las bases mismas de un Estado constitucional. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que los derechos fundamentales son ilimitados, dicen que, 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*”. 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”. De esta manera, lo que esta postura sostiene es que el texto constitucional delimita el contenido de los derechos fundamentales, o sea, 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. 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.

Otro sector, sostiene que los derechos fundamentales, sí pueden ser limitados, 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. (Fernández Segado, 1995).

A. La cláusula del contenido esencial de los derechos.

Los derechos fundamentales tienen “un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso”, 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. Prieto (1990) señala “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”. 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 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.

B. 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”. 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:

B.1. La limitación de un derecho fundamental debe tener una finalidad constitucionalmente legítima.

B.2 La limitación del derecho fundamental debe ser adecuada e idónea para la consecución de aquella finalidad que le sirve de sustento.

B.3 La limitación del derecho fundamental debe presentarse como necesaria, es decir, es la consecuencia de no existir un mecanismo menos gravoso.

B.4 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, supone una limitación inconstitucional.

1.1.2.7. Límites al derecho fundamental a la tutela cautelar.

Todo lo que respecta 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. Tal afirmación, no es pacífica, ya que 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. Taruffo (2008) refiere 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”*. Luego, 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”*. Creemos que debería existir 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, de lo contrario supondría legitimar el ejercicio abusivo de los derechos procesales fundamentales. Asimismo, admitir que los derechos procesales fundamentales no puedan ser limitados implicaría 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. Además, 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 cautelares puede ser limitado, para ello debe cuidarse no traspasar su contenido esencial debiendo respetarse el criterio de proporcionalidad. En tal sentido, para establecer los límites del derecho a la tutela cautelar, se debe efectuar el análisis que se presenta a continuación:

A. En primer lugar, se debe valorar si el límite impuesto al derecho fundamental a la tutela cautelar tiene un fin constitucional legítimo, esto es la protección de un valor consagrado constitucionalmente, de no ser así la limitación no sería aceptable. Como ejemplo de la limitación constitucional al derecho en mención es la que aparece en el artículo 105 del Código Procesal Constitucional, cuando establece que: *“En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares”*. Al respecto, podemos decir que tal limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar encuentra justificación en el principio de presunción de constitucionalidad que tiene toda ley y, fundamentalmente, debido a que: *“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”* (Vecina Cifuentes, 1993).

B. Luego de identificada la finalidad de la limitación al derecho y verificada si ésta es constitucionalmente legítima, se debe analizar si la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es una limitación adecuada e idónea para lograr aquella finalidad. Si vemos que la limitación no es adecuada o idónea, no tiene justificación alguna y deviene en inconstitucional. En el ejemplo mencionado, si lo que se pretende es evitar la inseguridad que se produciría mediante una decisión jurisdiccional provisoria y variable que suspendan los efectos de una ley que se presume constitucional, la limitación de la

tutela cautelar resulta 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 Constitución²¹, desde el día siguiente de la fecha de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

C. Posteriormente, cuando ya se ha establecido que la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es adecuada para su finalidad, se procede a analizar si dicha tal limitación es necesaria para 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. Por ejemplo, en cuanto a la imposibilidad de que se dicten medidas cautelares de suspensión de una norma cuya constitucionalidad está siendo discutida en el Tribunal Constitucionales 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. Luego, 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, dado el ejemplo, habrá que evaluar 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, se deberá 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.

²¹“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”.

Cualquier limitación que haya sido realizada sin seguir con esos parámetros es una limitación inconstitucional.

1.1.3. Principio del contradictorio

1.1.3.1. Derecho de defensa.

Sobre este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional Peruano, ha precisado sus alcances señalando que: "(...) debe ser garantizado a lo largo de todo el proceso, sin el adecuado ejercicio de este derecho, no nos encontraríamos ante un proceso". Así, se le atribuye dos obligaciones: la primera en que toda persona debe estar informada adecuadamente de todas las imputaciones que la otra parte realiza, y la segunda, tener y comunicarse oportunamente con un defensor de su elección²².

Toda persona tiene derecho a ser informada inmediata y adecuadamente sobre las imputaciones que se le realiza, y no ser privado de los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Para de esta manera evitar entrar en un supuesto de indefensión. Como se dijo, llevar un proceso sin la protección de las garantías mínimas, en este caso la defensa oportuna, implicaría ir en contra del contenido del proceso justo. Carocca (1998), en ese mismo sentido señala que, el derecho a la defensa contiene dos perspectivas. Una positiva y otra negativa. La primera es la posibilidad de formular alegaciones y contradecir los argumentos de la parte contraria; la segunda, contiene la prohibición de la indefensión. El contenido del derecho de defensa involucra mucho más que tener la oportunidad de contradecir las alegaciones de la contraparte: es la posibilidad de formar parte del proceso y poder realizar todas las actua-

²² Respecto de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, tenemos: La Sentencia recaída en el expediente N° 1003-98-AA/TC: "el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés". La Sentencia dictada en el expediente N° 3026-2006-PHC/TC "El derecho fundamental de defensa está considerado como la fuerza motriz del proceso; como la garantía suprema que atiende a su esencia misma, pues sin él no estaremos ante un verdadero proceso, toda vez que, ante su ausencia, no habrá contradictorio, siendo este un atributo principal de las partes sujetas a proceso. De otro lado, este derecho tiene su origen en el precepto sustancial según el cual nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio". La Sentencia recaída en el expediente N° 04587-2009-PA/TC, se refiere a la obligación de los tribunales de justicia en asumir una eficaz y adecuada defensa sobre este derecho, argumentando "(...) Así, en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Que de la lectura de dicho artículo se desprende una doble obligación por parte de los órganos judiciales. La primera se plasma en la obligatoriedad de que toda persona sea informada inmediata, adecuadamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, así como de los fundamentos jurídico-fácticos por los cuales se le emite auto de enjuiciamiento y se le procesa. Solo de esta manera puede garantizarse que el acusado pueda estructurar y planificar su defensa en forma efectiva para poder afrontar el debate contradictorio. La segunda exigencia se plasma en el derecho de todo justiciable de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad, con lo que se garantiza que la persona tenga pleno conocimiento de los aspectos jurídicos que conforman el principio acusatorio y que pueda organizar eficiente y oportunamente su defensa".

ciones necesarias con el fin de influenciar en el juez. Al final, el demandado alega, argumenta, produce pruebas, anticipa la producción de las pruebas y considera sobre el resultado de la prueba para defender. En ese sentido, se puede decir que tener derecho a la defensa es tener derecho a participar del proceso para influenciar el convencimiento del juzgador, lo que significa que la ley y el juez no pueden prohibir al demandado de practicar actos que sean relevantes para la demostración de sus razones (Marinoni, 2015). En el mismo sentido, Priori Posada refiere el derecho de defensa involucra poder formular alegaciones y pruebas dentro del proceso, a preparar la defensa en un tiempo razonable y oportuno, que el juez resuelva respecto de lo cual las partes tuvieron la oportunidad de defenderse, y que la sentencia afecte a quién han intervenido dentro del proceso (Priori, 2003). Otro autor que le otorga igual contenido al derecho de defensa es Carocca quien precisa que: "Este derecho posibilita a intervenir a todos aquellos a quienes pueda afectar la sentencia, quienes podrán formular y probar sus alegaciones, contradecir, y que las alegaciones y pruebas sean valoradas en la sentencia" (Carocca, 1998). Estos autores coinciden en dar al derecho de defensa un contenido amplio, no sólo limitándolo al contradictorio, sino a otras garantías que son la base de este derecho, siendo una de ellas el poder aportar las pruebas pertinentes al proceso, y que las mismas sean valoradas por el juez; asimismo, obtener una sentencia motivada en derecho donde se encuentre plasmada todos los puntos controvertidos discutidos a lo largo del proceso.

Comoglio (2002), señala: "solo en un juicio que se desarrolla ante un órgano capaz de administrar justicia con imparcialidad e independencia tiene total sentido hablar de 'posibilidad de actuar' y 'inviolabilidad' de la defensa". Por tanto, este derecho implica que todo el proceso debe ser llevado con imparcialidad e independencia, siendo un papel importante la labor del juez. Nieva Fenoll sostiene que: "El contenido esencial del derecho de defensa es el derecho al libre acceso a los tribunales, derecho a formular alegaciones, derecho a la prueba, derecho a la contradicción, derecho a la igualdad de partes, derecho a la asistencia letrada, derecho a la motivación, derecho al recurso, derecho a la ejecución" (Nieva Fenoll, 2014).

1.1.3.2. Contenido del principio del contradictorio.

Debemos tener claro que el principio del contradictorio es parte del derecho fundamental a la defensa; se traduce como una manifestación del contenido y alcance de tal derecho, ya que no es posible hablar de debido proceso o de proceso justo sin el principio

del contradictorio. Según Satta: *“el principio del contradictorio es, en efecto, la expresión misma del juicio civil [...] porque la acción en la que se basa es esencialmente bilateral, esto es, postula una relación entre sujetos, y la exigencia de tutela en orden a esta relación. Del principio del contradictorio descienden como corolario todas las otras normas que caracterizan al proceso civil”* (citado en Carocca, 1998).

El principio de contradictorio ha atravesado dos etapas: la primera se denomina contradictorio en sentido débil, teniendo como característica principal a la exclusión del juez como destinatario; es decir, ver al contradictorio como una simple bilateralidad. A la segunda se le denomina contradictorio en sentido fuerte, donde el contradictorio surge como un verdadero derecho de influenciar en el proceso, para cumplir con dicho fin, el juez es incluido como destinatario del contradictorio (Cavani 2014).

Por su parte, Alfaro Valverde le otorga a este principio un contenido esencial: (a) derecho a recibir adecuada y tempestiva información; (b) derecho a defenderse activamente; y (c) derecho de influencia (Alfaro 2014:110). Respecto al primer derecho, cabe considerar que toda actuación iniciada por una parte debe ser de conocimiento de la otra. Ello implica, también, cualquier iniciativa por parte del juez, como, por ejemplo, la prueba de oficio o la inversión de la carga probatoria; es decir, este derecho protege a las partes de las llamadas “decisiones sorpresas”. Si las partes son notificadas²³ e informadas dentro de los plazos estipulados por cada normativa sobre las actuaciones que se realicen dentro del proceso podrán influir de manera directa en la decisión del juez. Solo así este derecho será preservado. Respecto al segundo derecho, nos encontramos ante “una carga procesal, y no una obligación procesal” (Alfaro, 2014). Con ello se quiere decir que no necesariamente las partes tengan que contradecirse, sino que en virtud de su conveniencia o estrategia podrán hacerlo. El derecho está latente y puede ser aplicado, en tanto que residirá en las partes si lo hacen o no. Nos encontramos ante un razonamiento cualitativo y no cuantitativo; es decir, defenderse activamente no implica –necesariamente- contradecir todo lo que la otra parte alegue o pruebe, sino tener la oportunidad y derecho de hacerlo. Darci Guimarães Ribeiro comenta al respecto “el referido principio se caracteriza por el hecho de que el Juez, teniendo el deber de ser imparcial,

²³ El emplazamiento no sólo implica que la información llegue a la otra parte, sino que se le otorgue el plazo razonable para desvirtuarla. Un ejemplo, lo podemos encontrar con Couture: “Un caso importante decidió hace ya mucho tiempo, el valor de una ley estadual de Texas que establecía un término de cinco días para que compareciera un demandado en Virginia. Según la propia sentencia se necesitaban cuatro días para trasladarse de un lugar a otro. Es ésta una situación clara de inconstitucionalidad de una ley procesal (Couture, 2010).

no puede juzgar la demanda sin que haya oído al actor y al demandado, es decir, deberá conceder a las partes la posibilidad de exponer sus razones, mediante la prueba y conforme a su derecho, pues, enseña Chiovenda: “Como quien reclama justicia, las partes deben colocarse en el proceso en absoluta paridad de condiciones”. Esto trae como consecuencia necesaria la igualdad de tratamiento entre las partes, en todo el curso del proceso, no limitándose solamente a la formación de la *litis contestatio*. Pero esa igualdad entre las partes, es decir de Couture, “no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa” (Ribeiro, 2010). Finalmente, el último derecho se relaciona con lo explicado en el presente capítulo. Nos encontramos ante un proceso donde las partes deben contar con todos los mecanismos procesales para influir en la decisión del juez. Esto significa tener al juzgador como destinatario de sus alegaciones y, por su parte, el juez tendrá el deber de colaborar con cada una de ellas.

1.2. Marco conceptual

1.2.1. Tutela jurisdiccional

La Tutela Jurisdiccional, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas. (Sánchez López, 2018).

1.2.2. El proceso

El vocablo proceso viene de pro (para adelante) y cédere (caer, caminar). Implica un desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica.

Fairen Guillén señala que "el proceso es el único medio pacífico e imparcial de resolver conflictos intersubjetivos". (Fairen, 1992).

Para Vescovi "el proceso es el conjunto de actos dirigidos a la resolución de un conflicto, y resulta, en último término, un instrumento para cumplir los objetivos del estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a éstos tutela jurídica". (Vescovi, 1999).

Por su parte Monroy Gálvez dice que el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por privados y públicos. (Monroy, 1996).

1.2.3. Tutela cautelar

La tutela cautelar es concebida como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional. Tiene por objetivo garantizarla eficacia práctica o utilidad social de las decisiones jurisdiccionales que reconocen los derechos de los ciudadanos. Pues, ante la ausencia de instrumentos que garanticen oportuna y eficazmente que, el reconocimiento que el Estado hace de un derecho vulnerado o discutido, pueda concretizarse o ejecutarse, las sentencias estimatorias serían, al momento de su dictado, meras declaraciones líricas que defraudarían las expectativas que razonablemente se habían cifrado en ellas.

La tutela cautelar es, junto a la *cognitio* y la *executio* una de las manifestaciones de la función jurisdiccional. En múltiples ocasiones la tutela jurisdiccional dejaría de ser efectiva si las partes no pudiesen obtener del juez algún tipo de medida que garantizase un eventual resultado favorable de la sentencia. Esta no dejaría de ser algo más que un mero papel sin posibilidad de realización efectiva. Este hecho pone de manifiesto la capital importancia de las medidas cautelares en el proceso civil. Actualmente, es innegable que la tutela cautelar tiene un claro fundamento constitucional. Por su importancia

para la efectividad de la jurisdicción se habla incluso de un derecho fundamental a la tutela cautelar. Y es así no tanto por su utilidad sino por su necesidad para la realización de la efectividad de la justicia ya que, las cautelares son un instrumento necesario de la jurisdicción (para garantizar su eficacia) y, en este sentido, forman parte de la función jurisdiccional, entendida como la oportuna y efectiva protección de los derechos. Por ello, junto a la función de declarar el derecho y ejecutar lo dicho, se incluye la de posibilitar que ambas actuaciones lleguen realmente a buen término a través de la función cautelar.

1.2.4. Principio de contradictorio

El principio contradictorio es la posibilidad que tienen las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda luego influir en la decisión final y como tal presupone la paridad de aquéllas (acusación y defensa) en el proceso: puede ser eficaz sólo si los contendientes tienen la misma fuerza o, al menos, los mismos poderes. Es la posibilidad de refutación de la contraprueba. Representa a su vez el derecho a la igualdad ante la ley procesal, de contar con las mismas armas para formar –con las mismas posibilidades- el convencimiento del juzgador.

El contradictorio asegura que la parte emplazada conozca en qué consiste la pretensión y los fundamentos que se demandan en un proceso por ejemplo de naturaleza civil a fin de preparar su defensa, aportar las pruebas que considere pertinentes, participar en las diversas etapas del proceso hasta la emisión de la sentencia definitiva.

1.2.5. Derecho de defensa

El derecho a la defensa es el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión. Es parte inseparable del concepto conocido como debido proceso.

El **derecho a la defensa**, es un componente central del debido proceso que determina y obliga al Estado a que trate al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (Véase Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 29 y, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 175, entre otros).

1.3. Antecedentes

A nivel nacional existen los siguientes estudios bibliográficos sobre el tema materia de investigación:

1. Acuña Gutiérrez (2017) elabora un trabajo de investigación titulado: "El principio del contradictorio en el proceso cautelar. Un análisis crítico de la aplicación de la regla inaudita altera parte en el código procesal civil peruano". En dicha investigación concluye principalmente que todo proceso lleva a asumir un respeto absoluto hacia la Constitución. En todo proceso se deben salvaguardar las garantías mínimas que esta norma consagra, una de estas garantías es el principio del contradictorio, el cual caracteriza transversalmente este tipo de proceso. No se puede considerar estar dentro de un proceso cooperativo, si en nuestro ordenamiento convalidamos o aceptamos las decisiones sorpresas, sin fundamento o urgencia que las respalde.
2. Alfaro Velarde (2011) realiza un ensayo crítico sobre el procedimiento cautelar en el Código Procesal Civil Peruano, bajo la denominación: "Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar-Bosquejo para una teoría cautelar equilibrada", donde concluye que el proceso cautelar se caracteriza por la inaudita altera parte, donde no existe armonía con la efectividad de la tutela jurisdiccional y el respeto al principio del contradictorio.
3. Ariano Deho (2003), reconocida jurista nacional, al abordar el problema del contradictorio en el procedimiento cautelar, concluye lo siguiente: "Que la tutela cautelar se obtenga, en nuestro sistema, en un proceso parecería insostenible si tenemos en cuenta que conforme al artículo 637 del CPC la medida cautelar siempre se concede (o rechaza) inaudita altera parte.



En todos estos casos se advierte que los autores realizan un acercamiento al tema sin agotarlo, ya que abordan las categorías jurídicas de manera aislada sin evaluar las dos categorías jurídicas que en la presente investigación sí realizamos.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Descripción del problema

La tutela jurisdiccional efectiva entendida como el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que alega está siendo vulnerada o amenazada, se materializa a través de un proceso dotado de las mínimas garantías que al finalizar tendrá como resultado la emisión de una resolución fundada en derecho con la posibilidad de ser ejecutada.

En ese panorama, surge como una institución de igual trascendencia que la tutela jurisdiccional, la tutela cautelar que también se ve materializa esta vez en el proceso cautelar y que tiene como fin garantizar la eficacia de los procesos, el resguardo de los bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, que por falta de custodia podrían frustrar la eficacia de la sentencia definitiva que se dicte.

Si bien es cierto la tutela cautelar no se encuentra prevista expresamente en la Constitución Política del Perú; no obstante, dada su trascendencia para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y neutralizar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye como una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3 de la norma constitucional.

Ahora bien, en el Perú el procedimiento para la obtención de la tutela cautelar en el proceso civil, se encuentra regulado en el título IV del Código Procesal Civil, siendo la norma concreta cuyo estudio abordamos en este trabajo, la contenida en el artículo 637°, que textualmente señala:

“La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida...”

Como vemos, el dictado de las medidas cautelares en los procesos civiles reconocidos por el Código Procesal Civil, observa el principio “*inaudita altera parte*”; es decir, se ha establecido como regla general y única que el procedimiento cautelar, se realice en “reserva” basado en una *summaria cognitio*, donde se posterga el ejercicio del derecho de defensa del demandado a un momento posterior al dictado y ejecución de la medida cautelar.

Frente a la tutela cautelar mencionada, tenemos el principio del contradictorio respecto del cual se ha dicho que debe estar garantizado a lo largo de todo el proceso pues toda persona tiene derecho a ser informada inmediata y adecuadamente sobre las imputaciones que se le realiza y no ser privado de los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Llevar un proceso sin la protección de las garantías mínimas implicaría ir en contra del contenido del proceso justo. En ese sentido, el principio del contradictorio forma parte del derecho fundamental a la defensa, es una manifestación del contenido y alcance de este derecho, es la expresión misma del juicio civil porque la acción en la que se basa es esencialmente bilateral, esto es, postula una relación entre sujetos y la exigencia de tutela en orden a esta relación. Este derecho tiene como contenido esencial, el derecho de recibir adecuada y tempestiva información, derecho a defenderse activamente y derecho de influencia, por tanto, protege a las partes de las llamadas decisiones sorpresa.

Se advierte que, el legislador peruano al diseñar normativamente el procedimiento

cautelar, en el marco del proceso civil, lo ha hecho considerando como única y exclusiva regla general (sin excepciones) que la “concesión o rechazo” de una determinada solicitud cautelar, se efectúe atendiendo únicamente a lo expuesto y/o probado por el sujeto activo de la medida, sin escuchar a la parte afectada, conforme se advierte del primer párrafo del artículo 637° del Código Procesal Civil, permitiendo recién hacer uso del derecho de contradicción y por ende el derecho (constitucional) de defensa, hasta después de emitirse la decisión cautelar mediante la figura de la oposición (segundo párrafo, artículo 637 del CPC). Sin embargo, al contrastar dicho planteamiento normativo con la realidad y la percepción que tienen los justiciables, estamos seguros que más de uno al enterarse que sus bienes o derechos son afectados mediante una medida cautelar, sin que previamente se le haya brindado la oportunidad de ser oídos, se habrá preguntado si este unilateral proceder ¿resulta ser justo?, ¿es necesario en todos los casos? O ¿si dicho procedimiento puede ser observado según cada caso en concreto? Tales interrogantes generan la necesidad de reflexionar sobre el abuso al que se puede llegar con el trámite previsto y que puede devenir en un conjunto de situaciones problemáticas que linden con la vulneración de derechos fundamentales.

Bajo estas premisas, la regulación del procedimiento cautelar en el artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano evidencia fricciones que surgen a partir de la confrontación del trámite establecido para el dictado y ejecución de las medidas cautelares como instrumento de la tutela cautelar y la tutela jurisdiccional efectiva y la garantía procesal del principio del contradictorio. Por lo que, se precisa analizar si esta ordenación normativa vulnera principios procesales básicos previstos implícitamente por el ordenamiento constitucional peruano e inclusive el ordenamiento supranacional, ello a fin de identificar un diseño normativo que equilibre razonablemente el derecho a la efectividad práctica de la tutela cautelar y la observancia del principio del contradictorio.

2.2. Definición del problema

2.2.1. Problema general

¿La tutela cautelar regulada por el artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano, vulnera el principio del contradictorio?

2.2.2. Problemas específicos

¿El trámite del proceso cautelar regulado por el Código Procesal Civil, bajo el precepto “inaudita altera parte” (sin oír a la otra parte) es un modelo procesal adecuado que cautela el principio del contradictorio?

¿El procedimiento cautelar diseñado para el proceso civil peruano, respecto a su ejecución sin conocimiento de la parte afectada (art. 637° del CPC 1er. Párrafo), debe ser aplicado como regla general para todos los casos?

2.3. Justificación de la investigación

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es de contenido complejo pues se integra de una serie de derechos, tales como el derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el derecho al juez natural y el derecho a la tutela cautelar, pues este derecho asegura el cumplimiento futuro de la sentencia que se dicte en el proceso pues de no ser así no se podría hablar de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. Por ello el proceso cautelar tiene como fin garantizar la eficacia de los procesos de conocimiento y ejecución, además de la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional (Ledesma, 2008).

Así, en lo que respecta a la tutela cautelar, más allá del debate doctrinal sobre su autonomía procesal, lo cierto es que, conforme a nuestra normativa, es concebida como un proceso autónomo (art. 635 del CPC), lo que significa que el procedimiento o trámite que reglamenta su desarrollo o desenvolvimiento, debe indefectiblemente sujetarse a los lineamientos generales del proceso cautelar. Solo de esta manera se podrá legitimar su existencia. (Ariano, 2003)

La finalidad de la tutela cautelar es más que asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (art. 608 del CPC) o evitar un perjuicio irreparable (art. 618 del CPC), se trata de lograr concretamente la efectividad de la tutela jurisdiccional; es decir, que se tutelen nuestros derechos de la manera más concreta, práctica y perceptible posible. Si esto es así, entonces acaso no es coherente y razonable que uno de los básicos principios que permite alcanzar dicha finalidad, como es el contradictorio y el derecho de defensa

(desde la perspectiva constitucional) sean respetados, ello importa que la dialéctica como presupuesto previo a toda decisión judicial, deba ser considerada en el proceso cautelar y, por ende, garantizada en la regulación de su procedimiento, esto último considerado como imperativo, en concordancia con la tutela jurisdiccional que se pretende finalmente obtener, pues no por tratarse de un juicio de verosimilitud y no de certeza se puede exigir la postergación del ejercicio del derecho de defensa del demandado ya que la limitación de los derechos fundamentales debe ser proporcional y en la medida necesaria para que uno de ellos sea ilegítimamente perjudicado, para ello creemos que es necesario analizar los casos en los cuales 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, labor que como sabemos corresponde al Juzgador.

Es preciso traer a colación lo señalado por Ariano Deho, cuando afirma que el tema de si el cautelar es mero procedimiento o proceso es de capital importancia puesto que, no hay tutela jurisdiccional posible (ni cautelar ni de fondo) sin proceso, y para que exista proceso se requiere de un efectivo contradictorio. En esa línea argumentativa, la presente investigación aborda el tema de la tutela cautelar y el principio del contradictorio, desde una perspectiva teórica-dogmática bajo el análisis de la normatividad vigente, la revisión de la doctrina y jurisprudencia que al respecto se tienen tanto a nivel nacional como en la legislación comparada, lo que nos permite verificar si el procedimiento cautelar establecido por el Código Procesal Civil, más allá de reconocer a la tutela cautelar como parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconoce también al principio del contradictorio como derecho fundamental y como tal lo incluye dentro del proceso al momento de dictar y ejecutar la medida cautelar; y, si esto no es así, corresponde analizar de qué manera la regulación vigente viene generando una confrontación de dos derechos/principios fundamentales en la administración de justicia. Con base a ello, aportamos nuestras conclusiones y recomendaciones, a efecto de que puedan implementarse en corto y mediano plazo.

2.4. Objetivos de la investigación

2.4.1. Objetivo general

Analizar si el procedimiento de tutela cautelar en el proceso civil peruano, vulnera el

principio del contradictorio.

2.4.2. Objetivos específicos

1. Analizar el trámite cautelar bajo el precepto “inaudita altera parte”, si este es un modelo procesal adecuado para la cautela el principio del contradictorio del afectado con la medida cautelar.
2. Determinar si el procedimiento cautelar diseñado para el proceso civil peruano, respecto a su ejecución sin conocimiento de la parte afectada, debe ser aplicado como regla general para todos los casos.
3. Analizar la interpretación que se aplica en los procesos cautelares, según el artículo 637° del Código Procesal Civil.

2.5. Hipótesis y unidades de investigación

Debemos tener en cuenta que no obstante tratarse de una investigación de carácter cualitativo, revisada la bibliografía de la investigación jurídica, se plantean hipótesis a fin de orientar el sentido de la investigación conforme a los objetivos propuestos.

2.5.1. Hipótesis general

La tutela cautelar regulada por el Código Procesal Civil Peruano, vulnera el principio al contradictorio.

2.5.2. Hipótesis específicas

1. El trámite cautelar bajo el precepto “inaudita altera parte” es un modelo procesal que vulnera el principio del contradictorio.
2. El procedimiento cautelar diseñado para el proceso civil peruano, para su admisión y ejecución sin conocimiento de la parte afectada, establecido por el artículo 637 del Código Procesal Civil, debe ser aplicado como regla general para todos los casos.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

La investigación es de carácter **teórica o básica**, puesto que busca el conocimiento puro por medio de la recolección de datos. No se contrasta con ningún aspecto práctico. Tiene por finalidad formular nuevas teorías o modificar las existentes, y a la vez incrementar los conocimientos ya existentes en este caso respecto de la tutela cautelar y el principio del contradictorio. En ese sentido, se inscribe dentro de la investigación cualitativa.

Asimismo, de acuerdo a su **naturaleza** es una investigación de **contenido** puesto que se trata de un proceso de búsqueda de información sobre el problema de investigación en las fuentes bibliográficas que permiten analizar los contenidos de las teorías, conceptos, definiciones, características, cualidades, etc., que se han desarrollado sobre el tema de investigación. Por otro lado, se revisará la información contenida en el ordenamiento normativo (códigos, leyes, reglamentos, etc.) de diferentes países, de modo tal que se permita generar nuevas teorías.

3.2. Diseño de investigación

Se trata de una investigación **jurídico-dogmática** al concebir el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con las categorías jurídicas materia de estudio, donde su objeto se constituye por las fuentes formales, en este caso se recurre a las fuentes teóricas y las leyes que conforman el ordenamiento jurídico respecto del tema de investigación.

El esquema que se presenta es:

$FE \rightarrow TC \rightarrow PC$

Donde:

FE = Fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales de la tutela cautelar y del principio del contradictorio.

TC = Tutela cautelar

PC = Principio de contradictorio

3.3. Objeto de investigación

En la presente investigación, el objeto viene a ser la *tutela cautelar* y el *principio de contradictorio* en el Código Procesal Civil Peruano, de manera que se ha recurrido a la revisión de la bibliografía y de los documentos que existen sobre los temas, así como la revisión de la normatividad y jurisprudencia correspondientes.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para el estudio ha sido empleada la técnica del análisis de contenido, la misma que se basa en la interpretación de textos, ya sean escritos, orales, u otra forma diferente que permitan el registro de datos y su transcripción si fueron verbales. Para ello, recurrimos a la lectura (textual o visual), utilizando como instrumento la ficha de análisis. (ANEXO 01).

3.5. Procedimiento de investigación

3.5.1. En primer lugar, se ha identificado las fuentes bibliográficas, normas nacionales (Constitución Política, Códigos, Leyes, Reglamentos, etc.) y normas internacionales sobre los temas materia de investigación.

3.5.2. Luego, se procedió al análisis y registro de la información bibliográfica y normativa de las fuentes seleccionadas en las fichas de información para su análisis de acuerdo al problema abordado en la presente investigación, así como los objetivos e hipótesis planteados.

3.5.3. Finalmente, se realizó la clasificación de la información recabada conforme a las unidades de investigación.



3.6. Procesamiento de datos

3.6.1. Determinación de los criterios para la interpretación y análisis de la información recolectada, para esto se ha tenido en consideración el problema de investigación y los objetivos formulados.

3.6.2. Se procedió con el análisis e interpretación de la información recolectada sobre la tutela cautelar, abordando sus conceptos, definiciones, naturaleza jurídica, características, alcances normativos, etc., ello conforme a la matriz de consistencia de la investigación y los objetivos propuestos.

3.6.3. Se procedió de igual manera con el análisis e interpretación de la información recolectada sobre el principio de contradictorio, abordando sus conceptos, definiciones, naturaleza jurídica, características, alcances normativos, etc., ello conforme a la matriz de consistencia de la investigación y los objetivos propuestos.

3.6.4. Se realizó el análisis e interpretación de manera articulada se los ejes de la investigación en torno a la tutela cautelar y el principio del contradictorio, estableciendo la relación existente con los objetivos e hipótesis planteadas, y de este modo arribar a las conclusiones respectivas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Unidad de investigación: la tutela cautelar regulada en el Código Procesal Civil Peruano

4.1.1 El derecho fundamental a la tutela cautelar y el derecho fundamental a la defensa

Como dijimos, el derecho fundamental a la tutela cautelar encuentra sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por tanto, consiste en el derecho a solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares cuya finalidad sea garantizar la efectividad de una sentencia. Para tal efecto, es necesario que la solicitud de la medida cautelar sea resuelta en un plazo breve, ya que de no ser así la protección que busca resultaría inútil e inoportuna. Por tal motivo, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado a dictar una resolución en base a una cognición superficial, que se basa en un juicio de verosimilitud mas no de certeza, pues esta última será materia de la sentencia.

En ese escenario surgen como preguntas tales como: "*¿el hecho que para el dictado de una medida cautelar se requiera un trámite expeditivo basado en una summariacognitio exige necesariamente la postergación del ejercicio del derecho de defensa del demandado a un momento posterior al dictado y ejecución de la medida cautelar?*"

Al respecto, de acuerdo al análisis teórico realizado, consideramos que la limitación de los derechos fundamentales, debe ser proporcional y en la medida necesaria para que uno de ellos no sea ilegítimamente perjudicado. Es por ello que, a fin de determinar la relación entre los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela cautelar, se 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?".

Consideramos que tal supuesto debe ocurrir solo en los supuestos siguientes: i) Aquellos casos en que exista una situación de urgencia que haga imposible esperar el tiempo necesario para que la contraparte ejerza su derecho de defensa o, ii) Aquellos casos donde el ejercicio del derecho de defensa del afectado, generaría una situación de irreparabilidad en el derecho material del demandante y con ello una afectación a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Ningún otro supuesto, puede determinar que el ejercicio del derecho de defensa del demandado genere un riesgo para la efectividad de la tutela jurisdiccional del demandante, por lo que solo en esos casos se justificaría 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.

Sobre este punto, tenemos lo regulado en los ordenamientos procesales comparados tales como: La Ley de Enjuiciamiento Civil Española - artículo 733²⁴. Esta norma 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.

²⁴Artículo 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".

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.

Adicionalmente, cabe referir que la situación en la que se encuentra el demandado ante el dictado de una medida cautelar es aún más gravosa si tenemos en cuenta que de conformidad con lo establecido por el artículo 637 del Código Procesal Civil²⁵ 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. En ese panorama, surge la interrogante: ¿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?, evidentemente se advierte una vulneración de otro derecho fundamental que forma parte del debido proceso, puesto que el mandato de la Constitución es claro al establecer que

²⁵ “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 peticionario 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”.

en todos los procesos debe existir, al menos, dos instancias; es decir, el debate de los 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”, como medio de introducción de sus argumentos de defensa en el proceso cautelar, por lo que esa ha sido la primera oportunidad que el demandado ha tenido para ejercer sus derecho de defensa incorporando al proceso sus argumentos de defensa. 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.

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 parte*. ¿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? Así las cosas, se advierte que el trámite previsto es vulnera también la igualdad procesal de las partes, puesto que 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.

La deficiencia incurrida en el texto del artículo 637° del Código Procesal Civil, en cuanto al medio a través del cual el demandado incorpora sus argumentos de defensa en el proceso sea el recurso de apelación, podría subsanarse en el sentido de que en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico 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, 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.

4.1.2. La tutela cautelar y las resoluciones que resuelven no conceder la medida solicitada

El derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental de todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse, no quiere decir, que cada vez que el que pretende algo en el proceso solicite una medida cautelar, el juez se encuentre obligado a darla; 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. (Vecina Cifuentes, 1993).

No obstante, existen casos en los cuales, si el juez no concede una medida cautelar, se puede generar una afectación al derecho fundamental a la tutela cautelar, así tenemos:

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 verosímelmente, que además se ha demostrado que existe un peligro en la demora de proceso; y, que la medida cautelar solicitada es 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. 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 esos supuestos, podemos encontrar los 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.

Aquí, la denegatoria de la tutela cautelar por parte del juzgador no constituiría una lesión al derecho fundamental a la tutela cautelar. Pero, es importante señalar 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, 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 poderes²⁶; ello siempre y cuando aquello que se le somete al órgano jurisdiccional no es un asunto que, de acuerdo a la Constitución, es objeto de control por parte del Poder Judicial, 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, 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 fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la categoría del abuso del derecho es

²⁶Como 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 Política del Perú.

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”.

De esta manera, para poder hablar de abuso de un remedio procesal es preciso que se presenten dos condiciones: i) que exista la intención de perseguir objetivos perjudiciales y dañosos para alguien (la contraparte o un tercero) y, ii) que estas consecuencias negativas se verifiquen en la esfera del sujeto a quien se ha querido perjudicar. (Monroy Palacios, 2002). 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 juez considera que la medida cautelar solicitada genera un grado de afectación excesivo para la finalidad que se quiere lograr, podrá denegar la medida cautelar solicitada, y, de acuerdo al requisito de adecuación, dictará la medida cautelar que considere adecuada para garantizarla efectividad de la sentencia sin generar una situación de excesivo e injustificado gravamen para el demandado.

B. Si como consecuencia de la denegatoria de la medida cautelar se produce un daño irreparable a la situación jurídica material planteada en el proceso; y, la sentencia a dictarse se convierte en inútil. Esto se produce cuando a consecuencia de la denegatoria de una medida cautelar se dan situaciones irreversibles. Precisamos en este punto que estas situaciones irreversibles, aluden 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 jurídico 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. (Sentencia 1230-2002/HC).

C. Cuando la denegatoria de la medida cautelar se hace mediante una resolución inmotivada o no razonable se lesiona el derecho fundamental a la tutela cautelar. Debemos tener en cuenta que el juzgador al denegar una medida cautelar está en la obligación de señalar de manera expresa las razones que determinan que, en el caso concreto, no se conceda la medida solicitada, 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 tal motivación debe estar referida al caso concreto, y no debe ser una motivación realizada en abstracto.

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

Si el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental, es evidente que cualquier situación que la lesione puede ser removida a través de un proceso de amparo, ya que no se puede reconocer un derecho como fundamental si no se puede solicitar protección jurisdiccional ante cualquier lesión o amenaza de lesión; lo cual es un mandato 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)”*.

4.1.4. Las medidas cautelares en el código procesal civil peruano

Calamandrei con su obra "*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*" ha ejercido influencia decisiva en la estructura del Título IV del Código Procesal Civil Peruano. El autor otorgó las características de: "*i) variabilidad, ii) provisionalidad e iii) instrumentalidad de las medidas cautelares*" (Calamandrei, 1945), siendo la instrumentalidad el rasgo preponderante en estas medidas.²⁷ Según el autor todas las medidas cautelares deberían contener este rasgo típico, es decir las medidas cautelares eran el "*instrumento del instrumento*"²⁸. Se desprende de su obra, la división de las providencias cautelares en cuatro especies: "*i) instructoras anticipadas (buscan anticipar medios probatorios), ii) las de carácter asegurativo, iii) las que buscan la decisión del fondo de manera anticipada, iv) aquellas que ordenan al peticionante de la medida una caución con la finalidad de proteger al afectado una vez que la medida haya sido dejada sin efecto*" (Monroy, 1987).

La posición de Calamandrei se ve materializada en el artículo 612°²⁹ del Código Procesal Civil, ya que establece las características de las medidas cautelares, esto es que: son provisorias, instrumentales, variables y que implican un prejuzgamiento. El mencionado artículo, conjuntamente con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 608°³⁰ del mismo Código, denotan una falta de diferenciación entre la tutela cautelar y la tutela anticipada³¹ desde el punto de vista de las características de cada una de ellas y de su finalidad, diferenciación que es necesaria para determinar cuándo es imprescindible un *contradictorio previo*, y cuándo resulta justificado emplear uno *diferido*, a la luz del

²⁷“Estas consideraciones permiten alcanzar la que, en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente pre ordenadas 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 afrontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como ha dicho otros, de subsidiaridad, 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 ejecutivo.

²⁸“Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares, se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo al cuadrado; son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la resolución definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.

²⁹Artículo 612.- Características de la medida cautelar. Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisorio, instrumental y variable.

³⁰Artículo 608.- Juez competente, oportunidad y finalidad. [...] La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

³¹El profesor Monroy Gálvez fue uno de los juristas que tuvo a su cargo la elaboración de este capítulo; en su definición de medida cautelar, incluye, también, el fin de las medidas anticipadas. Así tenemos: “Por nuestra parte, consideramos que la medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba”. “La medida cautelar es, en principio, una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo, o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas”.

derecho fundamental al contradictorio.

4.1.5. Tutela cautelar y tutela anticipada

La búsqueda de satisfacción del derecho material se puede hacer efectiva ya sea mediante la tutela cautelar, así como de la tutela anticipada. *La tutela cautelar* es una de carácter asegurativo y tiene como fin asegurar y garantizar la eficacia de la tutela definitiva. Como ejemplo se tienen los procesos sobre obligación de dar suma dinero, donde el demandante puede asegurar el pago de la deuda a través de un embargo preventivo en los bienes del deudor. De esta manera se logra garantizar que luego de concluido el proceso con sentencia favorable, el derecho material del demandante pueda verse satisfecho plenamente. Como vemos en este caso, el grado de intervención de la medida es uno “leve”, siendo suficiente la simple verosimilitud³². Otra característica de esta tutela es su instrumentalidad, al ser instrumento de la tutela satisfactiva. El Tribunal Constitucional, al respecto ha señalado el rasgo típico de la instrumentalidad, y cómo la misma asegura la eficacia y efectividad del derecho material³³.

Por su parte, la *tutela anticipada* viene a ser aquella que anticipa los efectos de la tutela definitiva. En este caso el grado de verosimilitud con el que es concedida esta clase de medida es de carácter “fuerte”, dada la afectación intensa en la esfera patrimonial o personal del demandado. La tutela anticipada, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización –y no su seguridad- frente a la cognición sumaria o verosimilitud. La tutela anticipatoria, tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que es sobrecargada en verosimilitud y, por eso, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en cognición sumaria. (Marinoni, 2016). Es una tutela de características satisfactivas por la cual el demandante obtendrá la realización del derecho material objeto de discusión de forma provisional. En este caso tenemos como ejemplo la anticipación de la pensión de alimentos (asignación anticipada), donde el aspecto fundamental es que el menor alimentista no debe ni puede afrontar las cargas del tiempo que dure el proceso principal. Siendo así, las diferencias son evidentes, pues

³²En el mismo sentido, Pérez Ragoné señala “la medida cautelar es una especie de las denominadas tutelas de urgencia, que puede ser conceptuada como la tutela accesoria e instrumental que, fundada en cognición de probabilidad, tiende a amparar –cautelar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura. Las medidas cautelares han de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional donde la tutela del derecho debe limitarse a una forma de protección menor o diferente en relación a la satisfacción correspondiente teniendo un objeto constitutivo o condenatorio” (Pérez Ragoné 2013: 103).

³³Sentencia recaída en el expediente N° 00023.2005-AI/TC. Fundamento 38.

por un lado se tiene una medida asegurativa y por otra una satisfactiva. En el mismo sentido, Pérez Ragone señala: *“la medida cautelar es una especie de las denominadas tutelas de urgencia, que puede ser conceptualizada como la tutela accesoria e instrumental que, fundada en cognición de probabilidad, tiende a amparar –cautelar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura. Las medidas cautelares han de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional donde la tutela del derecho debe limitarse a una forma de protección menor o diferente en relación a la satisfacción correspondiente teniendo un objeto constitutivo o condenatorio”*. (Pérez Ragone, 2013).

Por tanto, la tutela anticipada efectiviza/satisface para asegurar, en tanto que la tutela cautelar asegura para efectivizar/satisfacer” (Didier Júnior, 2010). En el Perú, autores como Cavani, Martel Chang y Hurtado Reyes³⁴, han señalado la existencia de la tutela anticipatoria, en tanto que otros como Ariano y Priori³⁵ han evitado referirse al tema puesto que consideran que la anticipación de tutela, y, por ende, la satisfacción del derecho, forman parte de la tutela cautelar; sin embargo, creemos que es importante establecer las diferencias para tener en cuenta el grado de intervención que se ejerce en la esfera personal o patrimonial del demandado, pues es diferente en una y otra tutela.

4.1.6. Tutela cautelar y tutela anticipada en el código procesal civil peruano

El Código Procesal Civil en su artículo 637° establece el ejercicio del contradictorio cuando se dicta una medida cautelar. Se tiene el siguiente procedimiento.

1. La solicitud cautelar se concede o rechaza sin conocimiento de la otra parte (*Aplicación de la regla inaudita altera parte*).

³⁴Estos tres autores realizan un estudio respecto a la importancia de la diferenciación entre la tutela cautelar y anticipada. Cavani sostiene la importancia de la diferenciación, realizando una comparación con el Código Procesal Brasileiro. En: ¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú. Gaceta Civil y Procesal Civil. N° 3. Set. 2013. En el mismo sentido, Hurtado Reyes (Tutela jurisdiccional diferenciada) como Martel Chang (Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil), realizan un estudio sobre ambas tutelas. Ambos autores coinciden en señalar de que nos encontramos ante figuras distintas, por ende, el Código Procesal Civil Peruano se equivoca en darle igual regulación, a pesar de tener efectos distintos. La doctrina argentina, también, ha desarrollado esta diferenciación. Así autores como Abraham Luis Vargas realizan la siguiente tripartición: tutela urgente satisfactiva autónoma, tutela satisfactiva interinal y tutela cautelar propiamente dicha. Asimismo, autores como Claudia Cava y María Carolina Eguren. En: Naturaleza Jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes. O Carlos Alberto Carbone. En: La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes.

³⁵Ariano sostiene que asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (artículo 608 del CPC) y asegurar la ejecución de la sentencia definitiva (artículo 618 del CPC) son idénticos, definiendo la tutela cautelar como aquella que hace posible que la tutela jurisdiccional se efectivice neutralizando los peligros derivados de la duración del proceso-instrumento de tutela. En el mismo sentido, Ariano realiza una crítica a esta diferenciación en su artículo “Algunas reflexiones sobre la denominada tutela anticipatoria y sobre las medidas de satisfacción inmediata”.

Asimismo, Ortells Ramos –jurista español- señala como clases de efectos de las medidas cautelares: efecto de aseguramiento, y efecto de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio. Sin realizar alguna diferenciación doctrinaria con las medidas anticipadas.

2. Una vez dictada la medida cautelar la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contado desde la toma de conocimiento de la resolución cautelar. La oposición no suspende la ejecución de la medida.

3. En este punto se advierten diferentes problemas, que no solo se centran en la supresión de la regla del contradictorio diferido, sino también en encontrar uniformidad constitucional en la regulación de las medidas cautelares del Código Procesal Civil. Así, se aprecia que se consigna el término “dictar” que es distinto al término “ejecutar”: puesto que el primero surge luego de que el juez haya evaluado los presupuestos de la medida cautelar y decide concederla, en tanto que el segundo implica desarrollar en la práctica lo emanado por la medida con la finalidad de proteger el derecho material. Es decir, un juez podría dictar la medida, notificar a la otra parte la resolución, y luego ejecutar la medida. Por otra parte, la norma señala “*desde que toma conocimiento*”, y no “*desde que es notificado*”. Asimismo, se tiene otro tema que debe verificarse, es si el afectado con la medida puede dejar de lado la oposición, y apelar de forma directa, lo cual no deja claro la norma, pero cautelando el derecho a la doble instancia debemos entender que no es posible acudir directamente con el recurso de apelación, ya que se restringe el derecho de acudir a una segunda instancia a la otra parte en caso que la medida cautelar sea revocada y también porque limita el contradictorio a la parte afectada con la medida, pues se evitaría el contradictorio diferido estipulado en la propia norma, siendo que la controversia estaría sería resuelta por un juez distinto al que dictó la misma (Priori 2011).³⁶

4. Respecto a la resolución que resuelve la oposición según la norma procesal es apelable sin efecto suspensivo; sin embargo, sobre este tema se tienen opiniones contrarias, tales como las que se asumieron en el Pleno Nacional Civil y Procesal Civil realizado por el Poder Judicial en el año 2015, donde se decidió que en el supuesto que el juez de primera instancia no conceda la medida cautelar, la parte apele, y la Sala Superior revoque, es esta quien debe conceder la medida cautelar en virtud al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y urgente. Sin embargo, creemos que tal posición resulta ilógica ya que es el juez quién pro mandato legal debe ejecutar la medida de acuerdo a lo que señale el Superior. No obstante, el asunto podría ser solucionado si se tratara de un supuesto de contradictorio previo, ya que las partes podrían discutir ante el juez sus fundamentos en pro y en contra, y si la medida es denegada la Sala con los fundamentos y pruebas de ambas partes podría decidir de una forma más consciente y plena respecto a la controversia, dictando y ejecutando la respectiva medida, dado que ambas partes ya fueron escuchadas.

³⁶Opinión distinta tiene Martel Chang, ya que señala que el juez de primera instancia si debe conceder el recurso de apelación, y la segunda sala no podría declarar nulo el concesorio en virtud al derecho de defensa, el debido proceso y el principio constitucional a la pluralidad de instancias (Martel, 2011).

Martel Chang, identifica otro de los inconvenientes que tienen que ver con los casos donde la oposición es declarada fundada, dejando sin efecto la medida cautelar, y esta ya se hubiese sido ejecutada, evidentemente tendría que dejarse sin efecto, ya que la apelación no podrá suspender la nueva decisión. Pero, en el caso que la apelación revoque la resolución que declaró fundada la oposición, tendría que volverse a ejecutar la medida, con el riesgo de ineficacia en búsqueda de la protección del derecho material (Martel 2011). En este supuesto habría menos dificultades si se aplicaría el supuesto de contradictorio previo, de manera que de lo que se trata no es de cambiar la regla en el contradictorio para mejorar el sistema cautelar civil, sino tener un cambio estructural a todo el libro que regula las medidas cautelares.

4.2. Unidad de estudio: principio del contradictorio en el proceso cautelar regulado por el Código Procesal Civil Peruano

4.2.1. Prohibición de las decisiones sorpresa - contradictorio previo y contradictorio diferido

Tal como verificamos al analizar la anterior unidad de estudio, creemos que para otorgar tutela anticipada es necesaria una alta probabilidad de que la pretensión del solicitante pueda ser estimada en la sentencia final. En cambio, en la tutela cautelar ocurre lo contrario por cuanto sólo será suficiente cumplir con el supuesto de verosimilitud del derecho para que sea otorgada.

En ese orden de cosas, podemos hablar del *contradictorio previo*³⁷ cuyo primer aspecto para determinar su importancia: se trata del *grado de intervención en la esfera jurídica del afectado con la medida*. El segundo punto a considerar es qué tan urgente es la medida que se está solicitando, es decir verificar si una medida cautelar o anticipada es siempre urgente o no³⁸. Establecer tal urgencia está sujeta a cada caso concreto, tomamos como ejemplo: "Alexander" realiza varios trabajos de ingeniería en favor de la

³⁷Este grado de intervención es explicado ágilmente por Ledesma: "Esta situación, que genera una casi permanencia de la medida anticipada, lleva a plantear la oportunidad en la que debe ser otorgada esta medida. Para algunos autores es suficiente con la información de la demanda y prueba aportada por el solicitante en su demanda, en cambio, la tendencia en la doctrina es otorgar esta medida luego de contestada la demanda o vencido el plazo para hacerla, pues en ese escenario el juez tendría mayores elementos para construir la casi certeza del derecho, cuyos efectos se busca alcanzar anteladamente. Nuestra legislación se ubica en la primera postura, pues para conceder la medida temporal sobre el fondo no se requiere que se haya agotado la fase de contestación de la demanda, aún sin esta perfectamente procedería al estudio de los elementos de la medida anticipatoria, a lo que hay que agregar el *inaudita pars*, lo que al final va a generar que el juez resuelva una tutela de fondo, sin tener los elementos de ambas partes, pues solo dictará la medida con la información unilateral que le proporciona la parte actora. Esa aparente restricción a las garantías del afectado con la medida se justifica en aras de la efectividad de la tutela, sin embargo, esta no es una posición pacífica [...]" (Ledesma, 2016).

³⁸Debemos recalcar que este análisis de urgencia está restringido, únicamente, al momento de analizar si se debe no diferir el contradictorio.

empresa Sol Perú SAC, luego de concluidos los trabajos, la empresa niega pagarle la totalidad de lo acordado en el contrato suscrito. “Alexander” procede a interponer una demanda solicitando el pago de la deuda y solicita se traben una medida cautelar para asegurar su acreencia. En este caso: ¿es tan urgente el proceso que la satisfacción de su derecho pueda verse perjudicado? ¿se debería analizar quién es la persona demandada? ¿Qué repercusiones negativas existirían con el peticionante de la medida si antes de dictar la medida cautelar se le notifica los actuados al demandado?³⁹

³⁹Priori Posada se realiza otras preguntas del por qué diferir el contradictorio en todos los supuestos deviene en irracional y desproporcional: “Quizá, el tema pase por establecer el verdadero alcance del peligro en la demora. Si la pensamos en este como un evento que inminente, irremediable, imperativa e inmediatamente está por producirse, quizá la posición que encuentra en el peligro en la demora su respuesta nos satisfaga; pero, inmediatamente nos deberíamos preguntar ¿es qué acaso solo esas situaciones configuran peligro en la demora? ¿es qué acaso debemos decirle a quien lleva una pretensión al proceso que debe esperar estar en una situación dramática para pedir una medida cautelar sino hasta esperar que la inminencia de la realización de ese evento esté tan cerca al momento de pedir una medida cautelar, que entonces ante esa cercanía entre el pedido de la tutela cautelar y el evento que se teme se produzca, justifique todo el sistema diseñado por el legislador en el que se restringe el derecho a la defensa del afectado? No podemos pedirle a quien lleva una pretensión al proceso que juegue de esa manera con el tiempo del proceso, ni mucho menos con la efectividad de la sentencia a dictarse, ello sería demasiado riesgo. Sería someter al derecho a la tutela jurisdiccional a una especie de ruleta rusa. [...] No dudamos que en el proceso se pueden presentar esas situaciones dramáticas, pero no creemos que se deba esperar a ellas para poder pedir tutela cautelar. Existe un momento previo al dramatismo y muy lejano al de la precocidad para poder pedir tutela cautelar y, en esos casos, no se haría necesaria la restricción de la defensa (Priori, 2011). En el mismo sentido, Ariano señala que el contradictorio diferido sólo debe producirse ante circunstancias realmente justificadas, ya que hacer lo contrario implicaría continuar con los abusos que se comenten dentro del proceso (Ariano, 2014).

En el ejemplo, se debe analizar las características de la demandada, se trata de una empresa-persona jurídica- debidamente constituida, verificar su trayectoria y sostenimiento en el mercado, el número de trabajadores que acoge, los capitales con los que cuenta, etc., ello permitirá comprender que lo adeudado a Alexander no representar un peligro grave; y, por consiguiente, no cabe pensar que no comunicar el traslado a la demandada cautelar sea un requisito fundamental para asegurar su pretensión. Por el contrario, si se promueve el contradictorio permitiría resolver la controversia con mayor rapidez por cuanto el juez en un solo acto podrá determinar si la medida procede o no sin afectar la satisfacción del derecho material o ponerla en peligro.

Estos aspectos deben ser analizados de manera indispensable en cada caso a fin de determinar cuándo *el contradictorio puede ser diferido* y, cuándo *debe ser previo*, ya que la urgencia de la solicitud de la medida cautelar o el grado de intervención de la medida pueden determinar si está justificado postergar o no el contradictorio.

La prohibición de las decisiones sorpresa, implica la preponderancia del derecho a recibir una adecuada y tempestiva información. Esta información como regla general debe ser recibida antes de que el juez decida. El juez deberá escuchar a las partes, en un primer momento. Esto como dijimos se denomina contradictorio previo. Sin embargo, existen supuestos donde se requiere un pronunciamiento rápido, de cognición sumaria o por un supuesto de economía procesal, ya que está en juego la adecuada tutela del derecho material de una de las partes, y sólo se escuchará a una de las partes, limitando por tanto el actuar probatorio de la otra parte para ese momento. A ello se denomina *contradictorio diferido*. Y por último, tenemos el contradictorio eventual, aquel que se concreta en otro proceso⁴⁰. (Cavani, 2014). Será en los supuestos del contradictorio previo donde se materialice la prohibición de las decisiones sorpresa. Camilo Zufelato define este tipo de decisiones de la siguiente manera:

“La prohibición de la decisión sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de

⁴⁰ Un ejemplo del contradictorio eventual lo podemos encontrar en el artículo 605° del Código Procesal Civil: “El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar. El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. [...]”.

conocimiento de oficio – las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes-. En otras palabras, la prohibición de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, celeridad y efectiva, y participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes. (Zufelato, 2017).

Si tomamos como ejemplo la legislación brasileña podemos identificar un artículo donde se prohíbe de forma expresa este tipo de decisiones, así el artículo 10° del CPC de 2015 indica:

Artículo 10.- El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.

Sobre la necesidad de que exista en nuestro ordenamiento procesal una norma como la referida, consideramos que no⁴¹, bastaría con entender las implicancias constitucionales del proceso, y las normas que lo contienen para poder saber que tomar una decisión sin antes escuchar a las partes conllevaría a una flagrante vulneración al derecho de la parte afectada. Con mayor razón, si nuestra Constitución contiene el siguiente artículo: “*el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Tal principio es suficiente para entender que, en un Estado como el peruano, no se puede admitir una decisión que no haya sido debatida por las partes y el juez.

4.2.2. Influencia del principio del contradictorio en el proceso cautelar

El proceso cautelar no escapa del modelo de un proceso de naturaleza cooperativa, donde el principio del contradictorio sirve como enlace entre las partes y el juez, en ese modelo las partes buscan influenciar en la decisión del juzgador, y el juez busca llegar a una solución justa a través de la colaboración de las partes. En el proceso cautelar con mayor razón evidenciamos dos modelos en la aplicación del principio del contradictorio, estos son: *el contradictorio previo y el diferido*. En el derecho comparado se ha podido advertir que los ordenamientos más influyentes, tienen como

⁴¹ Sin embargo, la cultura jurídica nacional, y en especial, la judicial necesitan la presencia de una norma explícita para poder entender y aplicar este supuesto. Es decir, para los jueces peruanos, será necesario una norma como la brasileña, ya que –aun- no estamos preparados (o no queremos) interpretar las leyes a la luz de los mandatos constitucionales.

regla general el contradictorio previo y como regla excepcional el contradictorio diferido, siendo este último aplicado –únicamente- cuando la medida a dictar sea urgente, y ponga en peligro la efectividad del derecho material. La profesora Ariano explica cómo funciona el proceso cautelar en Alemania:

“[...] Su ZPO de 1877, [...] prevé un procedimiento cautelar bastante articulado respecto a la medida cautelar típica del Arrest (equivalente a nuestro embargo cautelar), procedimiento aplicable también, con algunas variantes a su medida atípica (einstwilige Verfügung de los 935-949 ZPO). [...] Ergo, en el derecho alemán mientras tratándose del Arrest queda en la discrecionalidad del juez competente proceder previo contradictorio o sin él, para la emisión del einstwilige Verfügung la regla es la del contradictorio previo y sólo en casos de particular urgencia se procede sin él. Naturalmente, en los casos de concesión de las medidas cautelares inaudita altera parte, queda en el propio perjudicado promover ante el juez que la emitió, la correspondiente oposición, en la que podrá hacer valer todas sus razones, en cabal contradictorio con el demandante” (Ariano, 2016).

En el mismo orden, podemos citar tres artículos del ZPO que complementan lo dicho por la referida autora:

922. Sentencia definitiva de embargo preventivo y auto motivado de embargo. 1) La decisión sobre la solicitud de embargo procede mediante sentencia definitiva en los supuestos de vista oral previa, y en los otros supuestos, mediante auto. La decisión a través de la cual se ordena el embargo debe motivarse, cuando deba hacerse válido en el extranjero. 937. Tribunal competente 2) La resolución, así como cuando se rechaza la solicitud de adopción de una medida cautelar, puede tener lugar sin vista oral en casos de urgencia.

En Italia, el proceso cautelar es similar al alemán, así tenemos el artículo 669-sexies:

Artículo 669. sexies. Procedimiento El juez, escucha a las partes, omitiendo cualquier formalidad no esencial al contradictorio, procede en el modo que considera más oportuno a los actos de instrucción indispensables en relación con los presupuestos y a los fines la resolución solicitada, y resuelve con ordenanza a la estimación o a la desestimación de la demanda. Cuando la

*convocatoria a la otra parte podría perjudicar la actuación de la resolución, resuelve con decreto motivado, asumidas cuando sean necesarias informaciones sumarias. En tales casos, fija con el mismo decreto, la audiencia de comparación de las partes ante sí dentro de un plazo no superior de quince días inmediatamente a la asignación de un plazo no superior de ocho días para la notificación de la apelación y del decreto. En tal audiencia el juez, con ordenanza, confirma, modifica o revoca las resoluciones emanadas con decreto*⁴².

La legislación italiana contiene un artículo regulado a nivel constitucional, mediante el cual, el principio del contradictorio es exigido en todo proceso⁴³. En ese sentido, podemos resaltar la regla general de dicho código, siendo el contradictorio diferido la excepción. Aunque en la práctica existen algunos problemas respecto a su regulación⁴⁴, ello no ha sido obstáculo para determinar que el contradictorio eventual sea la mejor decisión en búsqueda de salvaguardar el derecho de las partes. Franco Cipriano señala: *“como no se puede pensar que un tren viaje por economía sobre un solo riel, así no es pensable que el juez, incluso para ahorrar tiempo y gastos, juzgue sin haber oído también a la otra parte”* (Cipriano, 2005).

La ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 es muy clara cuando se refiere a la aplicación del contradictorio en el proceso cautelar. Así señala que la regla general es

⁴² Traducción de Luis Alfaro Valverde (Alfaro 2010).

⁴³ Art. 111.- La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley. Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interroge a aquellas personas que declaran contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio. El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor. La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita. Todas las decisiones judiciales deberán ir motivadas. Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de Casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra. Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción.

⁴⁴ Un problema respecto al plazo que le otorgan a las partes para la confirmación de la medida, una vez dictada sin escuchar a la otra parte fue cuestionada por Franco Cipriano quien sostiene que “al establecer que el juez, cuando emite una resolución cautelar inaudita altera parte, debe fijar y realizar una audiencia dentro de los quince días para la confirmación, establece efectivamente que la confirmación debe ser decidida en tal audiencia, pero, lamentablemente, y por lo que parece, no toma en consideración la hipótesis en que una sola audiencia no sea suficiente para las necesidades y que, por tanto, sea necesario realizar una pluralidad de audiencias, incluso a distancia de algunas semanas o algún mes entre la una y la otra. Ha ocurrido así que algún juez, tras haber concedido una medida cautelar con decreto inaudita altera parte, ha convocado a las partes para la confirmación, la modificación o la revocación dentro de los sucesivos quince días, pero luego ha hecho durar la audiencia por meses y meses impidiendo de esta manera el planteamiento de la reclamación. (...) Habría sido preferible establecer, en cambio, que la medida cautelar concedida con decreto inaudita altera parte, decae de derecho cuando no se confirme dentro de quince días y, quizá, ya de iure condito sería oportuno interpretar la norma en este sentido, pues de otra forma las dudas sobre su legitimidad constitucional no podrían sino aumentar. (Cipriano, 2005).

la regla audita altera parte, y como regla excepcional el contradictorio diferido.

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, en el que razonará 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. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

La norma española es clara al establecer dos supuestos donde el contradictorio debe ser diferido, estos son acreditar las razones de urgencia o bien determinar que la audiencia previa ponga en peligro el buen fin de la medida⁴⁵.

Como última muestra legislativa, tenemos el reciente Código de Proceso Civil brasileño del año 2015, el cual no sólo recogió la prohibición expresa de pronunciamientos sorpresa, sino también, siguió la misma línea de su predecesora, estos es el contradictorio previo como regla general:

Artículo 9. No se emitirá decisión contra una de las partes sin que sea esta previamente oída. Párrafo único. Lo dispuesto en el artículo no se aplica: I. A la tutela anticipada de urgencia. II. A las hipótesis de tutela de evidencia previstas

⁴⁵ El Auto de la sección 15 de la AP de Barcelona número 66/2010 del 22 de abril (jurisprudencia del Poder Judicial Español) demuestra cuando debe diferirse el contradictorio, mejor aún señala la distinción que debe haber entre la solicitud de diferir el contradictorio con el peligro en la demora. Supuestos diferentes: "Si bien la regla general es que el tribunal ha de proveer la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, el apartado 2 del art. 733 LEC admite, como excepción, que la medida pueda acordarse inaudita parte. Para que proceda apartarse de la regla general de previa audiencia del demandado, el precepto indica que es necesario que el solicitante así lo pida y que, además, acredite que concurren razones de urgencia o-no cumulativamente- que la previa audiencia puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. De este modo se está exigiendo al tribunal un juicio preliminar de urgencia o de peligro de ineficacia de la medida como presupuesto habilitante para adoptarla por esta vía excepcional, juicio que será necesariamente primario o previo al examen de los requisitos generales para la adopción de la medida (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), debiendo razonarse por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Uno de los presupuestos alternativos para adoptar la medida inaudita parte es que la audiencia del demandado pueda comprometer la eficacia de la medida, lo que hace referencia a la necesidad de evitar la frustración de la misma, salvaguardando la posición del acreedor frente a previsibles actuaciones del deudor tendentes a asegurar la inefectividad de la medida. Pero no es este el presupuesto que se invoca, ni el que podría reconocerse, sino el de urgencia cualificada. Este requisito se hace realidad en una situación de necesidad imperativa de proteger el derecho, de tal modo que si no se tutela de inmediato se produciría una insatisfacción definitiva, irreversible, de difícil reparación, o bien un grave perjuicio al derecho o posición del demandante, aunque finalmente la sentencia sea estimatoria" (Pérez Daudi, 2012).

en el art. 311, incisos II y III. III. A la decisión prevista en el art. 701.

Como señalamos líneas arriba, la legislación brasileña ha considerado establecer mediante una norma expresa, positivizada en el Código Procesal, la obligatoriedad de respetar el contradictorio en todo proceso, poniendo una lista taxativa de los supuestos donde no se aplica esta regla.

La influencia del contradictorio, basado en un modelo cooperativo, es evidente. Todas estas legislaciones nos muestran como este principio cobra transcendencia vertebral dentro del proceso cautelar, difiriendo el contradictorio sólo en supuestos en que corra peligro la efectividad de la medida. De esta manera comprobamos que el derecho de influir de las partes hacía con el juez es determinante y de vital importancia en todo proceso. Este derecho deberá ser ejercido de manera paritaria, teniendo al juzgador como receptor principal de lo alegado.

4.2.3. Transgresión al principio del contradictorio mediante la regla *inaudita altera parte* prevista en el artículo 637° del código procesal civil

En un proceso de cooperación se busca que el juez colabore con las partes, y éstas a su vez puedan tener injerencia en la decisión futura que adopte el órgano jurisdiccional. Este hecho democrático-colaborativo es importante y trascendental para saber que estamos en este tipo de proceso y también para ver que el proceso es justo para todas las partes que intervienen y por tanto estas partes pueden usar todas las herramientas procesales que prevén las normas y conseguir tutela efectiva.

Por otra parte, un proceso donde no exista igualdad de armas entre las partes, no es un proceso cooperativo, tal igualdad se ve reflejada en muchas etapas del proceso siendo una de estas el contradictorio, donde ambas partes deben influir en la determinación del juez de la misma manera, sin exclusión de ninguna, pues de lo contrario se atenta los estándares de un Estado Constitucional y Social de Derecho. No se puede concebir contar con un ordenamiento que haga legal aquellas decisiones intempestivas o sorpresivas que no contemplen el carácter urgente de la medida. Esta situación se presenta en nuestro ordenamiento procesal materializado en el artículo 637° del Código Procesal Civil, que prevé como regla única y absoluta el contradictorio diferido, sin contemplar ni dejar entrever la posibilidad de un contradictorio previo, ello con base en una urgencia que en muchos casos no es justificada tal como ocurre en las medidas

anticipadas o por un supuesto acto de mala fe que se torna general para todas las medidas cautelares que se puedan solicitar y brindar.

Sobre este punto se tiene lo referido por, Monroy Palacios quien explica:

"Ahora bien, sabemos que las medidas cautelares se pueden conceder sin necesidad de escuchar a la otra parte pero que esta parte no se desconoce, sino que queda postergada hacia una etapa posterior. Sin embargo, ¿cuál es el fundamento jurídico para que se permitan medidas cautelares inaudita altera parte? Un primer motivo sería el de la urgencia en la protección de la relación material que es objeto del proceso [...]. Otra razón importante para la concesión medidas cautelares inaudita altera parte es la prevención frente a actos de mala fe. En efecto, uno de los motivos por los cuales es útil la medida cautelar es que no sólo protege al demandante de que factores exógenos a la relación procesal afecten la pretensión, sino también y con igual importancia, de elementos internos del proceso como el transcurso del tiempo y – principalmente- de los actos maliciosos del demandado que, sin duda, pueden obstruir el camino hacia una decisión justa" (Monroy, 2002).

Tal razonamiento puede considerarse válido si se tratara de medidas cautelares donde se aleguen las razones del por qué su otorgamiento debe darse sin contradictorio previo, pero no podría ser válido en todos los casos. Tenemos como ejemplo el caso de la demanda interpuesta por Aviandina en contra Lan Perú ante el Cuarto Juzgado Civil de Arequipa⁴⁶, donde se formula como pretensión principal la nulidad del permiso de operación de Lan Perú (hoy LATAM). La medida cautelar solicitada fue la suspensión de vuelos de la empresa demandada, siendo que los fundamentos de la parte demandante fueron entre otros: que la ley peruana obliga a tener un porcentaje accionario mínimo para poder realizar operaciones comerciales de líneas aeronáuticas en las rutas y con la frecuencia en la que estas deban ser realizadas, y, además, que la titularidad de las acciones representadas en un 30% del capital social de Lan Perú no pertenece al señor Rodríguez Larraín, cuando pertenecen en realidad a la empresa Lan Chile al haber actuado en la compra de las referidas acciones por interpósita persona. Por consiguiente, Lan Perú estaría en una situación de incumplimiento legal dado que no llega a contar con el mínimo accionariado antes descrito. En ese caso el juez admitió

⁴⁶Resolución de fecha 18 de junio de 2004, Exp. N° 2116-2004.

la medida cautelar y ordenó la suspensión de las operaciones comerciales de Lan Perú y además ordenó el retiro de la licencia de vuelos otorgada a la referida empresa (Benites, 2009)⁴⁷.

En este caso corresponde preguntarse sobre la necesidad de dictar la medida cautelar con la regla *in audita altera parte*. Creemos que la respuesta es negativa puesto que no habría existido afectación alguna si se hubiera corrido traslado a la empresa demandada para conocer su pronunciamiento sobre la petición cautelar, por el contrario, consideramos que habría sido una mejor opción dados los derechos en conflicto, tales como el de los consumidores del servicio aéreo. Si la empresa hubiese ejercido su derecho de influencia antes de la ejecución de la medida habría podido explicarle al juez las consecuencias de dictar una medida tan restrictiva. El ejemplo nos hace ver que no en todos los supuestos puede darse un supuesto de contradictorio diferido. De manera que, a partir del contenido fundamental del principio del contradictorio, creemos que el contradictorio diferido que prevé el Código Procesal Civil debe ser la excepción para casos donde la urgencia en la medida sea manifiesta o evidente.

No solamente es Monroy quien defiende la condición de regla general del contradictorio diferido, en el Perú se tienen también las posiciones de Ledesma Narváez, Martel Chang y Hurtado Reyes, para quienes: (i) No existe una privación del derecho de defensa, sino una restricción momentánea; (ii) Un contradictorio previo implica poner en peligro la efectividad del derecho del peticionante; (iii) El derecho de defensa se encuentra garantizado con las figuras de la oposición y la apelación. Existe otro sector de la doctrina nacional que han tomado partido por la figura del contradictorio previo en las medidas cautelares, tales como Ariano Deho, Priori Posada y Alfaro Valverde, para quienes la actual regulación cautelar es vulneratoria de la Constitución, siendo los fundamentos de su posición el principio fundamental de que el juez no puede resolver sin antes darle la oportunidad a ambas partes de formular sus alegatos, lo cual creemos acertado por cuanto admiten la tutela cautelar desde un sentido amplio y no restringido a un solo supuesto, como el que tiene el artículo 637°. Esta posición última hace que el principio del contradictorio deba ser aplicado sin limitación alguna, salvo en casos excepcionales, por tanto, el contradictorio previo sería la regla y el contradictorio

⁴⁷Una nota especial para este caso fueron las controversias surgidas en torno a la competencia del Juez para emitir la resolución cautelar. Y el conflicto surgido entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en torno a las medidas cautelares dictadas ante servicios públicos.

diferido la excepción.

4.2.4. Medidas cautelares específicas reguladas por el Código Procesal Civil y el principio del contradictorio

4.2.4.1. Medidas para futura ejecución forzada

Estas vienen a ser las llamadas medidas asegurativas, tenemos dentro de ellas al embargo, el secuestro y la anotación de demanda, las cuales buscan asegurar la satisfacción futura del derecho material. En estos casos y de acuerdo al marco y teórico y conceptual revisado, se precisa realizar un debate profundo sobre si el contradictorio debe ser diferido o no⁴⁸. Como señala Priori Posada, existe un *momento previo al dramatismo* para pedir tutela cautelar: no en todos los casos el derecho va estar en peligro, la urgencia no va ser manifiesta y, como consecuencia de ello, se podrá tener un contradictorio previo⁴⁹, donde esta no sea manifestación de peligro para la satisfacción del derecho que se busca proteger.

Debemos tener en cuenta que no todas las solicitudes cautelares tienen el carácter de urgente que ya de por sí les otorga la norma intrínsecamente. Existen supuestos donde no existe tal peligro- tales como aquellos donde las condiciones del demandado enervan la supuesta urgencia-. Por tanto, en este tipo de casos debería operar la regla general del contradictorio previo y, como excepción el contradictorio diferido, siempre y cuando el solicitante de la medida fundamente los motivos para aplicar tal excepción y, explicar el supuesto de urgencia considerado. Si el juez estima los fundamentos podrá diferir el contradictorio, mediante una resolución motivada en derecho.

4.2.4.2. Medidas cautelares anticipadas

Son las medidas que se encuentran reguladas por nuestro Código Procesal Civil como medidas temporales sobre el fondo. Tenemos:

1. Medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores.

⁴⁸Cabe precisar que conforme al artículo 629° del CPC, también, pueden dictarse medidas no previstas. El dispositivo señala “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”

⁴⁹Podemos encontrar en este tipo de medidas un supuesto de contradictorio previo. Éste se encuentra regulado en el artículo 670° del CPC, precisando: “A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiere (...)”. Si bien es cierto no nos encontramos ante un supuesto de concesión de medida cautelar, sino ante una variación, podemos identificar que el Código Procesal Civil tiene “*chispazos*” respecto a la adecuada aplicación del principio del contradictorio.

- Asignación anticipada de alimentos
- Medidas temporales en los procesos de separación de cuerpos y divorcio
- Medidas temporales en los procesos sobre administración de bienes

2. Medidas temporales en los procesos de desalojo.

- Medidas temporales en los procesos de interdicto de recobrar.
- La posesión provisoria en el proceso de expropiación.

3. Medidas de no innovar y las de innovar⁵⁰: medidas de carácter excepcional⁵¹, muy similares a las medidas anticipadas⁵². Dichas medidas por sus características tienen un alto grado de intervención sobre la esfera jurídica del afectado con la medida.

Las características de cada medida cautelar tienen que ver con el grado de intensidad en los fundamentos, aunque las medidas innovativas o de no innovar no establecen expresamente el requisito de la “firmeza en sus fundamentos”. Por la finalidad que persiguen cada una, buscan reponer o conservar un estado de hecho o derecho; sin embargo, la sola verosimilitud en el derecho no es fundamento suficiente para su concesión. Tenemos el ejemplo que nos brinda Peyrano:

⁵⁰La primera tiene como finalidad impedir la modificación de la situación de hecho. Y la segunda, busca que la otra parte haga o deje de hacer en función a la situación existente.

⁵¹ Monroy señala que la característica de excepcionalidad debe suprimirse, ya que una medida cautelar o anticipada debe darse en virtud a su pertinencia y eficacia, y no de forma subsidiaria: “Las medidas de carácter innovativas son apreciadas, aun en la actualidad, como mecanismo de carácter excepcional. No compartimos tal posición debido a que, a nuestro entender, en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la Teoría Cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse, pues su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite” (Monroy, 2002).

⁵² Ariano sostiene que “si la previsión del artículo 682 y 687 nos indican medidas atípicas marcadas por el signo de la residualidad y condicionadas por la existencia de un perjuicio inminente e irreparable, el artículo 618 del CPC agrega que también existen medidas, también residuales, también condicionadas al temor de un perjuicio irreparable (pero no a su inminencia) o bien destinadas a “asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”. Dejando de lado este último supuesto cabe preguntarnos si las medidas anticipadas dirigidas a neutralizar un perjuicio irreparable son distintas de las medidas denominadas innovativas. En nuestro concepto son lo mismo. [...] si yo pretendo el cumplimiento de las prestaciones periódicas de un contrato de suministro, podría obtener en vía cautelar tal cumplimiento. En estas situaciones innovar es anticipar, y anticipar es innovar [...]” (Ariano, 2014). Los efectos son los mismos, esto es anticipar la satisfacción del derecho material. En el mismo sentido, Cavani realiza un análisis, señalando que la clasificación que realiza el Código Procesal Civil se basa en un error teórico al mezclar las clasificaciones doctrinarias de Calamandrei y Carnelutti. Asimismo, sostiene que no existe ninguna diferencia entre una medida innovativa con una “medida temporal sobre el fondo”. Para ello, brinda el siguiente ejemplo: cuando se demanda a fin de impedir el funcionamiento de una nueva fábrica por existir un riesgo de contaminación y, además, se solicita una medida temporal sobre el fondo para que el juez, de forma anticipada, realice lo pedido en la demanda. Esta “medida cautelar”, también encaja en una de no innovar. De esta manera se puede ver que esta medida anticipada, tiene los mismos efectos que una de no innovar. La excepcionalidad deviene en irrazonable, ya que podrían darse casos absurdos donde el juez no conceda la medida no innovar, y si la anticipada, teniendo ambos iguales resultados. Monroy Palacios sigue la línea de estos autores, ya que sostiene que la excepcionalidad no debe ser una característica de este tipo de medidas. Para ello señala: “[...] en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la teoría cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse, pues su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite” (Monroy, 2002).

"el alumno Moliné, distinguido por su conducta y desempeño escolar, es enviado a izar la bandera y al no ejecutar este acto, por entender que representaría un acto de adoración prohibida a las sagradas escrituras, conforme a los mandamientos de su religión, fue expulsado del colegio estatal laico. Frente a ello, la judicatura argentina señaló que no solo se ha violado el efectivo ejercicio de la libertad religiosa, sino que la expulsión lo priva de la asistencia a clase, con daño inmediato para la normal continuidad de su educación, disponiendo su reintegro al ciclo y grado de enseñanza del que fuera separado hasta que se dicte sentencia definitiva de la causa". (Peyrano y Chiappini, 1985).

Un caso en el Perú fue el de "Tudela", donde la jueza otorgó una medida innovativa, ordenando

“privar provisionalmente en el ejercicio de sus derechos civiles a don Felipe Tudela Barreda en tanto dure la tramitación del proceso principal; nombrar como curador provisional a su hijo [...] otorgándole la administración provisional de sus bienes, debiendo dicho curador provisional abstenerse de la venta o traspaso de los bienes inmuebles del demandado, así como de las diversas empresas que le pertenecen y en que este es accionista”⁵³.

Los casos señalados nos muestran que debe existir una “firmeza en los fundamentos” para dictar este tipo de medidas. En el caso del alumno, nos encontramos ante una vulneración al derecho a la libertad de creencias y religión y, por ello, ante una decisión inconstitucional por parte del colegio. El segundo ejemplo cumple el mismo supuesto: las pruebas y los exámenes que lo calificaban de tener demencia senil, además de un hábeas corpus dictado por el Tribunal Constitucional que ponía sobre la mesa el libre ejercicio de su derecho a la libertad. Ello, es parte de un supuesto de mayor intensidad que la verosimilitud. Otro factor común que sirve como fundamento para el contradictorio previo es el grado de intervención de estas medidas sobre la esfera personal y patrimonial del demandado. Como dijimos, resulta perjudicial para el afectado con la medida que esta no haya sido notificada con anterioridad a su emisión, a pesar del grado de afectación que la misma contiene. Respecto del caso del alumno, el

⁵³Ver resolución, de fecha 21 de julio de 2008, recaída en el expediente N° 183512-2007, emitida por Décimo Segundo Juzgado de Familia Civil – Cautelar de la Corte Superior de Justicia de Lima.

juez le ordena al colegio a dar marcha atrás en su decisión, y permitir que el alumno siga estudiando, anticipando, así, la futura sentencia. En el otro caso de Tudela: el demandado está perdiendo sus derechos civiles. En estos casos el contradictorio previo resulta necesaria ya que no se justifica cómo dicho contradictorio podría generar un perjuicio en la satisfacción del derecho material del demandante. El contradictorio previo ayudaría a dilucidar la controversia de una forma más rápida y más ventajosa para las partes, donde el juez, después de un análisis de los fundamentos de ambas partes, emitirá una decisión sólida respecto a la controversia: si es positiva, contribuirá a evitar el perjuicio inminente contra el que se quiere luchar.

En ese sentido, es fundamental saber las diferencias entre la tutela cautelar y la tutela anticipada, así como el grado de intervención que recae en cada una de ellas respecto a la parte afectada pues así se podrá saber en qué supuestos cabe postergar el contradictorio.

4.3. Unidad de estudio: modificación de la regla inaudita altera parte prevista en el artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano

4.3.1. Antecedentes del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano

Con la vigencia del Código Procesal Civil en el año 1993 se estableció una regla para el trámite de toda medida cautelar:

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, quién 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.

De esta norma se desprende el carácter restrictivo y vulneratorio del principio del contradictorio el cual resultaba más evidente que con la norma vigente puesto que

establecía dos puntos manifiestamente inconstitucionales. El primero cuando establece que sólo después de la ejecución de la medida cautelar se le podía notificar con la resolución al afectado, y, por ende, recién allí podía intervenir en el proceso. Y segundo, en que la intervención del afectado consistía en interponer un recurso de apelación el cual obviamente era resuelto por el juez superior, de manera que, en mérito a la norma indicada, el contradictorio no existía, ya que recién podría oírse los argumentos de la parte afectada, en la segunda instancia⁵⁴. No obstante, esta inconstitucionalidad manifiesta, la norma continuó vigente hasta su modificatoria. El 28 de junio de 2009, se modificó el artículo 637° del Código Procesal Civil; sin embargo, si bien es cierto la modificatoria incorporó dentro del proceso cautelar el contradictorio diferido, no hubo cambio respecto a la regla de la *inaudita altera parte*, manteniéndose la vulneración a la Constitución. Los jueces tienen la facultad de realizar control de constitucionalidad de la norma si consideran que la misma vulnera algún mandato constitucional. Es obligación de ellos identificar este tipo de transgresiones y modificarlas, o interpretarlas, con la finalidad de proteger el derecho material de *ambas partes*. En dicho orden de ideas, los principios constitucionales deben orientar la función del juez, siendo estas piezas imprescindibles en la toma de sus decisiones. Los jueces deben decidir y emanar justicia no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del espíritu jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídica-política cristalizada en el texto constitucional (Prieto, 2007).

4.3.2. Intervención constitucional de los órganos jurisdiccionales

Conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ella sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.

⁵⁴ Giovanni Priori advirtió los abusos que se cometían durante la vigencia de esta norma: “La regulación del Código Procesal Civil, además, abrió la puerta a una serie de abusos del derecho a la tutela cautelar en clara colusión con magistrados que leían la regla establecida en la ley, sin jamás preguntarse por el principio que ella estaba restringiendo u optimizando; permitiendo con dicha pasividad, que la situación del afectado se agravara, pues en los casos en los que se había solicitado más de una medida cautelar, el solicitante dejaba de ejecutar una, a fin de generar con ello que el juez (que el solicitante sabía que iba a actuar interpretando literalmente la norma) impida (inconstitucionalmente) la intervención del afectado con la medida, evitando su notificación y manteniéndolo en estado de soportar los efectos de una medida cautelar dictada sin haber escuchado. Lo peor, perdonando la insistencia, es que a pesar que el afectado podía haberse enterado de la existencia de la medida cautelar en su contra porque, por ejemplo, se le había ya ejecutado otra, no se le permitía intervenir. Sin notificación, sin posibilidad de intervención, ni alegación, ni prueba, ni impugnación, se mantenía al afectado con la medida cautelar. [...] Cuando el afectado, lograba superar todos los obstáculos para su acceso al trámite cautelar, la defensa, por lo demás, estaba prevista sólo a través de la impugnación. De este modo, cuando el afectado se le lograba notificar y permitir su intervención, no podía esgrimir su defensa ante el propio juez que expidió la cautelar, sino ante el superior, a través del recurso de apelación. De este modo solo era escuchado una vez, mientras el solicitante, podía ser escuchado en dos oportunidades.” (Priori, 2011).

Como se sabe existe la presunción de la constitucionalidad de las normas, ello es importante para determinar su aplicación o no; téngase presente que el juez solo aplicará el control difuso cuando la disposición normativa en discusión no pueda interpretarse acorde a la Constitución. Así, también, lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

"18. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el Tribunal Constitucional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente, pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del Legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el indubio pro legislatore democrático, los mismos que demandan que el Tribunal Constitucional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la última ratio a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución" (Exp. N° 00002-2008-PI/TC, aclaración)⁵⁵.

El juez aplicará el control difuso una vez se haya realizado una interpretación constitucional de la norma⁵⁶. Este contexto constitucional⁵⁷ se advierte que toda ley

⁵⁵Sentencia recaída en el expediente N° 01761 -2008-PA/TC, fundamento 18.

⁵⁶Otro pronunciamiento importante del Tribunal Constitucional es el recaído en el expediente N° 0002-2009-PI/TC donde el TC, respecto a la controversia con el Tratado de Libre Comercio firmado con Chile, precisó: "12. (...) al Tribunal Constitucional le corresponde realizar una interpretación de los distintos significados de la norma impugnada para establecer si al menos una de ellas es conforme a la Constitución, antes de declarar su inconstitucionalidad literal. De modo que, a menos que una interpretación del artículo impugnado del ALC PERÚ-CHILE sea compatible con el artículo 54° de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad cederá a la declaración interpretativa conforme a la Constitución. Por ello, es pacífico en la jurisprudencia constitucional que no toda declaración de inconstitucionalidad acarree la nulidad de la disposición normativa, no obstante, no ser compatible con la Constitución, sino que requerirá para mantener su vigencia una interpretación de ser posible conforme a la Constitución". En el mismo sentido, en la sentencia recaída en el expediente N° 4087-2007-PA/TC señaló "[...] si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial, por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y el proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. Ello implica que el Tribunal, pero también los jueces constitucionales, deben interpretar y otorgar contenido a las instituciones procesales a partir de una dimensión constitucional sustantiva –y no sólo adjetiva–, incluso de aquellas disposiciones que establecen los presupuestos procesales para la interposición de una demanda".

⁵⁷Hernando Nieto, señala algunas condiciones que nos harán saber cuándo nos encontramos en un contexto constitucional. Estas son: rigidez constitucional, con la consiguiente Constitución escrita y la dificultad de su modificación por parte de la legislación, la garantía jurisdiccional de la Constitución, vale decir, el control sobre la conformación de las normas con la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, que destaca precisamente el hecho de que las constituciones, además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica, la interpretación conforme a las leyes, que no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, en donde el juez debe preferir la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional, y, la influencia de la Constitución sobre las relacio-

debe respetar los alcances brindados por la Constitución, y así entender al principio de constitucionalidad como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad (Aragón Reyes 1997: 195)⁵⁸. El control constitucional es muy importante dentro del proceso puesto que, permite al juez poder interpretar las disposiciones normativas y aplicar las normas dentro de determinado proceso, conforme a la Constitución. Es evidente que puede pasar mucho tiempo para que se produzcan cambios normativos y, como consecuencia de ello, se mantenga dentro del ordenamiento una norma vulneratoria del derecho de las partes, al respecto, Guastini, sostiene:

"Pues bien, frecuentemente, sucede que una cierta disposición legislativa – interpretada en abstracto (es decir, simplemente leyendo el texto) o en concreto (es decir, con ocasión de una específica controversia) – es susceptible de dos interpretaciones, tales que la primera se obtenga una norma N1 que contradice una norma constitucional, mientras que de la segunda se deriva una diversa norma N2 que, al contrario, es del todo conforme a la constitución. Evidentemente corresponde al juez elegir la interpretación “correcta”, en el sentido de que es tarea suya decidir qué interpretación es preferible. El juez puede, por tanto, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión del primer modo, y en consecuencia considerarla inconstitucional, o bien interpretarla del segundo modo, y considerar por tanto que aquella es conforme a la constitución. Pues bien, esta segunda interpretación suele ser llamada interpretación “adecuada” o “conforme” (pero también podríamos llamarla “armonizadora”). En definitiva, la interpretación conforme es aquella que adecua o armoniza la ley a la constitución (previamente interpretada, claro está), eligiendo - frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre la ley y la constitución. El efecto de tal interpretación

nes políticas que se percibe, por ejemplo, en la argumentación que puedan brindar los órganos legislativos y que se basarían justamente en el texto constitucional (Hernando Nieto, 2008)

⁵⁸En el mismo sentido opina Humberto Ávila cuando señala que: “No es correcto, en cuarto lugar, aseverar que el Poder Judicial debe preponderar sobre el Poder Legislativo (o Ejecutivo). En una sociedad compleja y plural, es en el Poder legislativo donde, por medio del debate, se puede respetar y tener en consideración la pluralidad de concepciones de mundo y de valores, así como el de su realización. En materias para las cuales no hay una solución justa para los conflictos de intereses, sino varias, no existe un solo camino para la realización de una finalidad, sino varios; por tanto, es por medio del Poder Legislativo que se puede obtener mejor la participación y la consideración de la opinión de todos. En un ordenamiento constitucional que privilegia la participación democrática y que reserva al Poder Legislativo la competencia para regular por ley un sinnúmero de materias, no se muestra adecuado sustentar que se pasó del Poder legislativo al Poder Judicial, no que se debe pasar o que es necesariamente bueno que se pase de una a otro. (Ávila, 2012).

es obviamente conservar la validez de una ley que, en otro caso, debería ser considerada inconstitucional" (Guastini, 2016).

Como vemos, es el juez el legitimado para interpretar una norma acorde a la Constitución (interpretación adecuada o conforme) y encontrar sentidos compatibles con ella. Esta prerrogativa debe ser asumida por los jueces en nuestro país y evitar la interpretación estrictamente literal sin contraste constitucional⁵⁹ que puede conllevar a legitimar normas notoriamente inconstitucionales.

4.3.3. Interpretación del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano, conforme a la Constitución

4.3.3.1. Reformulación de la regla inaudita altera parte

La construcción jurídica, también, llamada interpretación creativa⁶⁰, implica crear una nueva norma a través de normas explícitas. En ese sentido, serán de gran ayuda los principios⁶¹, lo cuales por su carácter indeterminado deben ser concretizados, usándolos como premisas en un razonamiento.

Para realizar una interpretación constitucional del artículo 637° del Código Procesal Civil, que contiene la *regla "inaudita altera parte"*, con la finalidad de que la misma sea utilizada en función a los alcances del principio de contradicción, se deben tener en cuenta los siguientes pasos:

a) Primero: Reformulación de la norma infra constitucional

De acuerdo al análisis del artículo 637° del Código Procesal Civil, vemos que contiene dos normas:

⁵⁹Guastini nos dice quiénes son los "intérpretes" de la Constitución: "¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? Evidentemente, la pregunta está mal planteada. Intérprete de la Constitución –como, por otra parte, de cualquier otro documento (normativo y no)- es todo aquel que la lea y se pregunte por su significado.

Bien vistas las cosas, cuando se habla de "intérpretes" de la Constitución, a lo que se alude no es a la interpretación del texto constitucional, sino, más bien, a su aplicación. Ya que todos pueden interpretar la Constitución, pero no todos pueden aplicarla (dicho sea de paso, esta tendencia a confundir interpretación y aplicación del derecho es un defecto que afecta un tanto a toda la teoría común de la interpretación). Por lo tanto, lo que se quiere saber no es quiénes son los intérpretes de la Constitución, sin ulterior especificación, sino más bien quiénes son sus intérpretes "calificados" o "privilegiados" – Kelsen habría dicho, sus intérpretes "auténticos"- vale decir, los órganos competentes para aplicarla y, más específicamente, para decidir en última instancia el significado del texto constitucional" (Guastini, 2016). En el caso peruano, los calificados para interpretar la Constitución son los jueces, ello son los privilegiados para aplicarla.

⁶⁰En palabras de Guastini esta interpretación consiste en atribuir a un texto un significado nuevo, no comprendido entre aquellos identificables en sede de interpretación cognitiva (Guastini, 2016).

⁶¹El mismo autor sostiene que "en la mayor parte de los casos, el juicio de constitucionalidad requiere la comparación no entre dos reglas (una regla constitucional y una regla legislativa), sino entre una regla (legislativa) y un principio (constitucional)" (Guastini, 2016).

Norma 1: Si la solicitud cautelar es acompañada de fundamentos y pruebas adecuadas que manifiesten razones de urgencia que comprometan el buen fin de la medida cautelar o la satisfacción del derecho material, entonces esta será dictada con un contradictorio diferido.

Norma 2: Si la solicitud cautelar no es acompañada de fundamentos y pruebas adecuadas que manifiesten razones de urgencia para su concesión, entonces será dictada con un contradictorio previo. Este razonamiento surge a partir del enunciado “*en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud*”.

En ese sentido, sólo cuando existan los fundamentos y pruebas idóneas se podrá diferir el contradictorio. Por el contrario, cuando estos fundamentos no existan o no hayan sido expuestos al juez, el contradictorio será previo. Esta interpretación literal va acorde al contenido del principio de contradicción estipulado en la Constitución, por lo que es una interpretación adecuada.

b) Segundo: Reformulación de la norma constitucional.

La Constitución Política señala que ninguna persona que es parte de un proceso, puede ser privada del ejercicio del derecho de defensa en ningún estado del mismo. El contradictorio forma parte de este derecho. Asimismo, se indica que todo proceso debe respetar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso. Si entendemos como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la protección a la efectividad del derecho material, también debe ser resguardado. Asimismo, el primer artículo del Código Procesal Civil señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva protege el derecho e intereses de las partes:

Constitución Política del Perú:

Artículo 139.- Sin principios y derechos de la función jurisdiccional. [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Código Procesal Civil:

Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

De lo señalado, tenemos que la norma como resultado de la interpretación vendría a ser que: *"El principio del contradictorio debe ser respetado durante todo el proceso. Este principio será aplicado en virtud de la efectiva aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El principio del contradictorio sólo podrá ser limitado si se pone en riesgo la efectividad del derecho material"*.

c) Tercero: Compatibilidad.

Se debe efectuar un juicio de compatibilidad entre las normas aplicables a fin de elegir una de las posibilidades interpretativas respecto del enunciado normativo del artículo 637 del Código Procesal Civil: el que sea más acorde a lo dispuesto en la Constitución y, a partir de ello, realizar una interpretación que vaya a la par del mandato constitucional. Para realizar esta interpretación, es imprescindible tomar como punto de partida al principio del contradictorio, concretizarlo al caso, y decidir si el mismo debe ser previo o diferido al momento de notificar a la parte afectada. Para ello es necesario, también, analizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de conocer si la decisión tomada puede afectar la efectividad del derecho material de la parte afectada.

d) Cuarto: – Creación de la norma

Aquí se formulan las normas:

Norma 1: *La solicitud cautelar será concedida con conocimiento de la parte afectada.* Si aplicamos lo dispuesto en la Constitución (el derecho de defensa no puede ser privada en ningún estado del proceso), y la interpretación realiza en el “primer paso” podemos deducir que el contradictorio previo es la regla general. Llegamos a esta conclusión, después de tener en cuenta el contenido esencial de un proceso justo. Un proceso donde prime la colaboración del juez para con las partes, y la participación de ellas en igualdad y paridad de armas. Es decir, la formación de este “*triángulo democrático – colaborativo*”, debe ser caracterizado por el poder y derecho de influencia que deben tener las partes para con la decisión del juzgador, evitando de esta manera las decisiones sorpresa. Debemos tener en consideración que estas garantías dentro del proceso, no sólo están contempladas en nuestra Constitución, sino también,

en diferentes tratados de derechos humanos, antes nombrados. El principio del contradictorio es la pieza vertebral dentro de todo proceso, es el principio que funciona como eje de los demás principios y derechos que emanan del proceso. En ese sentido, su restricción solo deber ser permitida y aceptada bajo una fundamentación válida y motivada, teniendo como ejes de razonamiento el grado de intervención en la esfera jurídica del afectado con la medida y la urgencia de la misma. No podemos aceptar un proceso, que se jacte de respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas, si de antemano convalidamos una restricción a un derecho fundamental, sin antes analizar el porqué de dicha limitación.

Norma 2: El contradictorio previo siempre se concederá en las medidas anticipadas y cautelares. El contradictorio diferido sólo será concedido en atención a los fundamentos y pruebas aportadas. Estos fundamentos sólo podrán basarse en la urgencia de la medida, y el riesgo: en el buen fin de la medida, o la satisfacción del derecho material. Respecto a las medidas anticipadas, en virtud a sus características, que el contradictorio previo, en principio, no pondría en riesgo la satisfacción del derecho material. Es más, por el alto grado de intervención de la medida en la esfera del afectado, su intervención en el proceso antes de que medida sea dictada resulta obligatorio e imprescindible, salvo excepciones. Lo contrario ocurre en las medidas cautelares, donde el juez, deberá analizar caso por caso en virtud a la urgencia y al riesgo del derecho material. En ese sentido, la norma creada protege el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, ya que, por un lado, protege el derecho de defenderse de una de ellas, y, por otro, protege la efectividad del derecho material de la otra. Estas dos normas creadas, después de una construcción constitucional del artículo 637 del Código Procesal Civil, son directrices que los jueces deben tomar y tener en cuenta al momento de interpretar este artículo. Continuar con la interpretación literal de la norma sin contrastarla con la Constitución, y creer que entre la disposición y la norma solo existe una correspondencia biunívoca es ir en contra del sistema constitucional actual. Ello llevaría a dejar de lado todos los avances doctrinales que a la fecha existen y subestimar la importante labor que tienen los jueces dentro de un Estado como el nuestro.

4.4. Análisis de unidades de investigación y comprobación de hipótesis

4.4.1. Para la hipótesis específica N° 1.

“El trámite cautelar bajo el precepto "inaudita altera parte" es un modelo procesal que vulnera el principio del contradictorio.

De acuerdo a la investigación realizada, se tiene que la tutela cautelar establecida por nuestra normatividad civil si bien por un lado materializa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida por la Constitución Política del Perú; sin embargo, dicha tutela cautelar contenida en el artículo 637 del Código Procesal Civil contiene una regla conocida como *inaudita altera parte* la cual prevé que la ejecución de la medida cautelar se ejecuta sin conocimiento de la parte afectada.

En ese sentido, la parte demandada en el proceso cautelar toma conocimiento del trámite de la solicitud cautelar y de su ejecución una vez producidas ambas, pudiendo únicamente formular como mecanismo de defensa la oposición a la medida cautelar o en su caso interponer el recurso de apelación en contra de la resolución que admite y otorga la medida cautelar.

En ese entender, la hipótesis N° 1 se encuentra demostrada en nuestro estudio.

4.4.2. Para la hipótesis específica N° 2.

“El procedimiento cautelar diseñado para el proceso civil peruano, para su admisión y ejecución sin conocimiento de la parte afectada, debe ser una excepción a la regla establecida por el artículo 637 del Código Procesal Civil”.

Según nuestro estudio, revisada la doctrina y la jurisprudencia nacional se advierte que los jueces peruanos vienen aplicando la regla *inaudita altera parte* prevista por el artículo 637° del Código Procesal Civil, siendo que las solicitudes de medidas cautelares en sus diferentes formas vienen siendo atendidas y ejecutadas sin conocimiento de la parte afectada, lo que evidencia una interpretación literal de la norma en cuestión, a pesar de que la Constitución Política del Perú prevé el derecho de contradicción y defensa de todo justiciable inmerso en un proceso judicial. Asimismo, el Código Procesal Civil faculta a los jueces el control difuso de las normas contrarias a la Constitución, de manera que a fin de cautelar el derecho de las partes afectadas con la medida cautelar el Juez tiene suficientes facultades para efectuar una interpretación



acorde a la Carta Magna, diferenciando el contradictorio previo y el contradictorio diferido según la naturaleza de la medida, su fundamentación y las pruebas aportadas por la parte interesada.

Por tanto, la hipótesis específica N° 2 queda demostrada.

4.4.3. Comprobación de la hipótesis general.

“La tutela cautelar regulada por el Código Procesal Civil Peruano, vulnera el principio al contradictorio”

Comprobadas las hipótesis específicas, queda acreditada la hipótesis general toda vez que la tutela cautelar recogida por el Código Procesal Civil vulnera el principio del contradictorio, reconocido como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el mismo que tiene categoría constitucional según la norma fundamental - Constitución Política del Perú-.

CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo al análisis efectuado en la presente investigación, se ha determinado que el procedimiento de la tutela cautelar del proceso civil peruano establecido por el Código Procesal Civil, vulnera el principio del contradictorio

reconocido implícitamente por la Constitución Política del Perú, así se advierte de la revisión doctrinaria desarrollada y también de los casos judiciales analizados, en todos los cuales no se aprecia que se haya otorgado la medida cautelar previo emplazamiento y/o notificación del afectado.

SEGUNDA: El procedimiento cautelar establecido en el Título IV- Capítulo I del Código Procesal Civil Peruano, se encuentra diseñado bajo el modelo del aforismo "*inaudita altera parte*", esto es sin conocimiento de la otra parte. De acuerdo al estudio realizado, podemos concluir que este procedimiento cautelar no puede ser considerado como una regla general de aplicación para todos los casos, sino como una excepción según la naturaleza, los fundamentos y la prueba acompañada a la solicitud cautelar diferenciando en cada caso la tutela cautelar anticipada y la tutela cautelar asegurativa.

TERCERA: Las medidas cautelares son dictadas con la sola verificación de los requisitos previstos por el artículo 611° del Código Procesal Civil, esto es: i) La verosimilitud del derecho invocado. ii) La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable. iii) La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. Así, los jueces no observan lo establecido por el artículo I del Título Preliminar del mismo código acotado, que regula el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho de toda persona para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso, lo cual guarda concordancia con el artículo 139 numeral 3) de la Constitución Política del Perú, además de los Tratados Internacionales de los cuales el Perú es país suscriptor.

CUARTA: Según la doctrina y la jurisprudencia nacional analizadas, se tiene que en el Perú, los jueces vienen realizando una interpretación literal del artículo 637° del Código Procesal Civil, por lo que las solicitudes de las medidas cautelares en sus diferentes formas, su otorgamiento y su ejecución, se realizan sin conocimiento de la parte afectada esto es "*inaudita altera parte*". No se realiza un control de la constitucionalidad de la norma en cuestión, a pesar de ser ésta una facultad del Juez, quien debe propiciar la cautela de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en el proceso, dentro de estos el de contradicción como mecanismo de defensa para cuestionar todo aquello que le afecte en un proceso judicial.



QUINTA: No realizar una interpretación acorde con el marco constitucional y los principios de la administración de justicia, hace que los jueces no adviertan la verdadera trascendencia que tiene el principio del contradictorio en un proceso cautelar, y por tanto no puedan diferenciar lo que en la doctrina nacional y la legislación comparada, se ha denominado el contradictorio previo y el contradictorio diferido, los cuales deben ser observados en el análisis de la solicitud cautelar.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Considerar los resultados de la presente investigación como un aporte doctrinario que permita profundizar el tratamiento analítico sobre la tutela cautelar y el principio del contradictorio en el Perú, toda vez que al realizar nuestro trabajo se ha advertido que si bien existen estudios sobre el tema de investigación, los mismos no abordan el problema planteado en función a las dos unidades de estudio, esto es la tutela cautelar y el principio del contradictorio de manera correlacional, sino lo hacen de forma aislada o dispersa.

SEGUNDA: No existiendo un consenso en las posturas doctrinarias nacionales, ya que un gran sector ha concordado con el criterio esbozado en el procedimiento regulado por el Código Procesal Civil; en tanto que, otro sector moderno de la doctrina considera que el diseño del proceso cautelar sobre la base de la regla *inaudita altera parte* no es el adecuado, consideramos que los resultados de esta investigación más allá de reforzar la postura minoritaria, servirá como una herramienta para sustentar las decisiones que pudieran adoptar los jueces al calificar, dictar y ejecutar una solicitud de medida cautelar.

TERCERA: Conforme a las conclusiones alcanzadas, es recomendable que los operadores de justicia -jueces- deban realizar el control difuso al cual se encuentran facultados por mandato legal, en los casos donde sea necesario inaplicar la norma contenida en el primer párrafo del artículo 637° del Código Procesal Civil. Para tal fin, debe observarse lo establecido por el artículo 51 de la Constitución Política que expresamente establece la supremacía jerárquica de la Constitución, al señalar que esta prevalece sobre toda norma legal. En atención a dicha determinación constitucional aparece como correlato, en el artículo 138 del mismo texto, el establecimiento del denominado control constitucional difuso o judicial review.

CUARTA: Una de las alternativas de solución a corto plazo según las conclusiones arribadas, no necesariamente tiene que ver con la existencia de una norma que de manera expresa prohíba las emisión de decisiones judiciales sin que las partes hayan tenido la oportunidad de manifestarse, si bien ello sería de gran utilidad, dado nuestro escenario de producción legislativa creemos que resulta suficiente por el momento que



los operadores de justicia conozcan las implicancias constitucionales que tiene el proceso civil antes de tomar una decisión sin escuchar a una de las partes, ello para saber si conllevaría a una vulneración del derecho de la parte afectada.

QUINTA: Para una solución a mediano plazo, no habiéndose abordado el tema en la última modificación al artículo 637° del Código Procesal Civil, según el artículo único de la Ley N° 29384, publicada el 28 junio de 2009 y tomando en cuenta la condición y/o característica de obligatoriedad que tiene toda norma, se debe propiciar una modificación de la norma procesal (artículo 637° del CPC) en el sentido de que la admisión, trámite y ejecución de la solicitud cautelar deben observar el principio del contradictorio, para lo cual deberá establecerse la diferencia entre el contradictorio previo y el contradictorio diferido, prefiriendo el primero como regla general y el segundo como excepción. Para tal fin se desarrolla una propuesta legislativa en el anexo N° 02 de la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro, L. (2010). *La oposición en la tutela cautelar ¿contradictorio en el proceso cautelar?* Publicado en la Revista Jurídica del Perú. Tomo 110.
- Alfaro, L. (2014) *Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. Propuesta para un modelo equilibrado*. Publicado en: Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima: Normas Legales. Gaceta Jurídica.
- Aragón, M. (2002) *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ariano, E. (2014) *El poder general de cautela*. En: Estudios sobre tutela cautelar. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.
- Ariano, E. (2016) *La tutela cautelar y los equívocos mensajes del Código procesal civil*. En: In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil. Lima: Instituto Pacífico.
- Ávila, H (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons. Benites, Junior.
- Ávila, H. (2009) *El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y en el proceso constitucional*. Lima: RAE Jurisprudencia.
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: editorial bibliográfica Argentina.
- Carbone, C. (2000) *La noción de la tutela jurisdiccional diferencia para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes*. En: Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.
- Cava, C. y Eguren, M. (2000) *Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes*. En: Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni editores.
- Cavani, R. (2013) *Todavía sobre tutela cautelar, tutela anticipada y técnica anticipatoria*”. En: <https://afojascero.com/2013/03/03/todaviasobre-tutela-cautelar-tutela-satisfactiva-anticipada-y-tecnicaanticipatoria>.



- Cavani, R. (2013) *Críticas contra la excepcionalidad de la medida de no innovar del CPC peruano*. En: <https://afojascero.com/2013/03/09/criticas-contra-laexcepcionalidad-de-la-medida-de-no-innovar-delcpcperuano/>.
- Cavani, R. (2014) *¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú*. En: *Gaceta civil y procesal civil*. Número 3.
- Cavani, R. (2014) *Interpretación, justificación judicial y racionalidad en el V Pleno Casatorio Civil*. En: *Revista Actualidad Civil*. Volumen 2.
- Cavani, R. (2016) *Comentarios al artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil*. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cipriano, F. (2005) *El procedimiento cautelar entre eficacia y garantías*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 25.
- Didier, J. Braga, P., Oliveira, R. (2010) *Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar*. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Normas Legales. Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2004) *Laberinto en los aires y medida cautelar*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 74.
- Ledesma, M. (2014) *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2016) *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Marinoni, L. (2016) *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra.
- Martel, R. (2014) *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima: Apecc.
- Monroy, J. (1987) *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.
- Monroy, J. (2003) *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad.



- Monroy, J. (2002) *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.
- Peyrano, J. y Chiappini, J. (1985) *El proceso atípico*. Buenos Aires: Universidad.
- Prieto, L. (2007) *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Pa-lestra.
- Priori, G. (2003) *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas mate-riales. Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Ius et veri-tas*. Número 26.
- Priori, G. (2006) *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara editores.
- Priori, G. (2011) *La oposición a las medidas cautelares*. En: *Revista Advocatus*. Número 24.
- Priori, G. (2016) *Comentarios al artículo 612° del Código Procesal Civil*. En: *Có-digo Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*. Tomo IV. Lima: Ga-ceta Jurídica.
- Raffo, M. (2004). *Las medidas cautelares en los servicios públicos. Hay que caute-lar a la cautelar*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 74.
- Zufelato, C. (2017) *La dimensión de la prohibición de la decisión sorpresa a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Pro-cesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano*. En: *Derecho PUCP*.
Número 78.



ANEXOS



Anexo 1. Guía de investigación documental

GUIA DE INVESTIGACION DOCUMENTAL

TUTELA CAUTELAR Y PRINCIPIO AL CONTRADICTORIO

I. IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO

1.1. TITULO.....

1.2. AUTOR.....

1.3. LUGAR DE EDICION.....AÑO.....

1.4. EDITORIAL.....

II. CRITERIOS DE INVESTIGACION

TUTELA CAUTELAR	FUNDAMENTOS	PAG.	OBSERVACIONES
PRINCIPIO AL CONTRADICTORIO	FUNDAMENTOS	PAG.	OBSERVACIONES

Anexo 2. Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY



Proyecto de Ley

Ley que modifica el artículo 637° del Código Procesal Civil

LEY N°

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 637° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo único. - Modificación del artículo 637° del Código Procesal Civil

Modifíquese el artículo 637° del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

Artículo 637.- Trámite de la medida

Si la solicitud cautelar es acompañada de fundamentos y pruebas suficientes que justifiquen la urgencia en su otorgamiento y ejecución, será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada. Si en atención a los fundamentos y pruebas de la solicitud cautelar, el Juez no encuentre justificada la urgencia para la concesión de la medida cautelar solicitada, deberá comunicar previamente a la parte afectada la solicitud cautelar presentada, la cual podrá formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días de notificada y deberá ser resuelta sin más trámite en el plazo no mayor de tres (3)



días. En caso de declararse infundada la oposición formulada, el Juez dictará y ejecutará de inmediato la medida cautelar dictada. Si la oposición fuera declarada fundada, el Juez en el mismo auto resolverá el pedido cautelar. El auto que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de dos mil veinte.

.....

Presidente del Congreso de la República

.....

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los días del mes de del año dos mil veinte

MARTIN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente Constitucional de la República

VICENTE ZEVALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros