

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**EFICACIA CAUTELAR CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS
MUNICIPALES O REGIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS
PROCESOS CONSTITUCIONALES, JUZGADOS CIVILES DE LA SEDE DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CUSCO 2007.**

Tesis presentada por el Magíster
ADRIÁN ALARCÓN PEDRAZA
Para Optar el Grado Académico de:
DOCTOR EN DERECHO

CUSCO – PERÚ
2008



“El trabajo sin método es el más fatigoso y difícil oficio de este mundo”

Alessandro Manzoni



A la memoria de mis padres
que con su formación y
ejemplo me enseñaron a
pensar libremente.

INDICE

	Pág.
RESUMEN	9
ABSTRACT	12
INTRODUCCION	15

CAPÍTULO I

ACCION Y JURISDICCIÓN CAUTELAR.....	25
1.1. LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA	26
1.2. ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL	28
1.3. LA PLURALIDAD DE ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL SUS DERECHOS Y RESPONSABILIDADES	28
1.4. FISCALIZACIÓN DE LA LABOR DEL ORGANO DE AUXILIO JUDICIAL	29
1.5. PLURALIDAD DE ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL.....	31
1.6. LAS PARTES Y SU LEGITIMIDAD	32
1.7. RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA EMERGENTE DEL PROCESO CIVIL CON MEDIDA CAUTELAR.....	33
1.8. RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA EMERGENTE DE UN PROCESO CIVIL SIN MEDIDA CAUTELAR.....	35
1.9. INDEMNIZACIÓN POR EJERCER EL DERECHO IRREGULARMENTE	36
1.10. NUMEROS APERTUS	37
1.11. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	39
1.12. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	53
1.13. DOCTRINA DE LA OPORTUNIDAD DE CONTRADECIR Y OPONERSE A LA MEDIDA CAUTELAR	76

CAPITULO II

LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD CONTRA LAS ACTUACIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES	79
2.1. LA POLÉMICA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR ESPECIAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD	82

2.2. LAS VISIONES SOBRE LA TUTELA CAUTELAR	93
2.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	99
2.4. EVOLUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL ARTÍCULO 15 DEL CPCONST.....	102
2.5. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (ESTUDIO CON BASE EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONA).....	106
2.6.LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO.....	113
2.7. NATURALEZA Y NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA CONSTITUCIONAL.....	113
2.8. MODIFICACIONES EN LA REGULACION DE MEDIDAS CAUTELARES	116
2.9. ES POSIBLE INAPLICAR EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	122

CAPITULO III

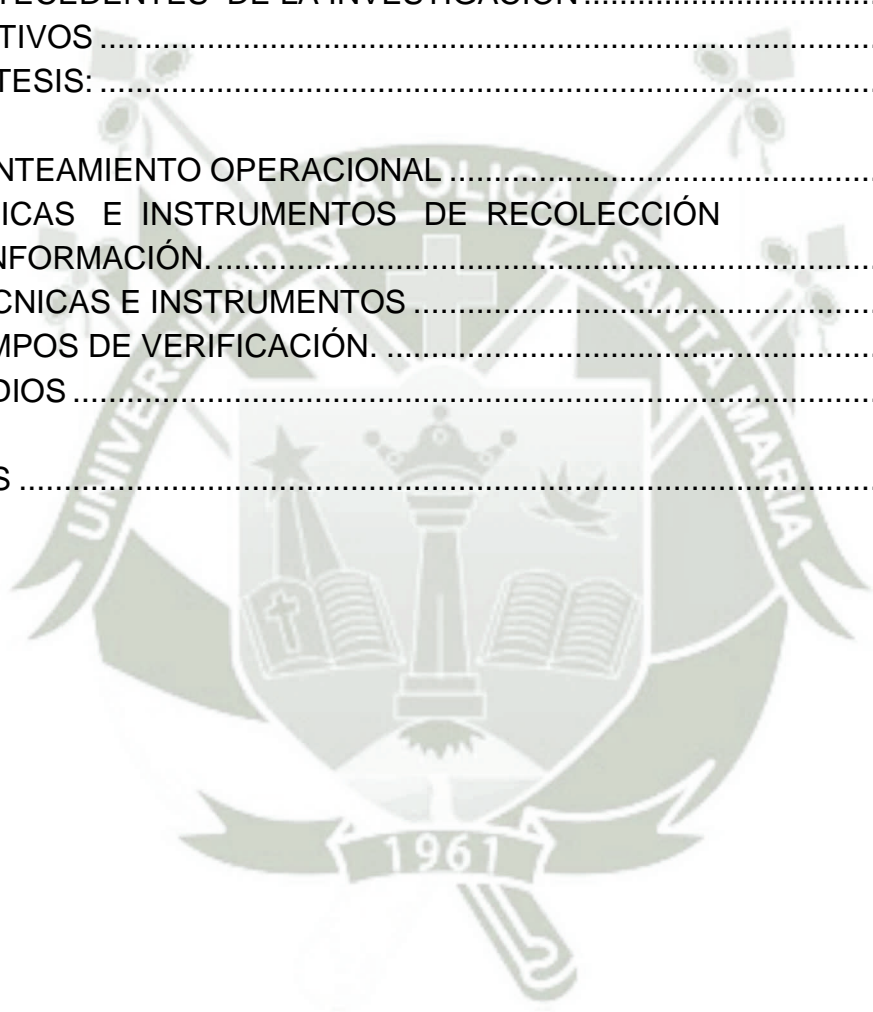
LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN DEL AFECTADO EN EL PROCESO CAUTELAR	123
3.1. LECTURA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 637 DEL CPC.....	124
3.2. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD AL ARTÍCULO 637 DEL CPC.....	130
3.3. TEST DE RAZONABILIDAD APLICADO A LA TERCERA Y CUARTA PARTE DEL ARTÍCULO 15 DEL C.P CONST. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	132
3.4. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO A LA IGUALDAD CONTENIDO EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 15 DEL C.P. CONST.	134
3.5. SOBRE EL CONCEPTO DE IGUALDAD	137
3.5.1. La igualdad constitucional. Derecho a la igualdad y principio de igualdad.....	140
3.5.2. La igualdad como principio.....	141
3.5.3. La igualdad como derecho	144

3.6.	IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY	145
3.7.	IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	147
3.8.	DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN	150
3.9.	DISCRIMINACIÓN INVERSA O ACCIONES AFIRMATIVAS	152
3.10.	VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	154
3.11.	VIOLACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	155

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION SOBRE LA EFICACIA CAUTELAR CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES Y REGIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES JUZGADOS CIVILES DE LA SEDE CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CUSCO EN 2007.....	157
4.1.1. UBICACIÓN ESPACIAL.....	157
4.1.2. UBICACIÓN TEMPORAL.....	157
4.1.3. UNIDAD DE ESTUDIO.....	157
4.2. PROCESOS CONSTITUCIONALES TRAMITADAS 2007.....	158
4.3. PROCESOS DE AMPARO Y LOS DERECHOS VULNERADOS	159
4.4. PROCESO DE HABEAS DATA Y SUS MODALIDADES.....	161
4.5. PROCESO DE AMPARO Y LAS ENTIDADES DEMANDADAS	163
4.6. PROCESOS DE HABEAS DATA Y LAS ENTIDADES DEMANDADAS	164
4.7. PROCESOS DE CUMPLIMIENTO Y LAS ENTIDADES DEMANDADAS	166
4.8. PROCESOS CAUTELARES CONSTITUCIONALES Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DENTRO DE LOS CUALES SE HAN SOLICITADO LAS MEDIDAS CAUTELARES	167
4.9. PROCESOS CAUTELARES CONSTITUCIONALES Y LAS ENTIDADES DEMANDADAS	169
CONCLUSIONES.....	171
SUGERENCIAS	175
PROPUESTAS.....	178
BIBLIOGRAFÍA	179
HEMEROGRAFÍA	188

PROYECTO DE TESIS	190
I. PLANTEAMIENTO TEORICO.....	191
1. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN.....	191
1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	191
1.2.2. ANALISIS DE VARIABLES	191
1.2.3 INTEROGANTES	192
1.2.5. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	193
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	193
2. MARCO CONCEPTUAL.....	194
3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	197
4. OBJETIVOS.....	197
5. HIPÓTESIS:.....	197
III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.....	199
3. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	200
3.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS.....	200
3.2. CAMPOS DE VERIFICACIÓN.....	200
3.3. MEDIOS	201
ANEXOS	203



ABREVIATURAS

AA	: Acción de Amparo
AI	: Acción de Inconstitucionalidad
CC	: Código Civil
C.P. Const.	: Código Procesal Constitucional
C.P.C.	: Código Procesal Civil
EXP.	: Expediente
C.P.	: Código Penal
S.T.C.	: Sentencia Tribunal Constitucional
FJ	: Fundamento Jurídico



RESUMEN

El presente trabajo trata sobre “Eficacia Cautelar constitucional contra actos Administrativos Municipales o Regionales y la Tutela judicial efectiva en los procesos Constitucionales, Juzgados Civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco 2007”, para lo cual se ha desarrollado un estudio a nivel documental, normatividad jurídica y de campo, utilizando la metodología deductiva para comprobar la hipótesis planteada.

El origen de la investigación se inicia a raíz de las experiencias vividas en el desempeño de mis funciones como abogado en el ejercicio libre de profesión de abogacía en la ciudad del cusco, donde compruebo que con la promulgación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional es un primer paso en un esfuerzo de cambio destinado a garantizar la defensa de los derechos fundamentales y el principio de la supremacía constitucional. No obstante, tratándose de las medidas cautelares contra actos administrativos municipales o regionales el Congreso de la República introdujo un procedimiento especial engorroso que, a nuestro juicio, vulnera los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y el principio de igualdad.

Con la reciente modificación del Código procesal constitucional de la ley Nro. 28946, tiene intenciones ambivalentes, por un lado elimina tramites innecesarios para la emisión de las medidas cautelares en el ámbito de la actuación administrativa de los gobiernos regionales y locales, y, por otro lado, genera impedimentos para la eficacia inmediata de las medidas cautelares dictadas contra las normas auto aplicativas. Sin mencionar las razones que pudieron conducir al congreso a modificar el texto del código procesal constitucional, al parecer el legislador considera que la regulación del proceso constitucional y en concreto las medidas cautelares constitucionales son opciones sin repercusión sobre las expectativas y derechos ciudadanos en concreto.

Las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional en sede jurisdiccional que tiene por fin garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, por

tal razón para la presente investigación se ha optado como universo de estudio la revisión de todos los procesos constitucionales que se han tramitado en los juzgados civiles de la sede de la Corte superior de Justicia del cusco en el año 2007, utilizando la técnica de observación, de los copiadore de sentencias de los diferentes juzgados civiles materia de estudio. Observándose la poca utilización de esta institución por parte de los operadores de derecho por que las solicitudes de las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales en su tramitación sigue siendo engorrosa y poco efectiva para garantizar la tutela judicial efectiva.

En la presente investigación se pretende dar cuenta de la eficacia en la praxis judicial para la aplicación de las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales. Los resultados de la investigación nos permitirá concluir que la única vía para mejorar la agilidad y efectividad de esta institución es que el Congreso de la República modifique el artículo 15 del Código procesal Constitucional, por que con la declaración de la constitucionalidad de los párrafos tercera y cuarta del art. 15 del Código procesal Constitucional que regula los procedimientos de las medidas cautelares contra estos actos administrativos Municipales y Regionales por el Tribunal Constitucional, no se puede inaplicar por control difuso por parte de los jueces.

En la investigación se ha determinado que la realidad ha superado a la norma, por que la aplicación de las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales en los procesos constitucionales no es compatible con la sumariedad y eficacia de las medidas cautelares, por lo que el procedimiento resulta ineficaz para obtener y lograr los objetivos que se persigue con este instrumento jurídico procesal, por tal razón:

a). La hipótesis planteada ha tenido una verificación fáctica en su totalidad, en el sentido de que las Medidas Cautelares Constitucionales contra actos Administrativos Municipales y Regionales, resulta ineficaz para la obtención de la tutela judicial efectiva en los procesos cautelares constitucionales tramitados

en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco en el año 2007.

b). Se ha demostrado que en los tres juzgados civiles materia de investigación que tramitan procesos constitucionales por la violación de los derechos fundamentales por los gobiernos Locales y Regionales, las medidas cautelares formuladas por los justiciables es mínima que no justifica la existencia de la institución de las medidas cautelares contra actos Administrativos Municipales y Regionales.

c). Del desarrollo de la presente investigación, se determina que se puede seguir efectuando otro tipo de investigaciones sobre el principio de contradicción en las medidas cautelares que es fundamental para tutelar el debido proceso, tomando en consideración que en aquellos casos en los que dar aviso del pedido cautelar al afectado puede poner en peligro la ejecución y en los que por razones de urgencia sea necesaria su otorgamiento en forma inmediata, de tal forma que se puede buscar cierto equilibrio entre correr traslado y de no correr traslado a la parte afectada o demandada.

ABSTRACT

This paper deals Efficacy constitutional injunction against acts or Regional Municipal Administrative and judicial protection effective in the Constitutional - I Civil courts of the headquarters of the Superior Court of Justice of Cusco - 2007. ", Which has developed a study in documentary, regulatory and legal field, using deductive methodology to test the hypothesis.

The origin of the investigation is initiated as a result of experiences in carrying out my duties as a lawyer in the free exercise of profession of advocacy in the city of Cusco, where I notice that with the enactment and entry into force of Constitutional Procedure Code is A first step in an effort to change aimed at ensuring the protection of fundamental rights and the principle of constitutional supremacy. However, in the case of the precautionary measures against administrative acts municipal or regional Congress introduced a special procedure cumbersome that, in our view, violates the fundamental rights of access to justice and the principle of equality.

With the recent constitutional amendment to the Judicial Code of the Law no. 28,946, intends ambivalent on the one hand eliminates unnecessary formalities for the issuance of interim measures in the field of administrative action of the regional and local governments, and, on the other hand, creates impediments to the immediate effectiveness of the measures ordered Applicative order against the rules. Without mentioning the reasons that could lead Congress to amend the text of the constitutional procedural code, apparently the legislature believes that the regulation of the constitutional process and in particular precautionary measures are constitutional options without impact on the expectations and civic rights in particular.

The precautionary measures on the way to a constitutional process based on court which is aimed at ensuring the enforcement of the sentence, for that reason for this investigation has been chosen as a group of the review of all

constitutional processes that have been processed in the civil courts of the headquarters of the Higher Court of Justice of cusco in 2007, using the art of observation, of copiers judgments of the various civil courts field of study. Noting the low utilization of this institution by operators of law that requests for interim measures against administrative acts constitutional municipal and regional authorities in their handling remains cumbersome and not very effective in ensuring effective judicial protection.

In the current investigation is intended to reflect the effectiveness of the practice court for the application of constitutional measures against administrative acts municipal and regional authorities. The results of the investigation will allow us to conclude that the only way to improve the speed and effectiveness of this institution is that Congress amend Article 15 of the Judicial Code Council, that with the declaration of the constitutionality of the third and fourth paragraphs Art. 15 of the Judicial Code Constitutional procedures governing the precautionary measures against such acts administrative Municipal and Regional by the Constitutional Court, can not be disapplied by fuzzy control on the part of judges. The investigation has determined that the reality has surpassed the standard, that the application of constitutional measures against administrative acts Municipal and Regional constitutional processes is not compatible with the summary and effectiveness of protective measures, so the procedure is ineffective in obtaining and achieving the goals pursued under this legal instrument procedural, for that reason:

- a). The hypothesis has had a factual verification in its entirety, in the sense that the precautionary measures against acts Constitutional and Administrative Regional Municipality, is ineffective in obtaining an effective remedy in the constitutional injunction pending at the courts of civilians headquarters of the Superior Court of Justice of Cuzco in 2007.

b). It has been shown that the three tried in civilian areas of research dealing with constitutional processes for the violation of basic rights by local and regional governments, interim measures made by the litigants is minimal that does not justify the existence of the institution of measures Administrative measures against acts Municipal and Regional Authorities.

c). The development of this investigation, it is determined that you can continue to make other kinds of research on the principle of contradiction in the relief that is essential to protect the due process, taking into consideration that in those cases where giving notice of the order relief to the affected could jeopardize the implementation and where for reasons of urgency is needed in granting immediate, so that you can find some balance between running and not running transfer move to the affected party or defendant.



INTRODUCCION

El artículo 15 del código procesal constitucional ha introducido cambios sustanciales en la regulación de la medida cautelar. La intención fue alejarse de lo previsto por el decreto ley N° 25433, dictado por Fujimori en el año 1992, que restringió intencionalmente su eficacia. En este sentido establece con claridad los presupuestos necesarios para conocerla, así señala que para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia en la pretensión.

De esta manera supera la regulación anterior e incorpora el principio de adecuación que solo se encontraba previsto tratándose de las medidas cautelares que se dictan en los procesos contenciosos Administrativos ley N°. 27584, ley que regula el procedimiento contencioso administrativo. Así mismo no exige caución de ninguna clase pues lo que se encuentra en disputa, por ejemplo en un proceso de Amparo es la tutela de derechos fundamentales. Además establece un procedimiento mucho más ágil al previsto por la norma que le precedía, pues dispone que se dicte sin audiencia a la parte demandada, no interviene el Ministerio Público, el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo y presenta como límite la irreversibilidad de la misma (art. 15).

Este último significa que la medida cautelar no puede anticipar los efectos de la decisión final, de tal modo, luego no pueda ser alterado por la sentencia en caso de rechazar la pretensión. Este carácter irreversible deberá ser evaluado en función del caso concreto. Se trata pues de un procedimiento tuitivo que se fundamenta en la naturaleza de las medidas cautelares, garantizar que la sentencia pueda cumplirse y en la necesidad de brindar una tutela judicial efectiva y de urgencia para los derechos fundamentales, agrega el artículo 16 del citado código, que la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso adquiere carácter de cosa juzgada, y establece que si la sentencia no reconoce el derecho reclamado, a la

liquidación de costas y costos y, adicionalmente, puede declarársela responsabilidad de quien indebidamente solicitó la medida cautelar imponiéndose, de ser el caso una multa, con ello trata de desalentar pedidos cautelares injustificados que tal como la experiencia lo ha evidenciado no han sido extraños en nuestro país.

La Comisión de Constitución y Reglamentos del congreso introdujo un párrafo del artículo 15 del anteproyecto, estableciendo un párrafo especial para el caso de medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales, adición que fue aprobada por el pleno, por ello en la actualidad el código cuenta con dos procedimientos en materia cautelar: uno general, para todo tipo de actos lesivos, y otro especial, aplicable exclusivamente cuando se trata de actos administrativos Municipales y Regionales.

Cuando se cuestionan actos administrativos y municipales, con lo cual se excluye a las ordenanzas, que no son actos sino normas, se exige para determinar si se concede una medida cautelar requisitos irrazonables. En primer lugar audiencia a la otra parte; en segundo lugar intervención del Ministerio Público; además puede haber informe oral; como también decía el Decreto Ley de Fujimori, la apelación se concede con efecto suspensivo, es decir, solo se ejecuta cuando el superior en grado confirma la resolución impugnada. Finalmente, agrega el referido dispositivo y esto es una novedad que no presentó la norma de Fujimori el pedido cautelar se presenta ante la sala civil de la corte superior y conoce en segundo grado la Corte Suprema.

Ante las posibles alternativas que existen en el panorama comparado para dictar una medida cautelar ,audiencia previa obligatoria, audiencia previa en supuestos excepcionales y procedimiento inaudita parte, el legislador escogió la alternativa más restrictiva, pese a tratarse de un proceso de urgencia destinada a la tutela de derechos fundamentales. De esta manera se desconoció, que incluso en aquellos países que cuentan con audiencia preceptiva de las partes, tal como ocurre con el recurso de Amparo Español,

que el artículo 56.2 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional así lo establece, se ha entendido que en supuestos de urgencia puede concederse una medida cautelar de modo inmediato y a reserva de la ulterior audiencia de las partes, para que el recurso de amparo no pierda su finalidad.

El procedimiento introducida por el congreso desnaturaliza la esencia de una medida cautelar, pues dispone que la resolución que la conceda no se ejecuta de inmediato. De esta manera se desconoce que una medida cautelar debe ejecutarse de inmediato, sin esperar la decisión del órgano de apelación, sin necesidad de firmeza, deberá en su caso ponerse en marcha toda la actividad necesaria para la realización de la medida adoptada. Ello se fundamenta en la esencia de la medida cautelar que busca evitar el peligro que la demora propia del procedimiento de apelación implicaría.

Realmente se trata de un cambio manifiestamente injustificado que viene generando muchos problemas a los justiciables. Dicho procedimiento es más restrictivo que el previsto por el Decreto Ley N° 25433 del 17 de abril de 1992, pues aquel se iniciaba ante el juez y no ante la sala civil de la corte superior y, en consecuencia jamás llegaba a la corte suprema.

Con la reciente modificación del Código Procesal Constitucional de la ley N°. 28946, tiene intenciones ambivalentes, por un lado elimina trámites innecesarios para la emisión de las medidas cautelares en el ámbito de la actuación administrativa de los gobiernos municipales y regionales y, por otro lado genera impedimentos para la eficacia inmediata de las medidas cautelares dictadas contra normas auto aplicativas. Sin mencionar las razones que pudieron conducir al congreso a modificar el texto del Código Procesal Constitucional.

Por ello, en la presente investigación se ha analizado si es que efectivamente viene funcionando las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales como mecanismo jurídico procesal para garantizar la tutela judicial efectiva. En esta línea la investigación

pretende dar cuenta del estado de la gestión y las características de la praxis judicial en la aplicación de las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del cusco, en el año 2007, para que a través de los resultados generar el debate respecto a la eficacia de su aplicación; es decir, se trata de determinar como está funcionando este procedimiento especial establecido por el Código Procesal Constitucional para garantizar la tutela judicial efectiva.

Es importante esta investigación concerniente a la Eficacia de la de las Medidas Cautelares Constitucionales, en los expedientes tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del cusco, durante el periodo del 2007, para buscar, analizar e interpretar la relevancia del problema planteado, formulándose objetivos mediante los cuales se logre comprobar la hipótesis de la investigación, haciendo uso de determinados instrumentos y técnicas de investigación en la recolección de la información y datos que ayuden al análisis e interpretación del tema de Tesis, para llegar finalmente a dar conclusiones que expresen el resultado concreto, objetivo y contextualizado sobre el trabajo de la investigación, el mismo que se basa en determinar la eficacia cautelar constitucional de las medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales en las dependencias investigadas para:

- Analizar, si en la praxis judicial el procedimiento especial para las medidas cautelares constitucionales contra Actos Administrativos Municipales y Regionales introducido por el Código Procesal Constitucional garantizan la Tutela Judicial Efectiva.
- Analizar si la tercera y cuarta parte del artículo 15 del Código Procesal Constitucional garantiza el cumplimiento de la decisión final y además coadyuva al logro de los fines de los procesos constitucionales.
- Identificar, el número de procesos constitucionales y las solicitudes de medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos

Municipales y Regionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la corte superior de justicia del cusco en el año 2007.

- Proponer modificaciones al artículo 15 del código procesal constitucional bajo procedimientos ágiles y sumarísimos.

Para ello, ha sido básico responder las interrogantes en el desarrollo de la investigación tales como:

- a) ¿Existe una justificación objetiva y razonable que sustente el diseño de un procedimiento cautelar constitucional distinto cuando se trata de cuestionar actos Administrativos Municipales y Regionales?
- b) ¿Se puede cautelar el principio de autoridad y evitar los abusos, restringiendo las medidas cautelares, con procedimientos engorrosos que afectan derechos fundamentales?
- C) ¿No hubiera sido más coherente, simplemente establecer la no procedencia de las medidas cautelares en dichos casos?
- D) ¿En los poderes del estado y los organismos constitucionalmente autónomos, por qué, en tales casos, entonces, no se aplican los mismos criterios?

La justificación de la presente investigación, resulta importante, porque del análisis efectuado de la eficacia cautelar constitucional de las medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales de las entidades estudiadas, se ha determinado las causas que influyen en la falta de éxito en la aplicación de las medidas cautelares en los Juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del , y en base a dichos resultados plantear sugerencias para la modificación de la norma procesal constitucional. Por otro lado, es generalizable, porque el tema planteado engloba una institución del derecho procesal constitucional tan importante cuya aplicación evita a que las lesiones contra derechos fundamentales se vuelvan irreparables., también es verificable, porque tanto los métodos de la investigación científica, así como los demás procedimientos metodológicos, que se han a utilizado en la investigación, ayudará a que cualquier profesional del derecho pueda llegar a las mismas conclusiones, muy al margen de la

utilización de los procesos objeto de estudio, y por último, la investigación es de Derecho, porque el problema planteado sobre la Eficacia Cautelar Constitucional contra Actos Administrativos Municipales o Regionales y la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Constitucionales – Juzgados Civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia Cusco- año 2007, pertenece exclusivamente a la ciencia del derecho, y mas concretamente a la ciencia del derecho procesal constitucional por que su regulación es exclusivamente de carácter normativa.

Las informaciones recogidas en la presente investigación fueron personales y con el apoyo de dos colaboradores – estudiantes de los últimos años del Programa de Derecho –. Respecto a la información documental y material bibliográfico, está determinado por la Constitución política del Estado, La jurisprudencia constitucional, diferentes dispositivos legales y tratados doctrinales, que regulan y tienen relación con las medidas cautelares, los materiales de consulta se ha utilizado de las Bibliotecas Especializadas en Derecho constitucional, de la Universidad Nacional de San Antonio Abad y de la Universidad Andina, también se ha utilizado la información bibliográfica del Colegio de Abogados del Cusco, de la Biblioteca de la Corte Superior de Justicia de Cusco, además de otras Bibliotecas especializadas en derecho constitucional, así como la ayuda del Internet; también se ha contado con información de campo obtenida de los datos de los procesos de los Juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia de la ciudad del cusco, tales como resoluciones, sentencias y datos informativos, para lo cual se ha utilizado fichas: bibliográficas, documentales, de observación, y de datos, las mismas que cuentan con su propia Matriz de Registro, donde se han consignado

En la elaboración del bosquejo teórico, como del análisis de datos, se ha efectuado en base al criterio básico de las variables e indicadores, las mismas que son determinadas como atributos y objetos de estudio, determinados por:

VARIABLES

La Eficacia cautelar constitucional.

Indicadores y Sub-Indicadores

a. A Nivel Doctrinario

- En la Dogmática Jurídica
- En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

b. A nivel Normativo

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Procesal Constitucional
- Código de Prosal Civil
- Ley N°. 28946.

c. A nivel Operacional

- Número de procesos constitucionales en los que se ha solicitado las medidas cautelares.
- Número de cuadernos de medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales.
- Número de procesos constitucionales contra gobiernos locales y regionales por la violación de derechos fundamentales.

El informe de la investigación se ha desarrollado en cuatro capítulos; el primer capítulo trata sobre. **ACCION Y JURISDICCION CAUTELAR**, En este se refiere a la jurisdicción del proceso cautelar que es siempre la misma potestad del juez, en el proceso de conocimiento. El juez que conoce el proceso principal, es el mismo que conoce el proceso cautelar, el derecho de pedir medida cautelar, no es diverso del que se debe declarar en el proceso definitivo o del fondo.

La unidad fundamental de la jurisdicción, con la acción cautelar, y con la acción de fondo se desarrollan en el proceso definitivo de cognición o de ejecución preventiva, como una unidad coherente, esto explica el por qué el juez del

proceso cautelar, opera mediante la interpretación, o la administración cuando sea necesaria, del mismo modo en que opera en el proceso definitivo.

El segundo capítulo trata sobre” LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD CONTRA LAS ACTUACIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES”, se refiere al artículo 15 del código procesal constitucional, que reconoce dos tipos de medidas cautelares: ordinarios y especiales. Las primeras proceden en todos los casos en los procesos de amparo, Habeas Data, de Cumplimiento; mientras que las segundas proceden solo en caso de que se cuestione un acto lesivo emanado por un gobierno local o Regional. La diferencia con la que se reguló una y otra fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional. Su investigación y análisis se efectuará para determinar si en su regulación y en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se han respetado los parámetros constitucionales que garantizan una adecuada protección de los derechos fundamentales; **“ANÁLISIS DEL ARTICULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL”**. Que ha previsto que el juez Constitucional adopte medidas cautelares a solicitud del demandante con el objeto de garantizar el cumplimiento de la decisión final y además para coadyuvar al logro de los fines de los procesos constitucionales. De esta manera también se evita que la afectación al derecho involucrado se vuelva irreparable por el paso del tiempo o que la amenaza a éste se concrete; **“LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO”**. Trata de las recientes modificaciones del código procesal constitucional de la ley número 28946, que tiene intenciones ambivalentes, por un lado elimina trámites innecesarios para la emisión de las medidas cautelares en el ámbito de la actuación administrativa de los gobiernos regionales y municipales, y por otro lado genera impedimentos para la eficacia inmediata de las medidas cautelares dictadas contra normas auto aplicativas.

En el tercer capítulo se ha desarrollado los “LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN DEL AFECTADO EN EL PROCESO CAUTELAR”. En este capítulo se desarrolla los lineamientos generales dentro de los cuales se llevará

acabo la concesión de medidas cautelares y la suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, Habeas Data y de Cumplimiento. Sin embargo dicho cuerpo normativo no realiza referencia alguna respecto a la participación del afectado en la medida cautelar. Por lo que se debe determinar la forma de suplir dicha deficiencia.

De la revisión del título preliminar, nos topamos con el artículo IX que establece la aplicación supletoria de otros códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo; **“EL PRINCIPIO DE IGUALDAD”**. En este acápite se desarrolla el argumento según el cual la finalidad de la norma es cautelar “el principio de autoridad” y evitar los abusos, enfrentado a la necesidad de contar con un instrumento procesal ágil y expeditivo que impida la irreparable afectación de un derecho fundamental, carece de sustento suficiente. Y es que el principio de autoridad no puede permitir la vulneración de derechos fundamentales; y los abusos que se han vulnerado no se resuelven restringiendo la medida cautelar, sino estableciendo una regulación más detallada como la planteada por el código; **“LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”** Se refiere Si aceptamos que la medida cautelar debe garantizar el “valor eficacia”, resulta lógico que el diseño de su procedimiento también lo haga. A nuestro juicio con la intervención inocua del Ministerio Público, con posibilidad de solicitar informe oral, traslado a la parte demandada y apelación con efecto suspensivo, no garantiza el valor eficacia en el proceso. Como afirma el Tribunal Constitucional Español que la “tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

Finalmente, en el Cuarto capítulo se desarrollará” RESULTADOS DE LA INVESTIGACION SOBRE LA EFICACIA CAUTELAR CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES O REGIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES JUZGADOS CIVILES DE LA SEDE CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CUSCO Año 2007”

En este capítulo se efectuará la sistematización de la información mediante la tabulación de los resultados obtenidos en la investigación de campo efectuado en los expedientes sobre procesos constitucionales y los cuadernos de medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco, en el año 2007.



CAPÍTULO I

ACCION Y JURISDICCION CAUTELAR

La jurisdicción del proceso cautelar es siempre la misma potestad del juez, en el proceso de conocimiento.

El juez que conoce el proceso principal, es el mismo que conoce el proceso cautelar.

El derecho a pedir medida cautelar, no es diverso del que se debe declarar en el proceso definitivo o de fondo.

La unidad fundamental de la jurisdicción, con la acción cautelar, y con la acción de fondo, se desarrollan en el proceso definitivo de cognición o de ejecución preventiva, como una unidad coherente, esto explica el porqué el juez del proceso cautelar, opera mediante la Interpretación, o la administración cuando sea necesaria, del mismo modo en que opera en el proceso definitivo.

Para la actuación de la. cautela., es suficiente el proceso de conocimiento y por ende, es necesaria la ejecución preventiva. Actuándose de la misma forma que se opera con el proceso de conocimiento si en éste, es necesario e incuestionable contar con el proceso cautelar.

De este racionamiento podríamos decir que el proceso de conocimiento iniciado o .por iniciarse da seguridad a la pretensión cautelar, pero además, sin el cautelar, el proceso de conocimiento de fondo, no podría garantizarse su eficacia.

Puede ocurrir por ejemplo, que la orden de secuestro judicial, sea suficiente, a fin de que los bienes secuestrados se entreguen sin más al

secuestrante, así como la **asignación anticipada** de alimentos induzca a quién es obligado a ello, prestarlos espontáneamente; pero si esta hipótesis no se verifica, es claro que una u otra medida, deben dar lugar a la ejecución forzada CARLOS HERNANDEZ LOZANO. Art. 612 CPC “...Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”¹

1.1. LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA

a) LEGITIMIDAD ACTIVA

GOZINI (1992 Tomo 1 Volumen 2: 826): La legitimidad activa sólo la obtiene quien es o vaya a ser parte en el proceso. La Titularidad del derecho subjetivo, orienta la capacidad de postulación en el proceso cautelar”²

Por consiguiente, interpuesta **la demanda por persona** distinta que no tengan legitimidad para actuar o interés específico, deberá procederse a revocar la medida cautelar que se había solicitado y otorgado. **(ANGELES JOVE, 1995: 168)**

En “Función de la demanda principal” y en atención al principio de instrumentalidad o accesoriedad y subordinación del proceso cautelar, respecto del proceso principal o definitivo exige, que la legitimación sea la misma del principal, es decir los intereses deben complementarse.

Otros autores señalan que la legitimidad puede también solicitarlo el acreedor como el deudor. Ya que éste puede denunciar bienes de difícil realización, o que hagan ilusoria la medida, en consecuencia el acreedor tiene derecho a solicitar que el juez se **abstenga** de decretarlas, **(AZULA CAMACHO, (1994, Tomo IV: 130)”³**

¹ HERNANDEZ LOZANO, Carlos. “Código Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.

² GOZONI, Carli. “Titularidad en las Medidas Cautelares”. Barcelona – España. 1995.

³ AZULA CAMACHO, Jaime. “Manual del Derecho Procesal Civil Editorial Tecnos S.A. Santa Fe – Bogotá – Colombia.

Un tercero, también puede tener legitimidad para accionar con la medida cautelar, con relación a los bienes y derechos, que requieran ser defendidos por ser su derecho en cuestión debatido.

El litisconsorte activo y el activo y el litis consorte necesario pasivo, también gozan de legitimidad en el proceso en caso de que hubiera formulado reconvencción.

b) LEGITIMIDAD PASIVA

Respecto al sujeto pasivo, interesa destacar que debe coincidir con la persona que resulte deudora, porque si el patrimonio afectado, es de un tercero desvinculado de la relación procesal, la medida precautoria es improcedente.

Las medidas se dirigen a asegurar el resultado de una sentencia que produzca efectos de cosa juzgada entre las partes y si los intereses afectados son de terceros, queda sin sustento el presupuesto de razonabilidad, verosimilitud o presunción del derecho, en cuya preservación se ha decretado.

La legitimidad pasiva recae sobre la persona del afectado o ejecutado y también en la del litisconsorte necesario activo, en el supuesto de haberse planteado la reconvencción.

La legitimidad pasiva comprende asimismo a los sucesores del demandado y a los terceros que tengan relación o interés con la pretensión principal (siempre que hayan sido citados con la demanda (623 del CPC)

1.2. ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

El Artículo 54 del CPC, señala que dichos órganos, cumplen una función de apoyo y colaboran con la administración de justicia, en determinadas labores de utilidad para el desarrollo del itinerario procesal.

El Art. 55 del **CPC**, señala a los órganos de auxilio al perito, depositario, interventor, martillero público, el curador procesal, la policía y los órganos que determine la ley. El cuerpo médico forense estaría incurso dentro de los órganos de auxilio.

En las Medidas Cautelares, participan de manera directa los siguientes órganos de auxilio Judicial¹:

El Depositario, el custodio, el interventor (Recaudador o Informador) el administrador.

La autoridad policial o fuerza pública, participan en los cateos o cierre de las empresas y todo lo relacionado a sus funciones.

No se consideran como órgano de auxilio al veedor y al retenedor. La retribución por su trabajo al veedor esta dispuesto en el (Art. 634 del CPC).

El retenedor tiene obligaciones y responsabilidades como también el Depositario, dispuesto por la última parte del artículo 657 del **CPC**. Las funciones de cada uno de estos órganos de auxilio se estudiarán en los embargos respectivos.

1.3. LA PLURALIDAD DE ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL SUS DERECHOS Y RESPONSABILIDADES

El juez se encuentra facultado para designar más de un órgano de auxilio judicial, cuando la Medida Cautelar recae sobre más de un bien, éstos deben de contemplar en el inventario o Acta de levantamiento del embargo la naturaleza jurídica de cada bien.

El Art. 631 del CPC, señala que el juez puede designar más de un órgano de auxilio judicial de tal manera que dicha disposición se dirige a proteger, no sólo los intereses del afectado con la medida cautelar sino también los del sujeto procesal que lo solicitó, al permitir que haya mayor atención,

cuidado y control del bien cautelado, que hace más difícil cualquier posibilidad de pérdida, sustracción, o improductividad.

Los derechos que se les otorga a los órganos de auxilio son el de ser retribuidos, lo mismo que es fijada por la ley.

- Cuando se interpone apelación contra la resolución que fija retribución del órgano de auxilio judicial cuyos fundamentos legales están amparados en el Art. 1. Del Título Preliminar. Art... 364 del CPC y el artículo pertinente a las Medidas Cautelares solicitada. Los responsables del pago recaen en los solicitantes de la medida cautelar, y con cargo a la liquidación final, los honorarios de éstos, lo constituyen las costas judiciales que deberán ser pagadas por el sujeto pasivo de la relación procesal. Siempre y cuando éste resulte vencido en el proceso principal. (Art. 632 y 412 del CPC)

Los órganos de auxilio judicial tienen el pleno derecho a reclamar la decisión referida a la retribución y por consiguiente se apela sin efecto suspensivo. (Art. 632 del CPC última parte).

1.4. FISCALIZACIÓN DE LA LABOR DEL ORGANO DE AUXILIO JUDICIAL

El Juez, es el director del proceso, puede ser fiscalizador de la labor de los órganos judiciales, también pueden desarrollar esta función los demandantes y demandados (no estando en discusión su legítimo interés), los litisconsortes necesarios, así como el tercero que sufre la afectación de un bien de su propiedad (cuando se haya acreditado su relación o interés con la pretensión principal (Art 623 del CPC).

Es propio que el acreedor concurrente, en defensa de sus intereses, también se encuentra legitimado para solicitar que se fiscalice la función del órgano de auxilio judicial.

Existe un veedor especial, que su función preponderante es la de información.

En el Art. 633 del CPC dispone que “cualquiera de las partes puede pedir la designación de un veedor que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial.

En la resolución cautelar se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que presentará sus informes escritos los que serán puestos en conocimiento de las partes.

En atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo subrogar al auxiliar observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.

Con referencia a la subrogación, el recurso de apelación procederá a fin de que el superior en grado lo examine y proceda a revocar la resolución que subroga, al órgano de auxilio judicial designado y al efecto de que se forme el correspondiente cuaderno de apelación. El veedor como hemos anotado no es un órgano de auxilio es el responsable por los daños y perjuicios que se produzcan sin perjuicio de la responsabilidad a que se refieren los artículos 371 y 409 del Código Penal (que tratan sobre los delitos de omisión de declarar e informar, falsos datos (Ultimo párrafo del Art. 634 CPC).

Otro aspecto de importancia es cuando se verifique del texto del acta de embargo del Cuaderno Especial de Medidas Cautelares, hechos que evidentemente constituyen indicios razonables para la comisión de un delito perseguible de oficio previsto como violencia y resistencia a la autoridad judicial y policial, tales hechos deberán ser puestos a conocimiento del Ministerio Público, a efectos que actúe con arreglo a sus atribuciones, conforme lo dispone el Art. 3 del CPP, sin perjuicio de continuar la presente, conforme a su estado.

No sólo la responsabilidad recae en los órganos de auxilio sino también en el Juez y el Secretario.

Cuando el Juez, designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. En este caso, será sometido al procedimiento especial establecido en este Código.

El Secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan por su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción la aplicará el Juez a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realizará en el cuaderno de medida cautelar. La decisión es apelable con efecto suspensivo. **(Art. 509 y 518 del CPC)**

1.5. PLURALIDAD DE ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

El Art. 631 del CPC, expresa la pluralidad de órganos de auxilio judicial cuando esta medida recae sobre un bien, naturaleza y ubicación que lo justifiquen. El Juez puede designar más de un órgano auxilio.

El magistrado, será prudente para que no exista la co-existencia de auxilios distintos, eligiendo al que parezca al más apto para salvaguardar los distintos intereses de los particulares y según la naturaleza del auxilio recurrirá a un perito colegiado.

El artículo 634 del CPC. Señala que el Veedor se asimila al órgano de auxilio judicial para los efectos de su retribución.

El veedor, que incumpla sus obligaciones es responsable por los daños y perjuicios que se produzcan sin perjuicio de la responsabilidad a que se contraen los Arts. 371 y 409 del CP.

1.6. LAS PARTES Y SU LEGITIMIDAD

Es requisito de admisibilidad que las partes que pretenden formular acreencias, intereses materiales o personales deben hacerlo acreditando su participación en el litigio principal, con documentos, cuyo principio de prueba será por escrito u otros medios atípicos.

“No solo ha de demostrarse la existencia objetiva de la situación de hecho que recaiga en un periculum in mora, sino también la atribución subjetiva de su titularidad activa y pasiva. Ha de ser –como a veces- dice: MANUEL ORTELLES RAMOS, “subjetivamente suficiente”.⁴

Para CHIOVENDA, la Legitimidad se “Expresa que, para que el Juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponda precisamente a aquel que lo hace valer, es decir considere la identidad de la persona del actor, con la persona en cuyo favor está la ley (legitimidad activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quién se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)

En el Proceso Cautelar, la legitimación activa se lo da la relación jurídica sustantiva del proceso de fondo o las copias certificadas de aquel, que se va a instaurar en un plazo de diez días posteriores.

“Hay que distinguir que la legitimación activa se lo da la relación de titularidad del derecho, diferente a la legitimatio ad procesum, que se refiere a la capacidad procesal, o aptitud de comparecer”⁵

En otro aspecto, de la legitimidad, la tenemos con el Tercero, no por ser demandante ni demandado, ni iniciadores del proceso cautelar, sino por tener conexión con el objeto, que constituye ser el titular del bien. En

⁴ ORTELLES RAMOS, Manuel. “La Tutela Cautelar del Derecho Español Granada – 1996 Pág. 29.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituciones del Derecho Procesal Civil”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1940.

consecuencia la Medida Cautelar sobre los bienes del Tercero, afectan a éste, por lo que, solicitará su desafectación de los bienes. Hay que recordar que no existe relación de personas con las cosas o bienes sino vínculos de obligacionalidad o conexión.

El litis consorcio necesario es también parte del proceso pero el juez de oficio negará el pronunciamiento sobre la medida, si no figuran como demandantes y/o demandados todos los litisconsortes.

La participación de un tercero se halla en una situación que requiere legitimación, para intervenir en el proceso, puede hacerlo no solo en el proceso principal sino también en el cautelar, que se desarrolla como incidente del mismo, sino también en el proceso cautelar que se inicie antes de que el principal se incoe (en ese término de diez días sino caduca. (Art. 636 CPC).

El tercero que resulte ilegítimamente afectado por la ejecución o cumplimiento forzoso de una resolución cautelar, pueda defenderse eficazmente frente a esta intromisión en su esfera jurídica. Esta necesidad requiere, por un lado encontrar soluciones, no directamente previstas por la ley, y por otro lado, adaptar regulaciones principalmente establecidas para el proceso de ejecución (por ejemplo puede el tercero, entablar una tercería de dominio si el bien del tercero sólo ha sido afectado en un embargo preventivo) Es obvio que todo riesgo de futura enajenación forzosa, la afectación y sus garantías causan un perjuicio actual.

1.7. RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA EMERGENTE DEL PROCESO CIVIL CON MEDIDA CAUTELAR

El Artículo 621 del CPC, norma los procesos concluidos desestimatorios de demanda asegurados con medida cautelar. Esta establece lo siguiente: Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar el titular de ésta pagará las costas y los costos del

proceso cautelar, una multa no mayor de diez unidades de Referencia Procesal, y a pedido de parte, podrá ser condenado también a individualizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso., previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multas es apelable sin efecto suspensivo: la que establece la reparación indemnizatoria, lo es con efecto suspensivo”

De lo precitado debemos distinguir que la **MULTA** de la obligación indemnizatoria tiene naturaleza y finalidad distinta.

MULTA es una medida sancionatoria impuesta por el juez de oficio a cualquiera de las partes en los casos previstos en el CPC, como por ejemplo en los casos de “Temeridad o mala fe” que preceptúa el artículo 112 del mismo cuerpo legal acotado. Que independientemente de éste artículo el Art. 110 del CPC acota que el “Juez independientemente de las costas que correspondan, impondrán una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal” (Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados).

La temeridad y la mala fe se sancionan con MULTA, si se considera que. abiertamente han infringido la ley en sus actuaciones, así lo preceptúa el artículo anotado: “Cuando el Juez considera que los Abogados han actuado con la temeridad o mala fe, al interponer sus recursos, señalando en la norma que si los abogados que “manifiesten carencia de fundamento en la demanda o solicitud de cautela, contestación y medio impugnatorio; cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; cuando se obstruye la actuación de medios probatorios; cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el

desarrollo normal del proceso; cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación”, (la Multa será no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal)

La imposición de una multa y el dinero obtenido para su cancelación constituye un ingreso propio del poder judicial (Art. 420 del CPC) por lo que la multa no puede ser homologada con la indemnización que beneficie a la parte afectada.

La multa es el ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso precede su exoneración El pago de COSTAS y COSTOS tienen como destinatario a la parte vencedora, LAS COSTAS, está constituidas por “tasas judiciales, Los honorarios de los órganos de auxilio judicial y Los demás gastos judiciales realizados en el proceso” (Art. 410 del CPC) LOS COSTOS por su parte son honorarios del abogado de la parte vencedora más un cinco (5%) por ciento destinado al Colegio de Abogados de Lima o del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados, en los casos de Auxilio Judicial)”

En conclusión la multa, las costas y costos si bien tienen contenido económico están desprovistas de naturaleza indemnizatoria, su finalidad está destinada a la obligación de resarcir.

1.8. RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA EMERGENTE DE UN PROCESO CIVIL SIN MEDIDA CAUTELAR

Son aquellos procesos civiles de cognición sin medida cautelar alguna.

La norma considera la posibilidad de postular una pretensión indemnizatoria por el ejercicio irregular del derecho de acción. Los litigantes maliciosos además de pagar las costas, costos y multas establecidas en el proceso cautelar, pagarán una indemnización por el ejercicio irregular del derecho de acción.

La previsión normativa está en el Art. 4, del CPC que alude directamente al derecho a indemnizar. “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicio que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”

La posibilidad indemnizatoria que examinamos sin duda alguna tiene como finalidad atenuar y evitar el ejercicio temerario del derecho de acción que lesiona no solo al demandado sino al propio Estado, obligándosele a desplegar inicialmente un conjunto de actividades procesales con la consiguiente inversión estéril de dinero.

Recordemos que para reclamar indemnización es requisito el haber agotado previamente un proceso civil de cognición o de ejecución

1.9. INDEMNIZACIÓN POR EJERCER EL DERECHO IRREGULARMENTE

La interposición de la demanda, es la materialización del derecho a tutela jurisdiccional efectiva que goza de protección constitucional. EL INTERES por el cual el acto se promueve y se pone en funcionamiento a los órganos de la jurisdicción. No siempre reflejan los verdaderos fines de la tutela jurisdiccional efectiva.

El ejercicio irregular del derecho, por parte del abogado y actores, algunas veces se ven reflejados en intereses ocultos y por ende no expuestos en la demanda.

Los fundamentos de hecho, propuestos en la demanda no siempre son los precisos y verdaderos, sin embargo se construyen, se orquesta un fundamento sin consistencia jurídica.

Los actos de postulación, deben de presentar signos, formalmente

admisible y procedente, de lo contrario, solicitar una medida cautelar amparándose en instrumentos falsos y propuestas temerarias que corresponden a una ética de formación profesional de ninguna Universidad, sino ya de los ancestros propios del individuo.

Art. 1969 CC “Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”

La pretensión indemnizatoria emanada del proceso cautelar presenta dos formas: primero la pretensión indemnizatoria debe postularse en el proceso cognitorio, y luego de concluido el proceso, surge la responsabilidad extracontractual, y en el segundo caso la pretensión indemnizatoria cautelarmente garantizada con la contracautela, se solicita en el mismo proceso, ante el mismo juez de la demanda quién la fija, en una tramitación cognitoria especial y sumarísima: previo traslado por tres días.

El recurrente al trabar el embargo en forma no permitida por la ley es clara evidencia que no ha actuado en el ejercicio regular de un derecho por lo que no resulta aplicable el inciso 1ro del Artículo 1971 del Código Civil

1.10. NUMEROS APERTUS

El interés, que se pretende incoar y que debe tener la connotación y relevancia jurídica para el derecho, y ejercitarlo como garantía de tutela jurisdiccional efectiva dentro de un debido proceso, genera hechos jurídicos procesales como el de asegurar. Modificar, conservar, preservar, un derecho material, personal y/o individual, requieren de una calificación ordenada de Derechos.

La solicitud de pretensión de una determinada naturaleza de acción como lo es la solicitud de Medidas Cautelares, en el proceso cautelar preventivo,

conlleva a establecer según “Endemann” un hecho jurídico que “debe comprenderse en la totalidad de las suposiciones jurídicas materiales, necesarias para la producción de un efecto jurídico” Y agrega que con exclusión de las presuposiciones de carácter general, para la aplicación de las reglas de derecho, quedan como factores constitutivos de las relaciones jurídicas, los hechos jurídicos en sentido propio, debiéndose entender como tales los acontecimientos reconocidos como importantes por el orden jurídico y como determinantes para la producción de un efecto jurídico.

Efectivamente hay pretensiones que terminan siendo declarativas o constitutivas de derechos, dichos conceptos no son afines, pretensiones declarativas o constitutivas.

Las demandas declarativas que se pretenden, presentan incertidumbres, y adquieren la seguridad, como la declaración de bien propio por prescripción (CPC: 952) y demandas constitutivas, que alteran o generan nuevos derechos a las personas, situaciones de efectos futuros como por ejemplo las demandas de filiación (402 CC) en la que la “incertidumbre” cesa (CHIOVENDA)

Estas disposiciones normativas nos conducen a establecer que, hay otros derechos que también las normas contemplan, por la trascendencia y amplitud de derechos (multidisciplinarios) que tengan que acogerse a un criterio de “números apertus” a los derechos de reciente configuración, cuyo fundamento reside en que los derechos reales interesan no sólo a los particulares sino también a la comunidad.

El CC., uniforma toda una gama de derechos sobre los bienes, en una categoría perfectamente definidas y con características bien determinados. Facilitando la labor del registrador en cuando a la clasificación.

Las nuevas construcciones jurídicas, previenen las satisfacciones de

nuevas exigencias jurídicas, llamando a una configuración de números apertus de medidas cautelares que la nueva doctrina y la jurisprudencia consolida diciendo que “la actual regulación se realiza de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de numero cerrado o limitado (números clausus), por lo que normativamente y preliminarmente se diga en los códigos modernos constituyen un “catálogo meramente enunciativo de medidas que pueden adaptarse con carácter cautelar, dejando claramente, de manifiesto que se trata de un números apertus de tal manera que pueden ser adoptadas otras medidas distintas a las expresadas en los mencionados códigos en general” (Universidad de Valencia – Montero Aroca y otros-1989-internet)⁶

1.11. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Nuestro ordenamiento procesal en Art. 612 del **CPC**, está referido a las características de las medidas cautelares y preceptúa lo siguiente:

“Toda Medida Cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable” (Art. 612 CPC)

Pero, si delimitamos estos conceptos pecaríamos de no ser analíticos e investigadores.

El presente trabajo de las Medidas Cautelares, considera la necesidad de ampliar este panorama de características.

Las siguientes características han sido estudiadas para contribuir, enriquecer el contenido y también al esclarecimiento de conceptos de tan importante mecanismo y/o instrumento procesal para el DERECHO, como son las Medidas Cautelares.

⁶ ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico – Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial”. América Editores – Buenos Aires.

a) JURISDICCIONALIDAD

Toda resolución es dictada por un órgano jurisdiccional que tiene jurisdicción y competencia. Las medidas cautelares referidas son de naturaleza procesal y por ende jurisdiccionales.

La doctrina no considera resultante de la actividad administrativa de los tribunales, a las Medidas Cautelares, por la circunstancia de establecerse inaudita parte.

Se vincula las Medidas Cautelares, con el conflicto a resolver por la justicia, destinadas a un servicio de la expresión jurisdiccional máxima: la sentencia que-resolverá sobre la pretensión principal.

Las medidas cautelares son jurisdiccionales porque **“cautelan de manera inmediata” (incluido)**, es decir son actos anticipados de una actividad probatoria., reconocida jurisdiccionalmente (MORETTI: 1962:645)⁷

La medida cautelar es jurisdiccional, porque se adelanta a ciertos efectos del fallo, lo que representa en esencia una tutela que sirve indirectamente para asegurar la efectivización de la relación jurídica sustancial.

b) SUMARIEDAD

Es sumaria y expeditiva en razón de la celeridad en su tramitación y la suspensión de los Principios de Bilateralidad y Contradicción. (al no ser notificado el sujeto pasivo -deudor-ejecutado), porque el proceso de cognición de cautela. no es exigente o exhaustivo como acontece en el proceso principal, por cuanto se requiere solamente acreditar, no la certeza de la existencia del derecho (que se debatirá en el proceso principal), sino su razonable probabilidad.

ANGELES JOVE, señala que el proceso cautelar tiene un procedimiento sumario. Procedimiento en forma abreviada, rápida o procedimiento de cognición limitada (JOVE: 1995: 145). “Esto implica que el Juez tiene ante si una delicada decisión cuando se le solícita sin contradictorio y en

⁷ MORETTI, Raúl. “Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares”. Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo – Uruguay. Julio – Setiembre 1962.

segundo lugar debe hacerlo en forma expeditiva”⁸

Dentro de esta característica de sumariedad se suman criterios que integran la sumariedad conforme lo señala PALACIOS. (1992: Tomo VII: Pg. 47) “la Fragmentariedad o la Superficialidad impuesta al conocimiento judicial).

Esta superficialidad configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, cuya instrumentalidad determina en las resoluciones que en él se adopten, sean el resultado, no de un juicio de certeza, sino de mera probabilidad por la existencia de acontecer un derecho alegado o discutido de fondo”

Es claro comprender que las características de ambos procesos (fondo y preventivo) se unen por medio de un cordón umbilical o núcleo, cuyo ligamen, permiten que el principal sirva como soporte necesario para solicitar las medidas cautelares que parten de un mismo interés, pero al fragmentarse o dividirse, ambos por caminos procedimentales diferentes, llevan al primero a la eliminación de la incertidumbre y el segundo a prevenir daños afectando bienes o derechos.

El primero, es la garantía de la bilateralidad y contradicción de fondo, mientras que el segundo es la garantía sumaria y rápida de una razonable y verosímil necesidad de cautelar los derechos urgentes.

El sumarismo o sumariedad que señala el artículo 640 del CPC, se debe al Cuaderno Especial Cautelar, que se forma, con las copias certificadas de la demanda principal, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a los documentos sustentatorios.

⁸ JOVE ANGLES, María. “Medidas cautelares innominadas en el Proceso Civil” J.M. Busch Editores S.A. Barcelona.

Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal.

Así mismo, cuando se solicita medida cautelar antes de la interposición de la demanda (de fondo) se argumentará con la carga de la prueba

“La metáfora de que dos caminos pueden conducir a un mismo destino, que indudablemente sea el proceso declarativo o constitutivo de fondo y el preventivo que garantiza al primero, con la consecuente finalidad del proceso, logre la paz en justicia”⁹

Y la aportación filosófica de la ciencia experimental como un proceso en la que se evidencia la complementariedad que puede darse en todo proceso estructural científico y social.

c) PROVISIONALIDAD

Es otra de las características más señaladas y sobre ellas insisten, uniformemente los procesalistas al indicar que las medidas cautelares son provisiones porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinan.

La medida cautelar caduca con la sentencia definitiva

El carácter provisional de la medida y por ende del proceso cautelar, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil del siguiente modo “Resuelto el principal, en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

La ejecución judicial se iniciará, afectando el bien sobre el que recae la Medida Cautelar a su propósito. (Art. 619 del CPC).

El carácter provisorio de una medida cautelar también se manifiesta, en el hecho de que su rechazo no implica que no pueda nuevamente ser

⁹ GONZALES MOLLIN. “Notas acerca del secuestro o embargo preventivo” Revista de Derecho Público y Privado N° 104. Febrero 1997. Pág. 97 Montevideo.

solicitada en el mismo expediente, si las circunstancias así lo ameritan, formándose el Cuaderno incidental o Cuaderno Especial de medidas cautelares.

Solo se mantendrán vigentes las medidas cautelares mientras cumplan su función de aseguramiento, no son definitivas, pudiendo modificarse en función del resultado del proceso de fondo o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas.

Es por eso que estas medidas no pretenden ser indefinidas en el tiempo sino únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento.

d) INSTRUMENTALIDAD

La instrumentalidad como la provisionalidad se puede entremezclarse, sin embargo la instrumentalidad esta detallada específicamente en nuestro ordenamiento, por lo que, pertenece a una calificación instrumental específica de la Medida Cautelar.

El proceso cautelar no constituye una finalidad en si mismo, sino que se halla necesariamente vinculado a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, es decir su razón está sellada por la sentencia futura a dictarse.

El proceso carece, en rigor, de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de instrumentalidad o subsidiariedad (Alberto HINOSTROZA MINGUEZ: 2002 - Pg. 31).

Las medidas cautelares son conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial, que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Al no tener por sí, sustantividad propia, el objetivo de ésta medida es servir de medio para la actuación de la voluntad concreta de la ley o el derecho sustantivo. De tal manera que una medida cautelar estará

siempre subordinada a un fallo definitivo e incluso cuando preceda el proceso cautelado, siempre su existencia está en función del fallo definitivo.

La medida cautelar es a su vez el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia. En ese sentido, la instrumentalidad de las medidas cautelares es una instrumentalidad cualificada (potenciada): “como decía gráficamente Calamandrei: una instrumentalidad elevada al cuadrado”.¹⁰

Otro aspecto es de señalar que con la instrumentalidad se configura con respecto a la actuación del derecho sustancial, una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz cumplimiento de ésta o bien que el proceso mediante el cual esa **tutela se exterioriza persiguiendo, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto** (PALACIOS, 1992, Tomo VII: Pág.: 45).

Por otro lado NOVELZINO (citado por Martínez Botos, 1994: Pág:32) “señala que el carácter instrumental de la medida cautelar que no puede existir de ninguna manera por sí misma sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o a promoverse dentro de un lapso determinado, sin el cual no tiene razón alguna de ser” No coincidir con opiniones de diferentes juristas no signifique que “la concepción del proceso cautelar sea mero anexo del procedimiento declarativo o ejecutiva difícilmente se podrá distinguir con claridad sus verdaderos contornos, provocando inevitablemente aquella “ilógica y antieconómica duplicación de alegaciones y pruebas del proceso principal” (ORTELLS-Barcelona)”¹¹

CALAMANDREI: “Si para emanar la medida cautelar fuese necesario un

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Buenos Aires. 1942.

¹¹ ORTELLS RAMOS. “La tutela cautelar del Derecho Español”. Madrid. 1996.

conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud”¹² Efectivamente si el proceso cautelar por lo que representa: un procedimiento accesorio, que sigue la suerte del proceso principal. Es evidente que sin éste el procedimiento cautelar no tendría razón de ser ni finalidad alguna.

En consecuencia el proceso cautelar no es autónomo según CALAMANDREI, sin embargo nuestro parecer se enfoca que existe autonomía procedimental, por existir un proceso breve de cognición (sumarísimo) cuyos presupuestos admiten admisibilidad y procedencia procesal, como que no es un simple remedio de alegaciones ni duplicaciones económicas puesto que soluciona preventivamente una situación de emergencia, daño, de prevención de todo derecho constituyéndose en un estatus procesal diferenciado en su estructura interna de valoración de conflictos e incertidumbres de forma preventiva e inmediata, que se cristaliza de igual modo con el interés que tiene la tutela jurisdiccional del Estado.

CARACTERÍSTICA ESENCIALES DE LA INSTRUMENTALIDAD

Sólo pueden adoptarse medidas cautelares estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso de fondo dentro de cierto plazo (diez días), opera como condición resolutoria (caduca) la medida acordada. Deben extinguirse cuando el proceso principal termine.

Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida cautelar debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser

¹² CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Buenos Aires.

asegurados. Si la pretensión ha sido estimada la medida también podrá desplegar sus efectos propios en razón de la sentencia principal.

Los efectos jurídicos son diferentes según las medidas que se adopten y coinciden solo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal. En algunos casos puede llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter principal. En todo caso la instrumentalidad de la Medida Cautelar le hace incidir con intensidad variable sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en este se dicte.

Las medidas cautelares se dispensan en un proceso sumarísimo.

La instrumentalidad anticipada en el Proceso Cautelar es contrarrestar el riesgo de pérdida de ciertos resultados probatorios por la necesaria demora del momento normal de recibir la prueba en un proceso. La prueba recibida anticipadamente por esa razón no es instrumental respecto a la sentencia, de un modo diferente a como lo es la prueba practicada en el momento normal al igual que ésta, aquélla sigue estando al servicio de la formación de la convicción judicial.

Una relación de instrumentalidad entre la medida cautelar y la sentencia principal precisamente consiste en el aseguramiento de la ejecución de esta última.

Hay procesos que tienen por objeto asegurar pretensiones declarativas o constitutivas en que se establecen Medidas Cautelares, sin embargo, no aseguran la ejecución porque persiguen que la sentencia que se dicte sea prácticamente útil al favorecido por ella. Así por ejemplo la anotación preventiva de la demanda en que interponga una pretensión meramente declarativa de dominio: la suspensión de un acuerdo social objeto de una pretensión constitutiva de anulación.

No tiene sustento la afirmación de que a través del proceso de Medidas Cautelares, se ha impulsado el proceso principal. El proceso Cautelar no influye en el principal.

Cuando los bienes en los que se ha recaído la Medida Cautelar son necesarios e indispensables para la vida cotidiana es procedente solicitar su variación en otro bien mueble.

MARIA OTTONLENGHI, citado por Monroy Galvez -peruano-, sobre el particular, explica que “con el Instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva, de tal manera que la tutela cautelar es, con relación al derecho sustancial .una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia construye garantizar el eficaz funcionamiento de ésta”

Si el fallo definitivo es el medio por el que se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

e) **VARIABILIDAD**

Las características de mutabilidad y flexibilidad están comprendidas en la de variabilidad referida en el Art. 617 del CPC.

El fundamento de esta característica tiene relación al presupuesto del Fumus boni iuris, (aparición de buen derecho). Si nos ubicamos en el momento preciso que se tenga que demostrar en el proceso de fondo lo verosímil del derecho invocado, el Juez al compulsar y meritar las pruebas, puede fluir que la percepción del primer momento y el conocimiento de fondo, exista un derecho que no se ha podido probar con suficiencia, o por el contrario se ha acreditado fehacientemente la consistencia del derecho, en consecuencia es necesario afianzar o reducir, las medidas cautelares por unas más gravosas y menos gravosas.

En consecuencia, el proceso cautelar mediante un auto, dispone que la Medida Cautelar puede ser variada, reduciendo los alcances, el Art. 617: CPC, regula todo lo relacionado con la variabilidad en cuanto a los sujetos, la oportunidad, situaciones jurídicas, alcances y tramitación del pedido de variabilidad cautelar.

En efecto, el primer párrafo del citado precepto legal aludido establece la posibilidad de variación de la Medida Cautelar a pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso sin previa citación del afectado.

El segundo párrafo del mismo artículo 617 reconoce similar derecho al afectado, dispone sin embargo que, para su resolución se cite previamente al titular de la medida.

La regulación normativa respecto a la tramitación de la variación, en atención al solicitante, es bajo el principio “inaudita altera pars” solo beneficia al ejecutante o titular de la medida, pero nunca al ejecutado, por ello es que la solicitud de variación que el afectado o ejecutado solicita, debe contar con la previa citación del titular de la medida, de otro modo se desnaturalizaría la esencia de las Medidas Cautelares respecto a su ejecución y finalidad.

En efecto puede operar - a pedido del titular o del afectado - la variación de la medida:

- a) Si se solicitó en determinada forma, la misma. que es cambiada por resultar improductiva;
- b) Si la cantidad demandada se incrementa (cuando se hace reserva de ampliación de cuantía en la demanda), se pide el aumento del monto de la medida.
- c) Si los bienes no son encontrados o son susceptibles de deterioro, pérdida o destrucción, lo cual autoriza al interesado a petitionar la variación de la medida respecto de los bienes, sobre los que recae:

- d) Si el órgano de auxilio judicial, se desempeña deficientemente en su función o sale de viaje o fallece, se declara su interdicción: etc. Es procedente variar el órgano de auxilio.
- e) Cuando los bienes en los que ha recaído la Medida Cautelar son necesarios e indispensables para la vida cotidiana es procedente solicitar su variación en otro bien mueble.

Resumiendo la variabilidad, mutabilidad, flexibilidad de la tutela cautelar depende de la instrumentalidad respecto del proceso de fondo pero también la flexibilidad de la medida se presenta cuando ocurren circunstancias en la formalidad de cada embargo y su traba. como por ejemplo dejar sin efecto la correspondiente orden de captura que pesa sobre el vehículo en caso que hubiere sido secuestrado.

La flexibilidad y la mutabilidad, sobre el particular sostiene “RAMIRO PODETTI” – argentino que “Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse”.

f) ASEGURADORA

La medida cautelar es eminentemente aseguradora al garantizar el cumplimiento o ejecución de la sentencia a expedirse en el proceso principal. Si no existiera el proceso cautelar. el daño y el resarcimiento y todo lo que conduce a no obrar con la debida premura. y/o diligencia para salvaguardar del peligro inminente; conforme al presupuesto que indica, un “periculum in mora” que emane del interés calificado por el justiciable: que no juzga sobre los derechos de fondo, sino dictamina bajo sanción de nulidad.

Por lo tanto, el prejuzgamiento, está conforme con el principio asegurador’, que emana del poder del Estado, la tutela jurisdiccional efectiva, la voluntad de la ley en caso concreto.

g) RESERVA (esta vinculada a la inaudita altera pars)

Oportunidad de ser oído el demandado -ejecutado-

Es indudable que la audiencia del sujeto pasivo es condición de legitimidad de la resolución que decreta una medida cautelar. La cuestión radica en precisar en que momento debe producirse la antedicha audiencia, si previo a decretar la medida o bien con posterioridad a su adopción, caso último., que podría implicar una nueva revisión y pronunciamiento del juzgador.

Una visión preliminar indica que dado el peligro que se trata de precaver con la cautela los bienes o derechos lo aconsejable es que ésta deba ser adoptada por sorpresa, es decir, sin previa audiencia del demandado, pues de otra manera se pondría en riesgo la efectividad misma de la medida solicitada, frustrándose con ello las justas expectativas del acreedor.

Sin embargo, dado que “la medida cautelar afecta actualmente a derechos e intereses legítimos del sujeto pasivo de la misma, la rigurosa observancia del principio de contradicción, en consonancia con el de igualdad -que significa dotar a las partes de las mismas oportunidades de alegación y respuesta- aconsejan que ambas partes sean oídas antes de adoptar una resolución, por mucho que ésta pueda tener un carácter meramente provisional.

CARRERAS Y GUASP, son de la idea de que tales medidas debían adoptarse sin previa audiencia del demandado.

El artículo 637 del CPC, normaliza que “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 sus 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 media cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna”.

“Admitir la contradicción previa provocarían vacíos que difícilmente podrían complementarse sin suscitar discusiones al respecto, como los criterios para decidir el momento de la contradicción o plazo que conceda al demandado para formular oposición”. (CALDERON CUADRADO-Madrid)¹³

“La contradicción previa se ha justificado en base a la gravedad y vaguedad de las medidas que puedan adoptarse”. (ORTELLS RAMOS - Derecho Jurisdiccional - II, Barcelona- 1989: 683)

“Para fundamentar las críticas al sistema seguido en este punto por el legislador se ha dicho que la parte demandante podría quedar desprovista de protección ante un retardo en la adopción de la medida cautelar “que exige, por esencia, rapidez e incluso sorpresa” (CALDERON CUADRADO-Madrid)

Debemos dejar constancia que la opinión con respecto a la contradicción diferida y/o suspensión como lo llama HINOSTROZA MINGUEZ, del sujeto pasivo de la medida precautoria. “No es necesaria ni consustancial al proceso cautelar; es decir no se trata de afirmar que siempre y en todos los casos la urgencia de la medida precautoria exige su adopción inaudita parte. Naturalmente, menos defendible aún es suponer una contradicción previa preceptiva, sin excepciones”.

¹³ CALDERON CUADROS. “Las medidas cautelares”, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Editorial Bibliográfico – Buenos Aires.

En otros términos, se sostiene la “doctrina” que es perfectamente posible concebir un régimen en el que la regla sea la contradicción previa, pero estableciendo determinados supuestos fácticos concernientes a situaciones de peligro concreto, en cuya virtud se permita al Juez adoptar la medida inaudita parte, mediante resolución debidamente motivada, tal como lo ha propuesto la doctrina. (Aclarando: una resolución motivada, bajo sanción de nulidad fundamentando el porque inaudita parts)

h) PROPORCIONALIDAD

Las medidas cautelares deben guardar correspondencia con el petitorio de la demanda interpuesta, no deben ser desproporcionadas.

En efecto, no se puede exceder el monto adeudado o tener naturaleza distinta a la pretensión principal.

El juez tiene la facultad de reducirlo, si es excesivo el monto de la medida (pero de ninguna manera tiene potestad para incrementarlo si fuese exiguo), pues en este caso opera el principio de no resolver, en extrapetita o pluspetita: debiendo por esta razón, el juez tomar en consideración el monto acordado por las partes. La medida cautelar adecuada y la proporcionalidad de acuerdo con las circunstancias (el daño o perjuicio o peligro en la demora).

Es importante recalcar, que todo acto procesal precluye y da inicio a otro por pedido de parte (o de oficio en los casos debidamente señalados por la ley de la materia).

El término de homogeneidad como sinónimo de proporcionalidad se ha implantado en el léxico de algunos doctrinarios, lo han fusionado, sin embargo siendo un sinónimo relativo y no absoluto. Podría tener complicaciones morfológicas, por lo que el término proporcionalidad es el más adecuado a las circunstancias.

Homogeneidad es sinónimo de igualdad, pero una medida cautelar no es igual a otra, pueden ser adoptadas en forma proporcional al monto del petitorio propuesto.

i) TEMPORALIDAD

Tienen una duración limitada a la litis pendencia del proceso principal. Esta medida esta relacionada con la característica de “provisionalidad”

j) PROCESALIDAD

Esta característica fluye obviamente al tener que solicitar tutela jurisdiccional efectiva para resolver un conflicto de intereses con relevancia jurídica, por consiguiente es procedente de pleno derecho, solicitar tutela, mediante el debido proceso que el órgano jurisdiccional brinda.

1.12. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los presupuestos de las Medidas Cautelares consisten en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal, cuya tutela cautelar establece la medida los modos que el Derecho positivo (escrito) utiliza para definir a la SITUACION JURIDICA CAUTELABLE.

Para la procedencia de toda medida cautelar es necesaria la concurrencia copulativa de los tres presupuestos que se señalan.

La admisión de medidas cautelares dependerá de la observancia de los requisitos que a continuación se indican y que la doctrina ha llamado presupuestos:

a) FUMUS BONI IURIS:

El juicio de verosimilitud, es el Fumus boni iuris del derecho romano. De acuerdo al principio del EX FACTO ORITUR., que significa posible. El

derecho será posible y por lo tanto verosímil, si los hechos en lo que se funda pueden ser.

El derecho será posible, por lo tanto, verosímil si los hechos en lo que se fundan, pueden ser probados.

Literalmente Fumus quiere decir “Humo de Buen Derecho” Fumus: significa humo. Más la acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho.

Lo verosímil, es lo que tiene de apariencia o forma exterior de verdadero. Verosímil ha de ser el derecho, de manera que, el que invoca la medida ante la ley o su pretensión es razonable, posible y probable. Probabilidad de esta apariencia de derecho, es pertinente señalar, que lo posible es lo que es admitido como susceptible de darse en la realidad; el derecho será verosímil si es probable que exista y lo probable es lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos.

El juez. Sin prejuzgar el fondo del asunto, que se deberá pronunciar en el juicio principal, sólo, deberá favorecer el fundamento de la pretensión como verdadera justificación sobre la base de que existe una apariencia de buen derecho; verosimilitud del derecho y el interés jurídico que lo justifique.

El principio de prueba que señala el artículo 238, del **CPC.**, y que a la letra dice “Que la prueba puede ser constituida por cualquier elemento, que aunque no constituya prueba plena, lleve a una creencia racional de la certeza de lo que se alega, pudiendo ser el hecho alegado verosímil.

(LIEBMAN -1980) “La determinación de la verosimilitud del derecho emerge de una apreciación sumaria nada exhaustiva en comparación con la que tendrá lugar en la fase probatoria del proceso principal del que

derivará la declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho invocado sin los cuales su otorgamiento o denegatorio pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción¹⁴

Como primer elemento que tiene el Juez para decretar la Medida Cautelar es la apariencia del Derecho invocado: el *fumus boni iuris*, que significa el persuadir al Juez que el Derecho pretendido principal respecto del cual se pide la cautela es verosímil.

Dicha declaración de certeza confirmará si el cálculo de probabilidades en que consiste la decisión cautelar, respecto del derecho que se alega, corresponde a la realidad o no.

Por lo tanto, no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino solamente de formular un juicio de probabilidad de que, su existencia se dé, y sobre la base de una cognición sumaria y superficial”

“O la existencia de una probabilidad de daño a futuro, por lo que es necesario diligentemente apresurar la cautela”.

Esta verosimilitud no es más que una observación elemental de la sapiencia del Juzgador, al ver amparada una pretensión principal en la que se debatirá un proceso de cognición o ejecución. (con los instrumentos —copias certificadas- que se presentarán en el proceso principal, cuyo plazo deberá ser perentorio de diez días, sino caduca la medida cautelar).

Esta certeza que el juzgador, busca se lo da el pronunciamiento judicial, en el desarrollo jurisdiccional caracterizado por la bilateralidad y el ejercicio del derecho de defensa de ambas partes.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual del Derecho Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas. Europa – América, Buenos Aires – Argentina.

El Art. 3. Del Código Procesal Civil, señala que los derechos de acción y contradicción es materia procesal civil, no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código, con el consiguiente correlato probatoria (es esa, la garantía en la que, el proceso cautelar se basa, por existir un proceso principal y el proceso cautelar por consiguiente es accesorio-instrumental)

La finalidad del proceso cautelar, en lo referente al *fumus boni iuris*, consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad, en consecuencia para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente, una pretensión cautelar, resulta suficiente, la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal, que según, un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que, en el proceso principal se declare la certeza del derecho. Observemos el contenido del Art. 615 del CPC, al indicar que:

“Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. Cuyo pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante El Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610”.

Este artículo comprueba, que hay verosimilitud, más. que de apariencia de un derecho, por que anteladamente en primera instancia, en el proceso de fondo se ha producido una sentencia, aunque esta sea impugnada.

Otro aspecto que hay que rescatar, es la observancia de que se solicite medidas cautelares antes de la demanda de fondo, y en consecuencia pudiera significar que la verosimilitud pueda ser cuestionada o que disminuya como elemento esencial, sin embargo éste racionamiento no es lo correcto.

MARTINEZ BOTOS, Argentina - 1994: Pg. 5, señalado por Alberto Hinostraza, expresa que hay tres puntos de vista con relación al FUMUS BONI IURIS:

- a) De la solicitud de medidas cautelares debe desprenderse, prima facie, la verosimilitud del derecho a proteger, de modo tal que se justifica el aseguramiento de un eventual progreso de la demanda promovida. (proceso de fondo)
- b) En todos aquellos supuestos en los cuales debe apreciarse la verosimilitud del derecho invocado en la demanda, se plantea una cuestión de hecho y una vez acreditado el interés legítimo del peticionante, la adopción de la medida cautelar tiene una función de medio a fin, con la sentencia definitiva, que está, destinada a asegurar su eficacia e impedir que se tornen ilusorios los derechos de la parte reclamante.
- c) La prueba de tal verosimilitud no debe ser acabada, ya que. el derecho invocado habrá de ser materia del juicio principal (que continuará hasta la finalización de la sentencia), bastará que se le acredite prima facie, es decir sumariamente.

De estos análisis doctrinarios se puntualizan aspectos finales como:

El Juez está convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión principal, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que esta última reposa

El conceder o no las Medidas Cautelares, depende de una apreciación de probabilidad, en la que el Juez, toma en consideración el presumible fundamento de la acción -pretensión de fondo-.

En consecuencia, como señala (REDENTI 1957: Tomo II: 245) “Que el curso del proceso central determinará si el derecho aparente que se invocó para la concesión de la medida cautelar resulta ser cierto, y por lo

tanto amparado, o en su defecto inexistente, por lo que no será objeto de tutela.

Fumus boni iuris - PROCESO SUMARIO UNA CONTINGENCIA

Las medidas cautelares cumplen una función aseguradora al amparo de una solicitud cautelar, por la razón expuesta ante el temor de la frustración o la urgencia que la medida exige, se requiere disminuir o suprimir la cognición extensa o lata y sustituida por una cognición sumaria. De allí que la comprobación de la existencia del Derecho se haga en forma sumaria, y de modo que, proporciona la verosimilitud del derecho, que en ciertas circunstancias se presume que exista y que por último, pueda admitirse su existencia ante la afirmación del actor, avalada por una buena contra cautela.

Desde una perspectiva dinámica, puede decirse que el fumus boni iuris es una de las operaciones que el Juez, debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales.

No se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales. Como muy bien precisa PIERO CALAMANDREI:

“La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal. En sede cautelar, basta que la existencia del derecho aparezca verosímil es decir, basta un cálculo de probabilidades, se puede prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel, y a quien solicita la medida cautelar”¹⁵

¹⁵ CALDERÓN CUADROS, Ibidem Pág, 51

El resultado de esta cognición sumaría sobre la existencia de derecho tiene pues, en todos los casos valor de no declaración de certeza sino de hipótesis solamente cuando se dicte la **providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad**".

“ROCCO, 1977 - Bs. As.: Señala que toda cognición sumaria y superficial importa, no la certeza de Derecho sino la **posibilidad o la probabilidad de la existencia del Derecho**, valorada sobre la base de la afirmación por parte del pretendido titular **y sobre los elementos indiciarios**, más que en verdaderas pruebas, de donde resulta probable la existencia de un derecho, cuya plena declaración de certeza será o podrá ser objeto de una plena y normal declaración de certeza del derecho en el tema de fondo. (Cognición)

Podemos afirmar que la verosimilitud del Derecho invocado o el “Llamado fumus boni iuris, no es más que una valoración subjetiva y en gran parte discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial” (Rocco)

Normativamente este presupuesto, esta enlazado conjuntamente con el periculum in mora (peligro en la demora) en la norma como vemos.

Art. 611 del CPC, bajo el siguiente tenor: “El juez siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosimil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón del justiciable dictará medida cautelar en forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal”

La verosimilitud tiene que ver mucho con el razonamiento lógico y crítico del Juez, este fragmento que a continuación se señala demuestra que el

juicio lógico de razonamiento puro, se presenta cada vez que se utilice Medidas Cautelares, por tal motivo el Proceso Cautelar a nuestra modesta apreciación es considerado como un Proceso Autónomo Único y Especial.

Luego de recopilar conceptos con instrumentos que reflejan certeza, dejan de ser posibilidades e indicios para pasar a la categoría de juicios mentales y con los juicios construye el razonamiento, transformando el concepto puro, que es un ente de razón, quieto como la luz cenital, que no proyecta sombras, en un pensar, que hace que el sereno estatismo del concepto puro, que es un ente de razón convertida en la verdad jurídica.

b) PERÍCULUM IN MORA:

Toda medida cautelar tiene la finalidad de disipar un temor de daño inminente, pero el daño se materializa en la no efectividad de la sentencia de fondo, por lo tedioso del proceso principal, en consecuencia los derechos que inicialmente se protegen pueden ser afectados, disminuidos, desvalorados, perdidos por ese retraso en la obtención de la resolución definitiva. Por tanto, aparecen delimitados, dos elementos configuradores de este presupuesto: la demora en la obtención de una sentencia definitiva y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso procesal. Por ello el Juez al constatar dicha inminencia de daño debe de inmediato conceder la medida a través de las cuales se garantizan el cumplimiento del fallo definitivo, y es factible que éste jamás se ejecute con eficacia si no se hubiera concedido.

Los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora se encuentran confrontados dispuestos a decidir su actuación. El juicio de verosimilitud que el juez realiza lo hace porque está convencido de la certeza de probabilidades en la base de que se sustenta la pretensión principal, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa, resulta absurdo pensar que si se evidencia verosimilitud

por lo anteriormente expuesto, se tenga por el otro lado el ulterior daño marginal a causa del retraso procesal inevitable.

Estos dos presupuestos, nexos vinculantes para la determinación de una medida cautelar, están opuestamente de acuerdo consigo mismo, como el decir que lo discordante esta de acuerdo consigo mismo, que de la ley de los opuestos nace la más bella armonía.

Este pensamiento de razonamiento crítico, cabe anotar que “al decir que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus bonis iuris*, se puede atenuar” MARTINEZ BOTOS – Argentina (1994:52: Pág. 53), “ambos presupuestos abstractamente oponibles en si mismos y perfectamente opuestos en armonía”¹⁶

“Finalmente el mismo tratadista, italiano, UGO ROCCO, perfilando con total nitidez la naturaleza y connotación de este presupuesto concluye sosteniendo que “el llamado *periculum in mora* no es más que una valoración subjetiva del Juez, de la existencia de un hecho natural o voluntario de su idoneidad o potencia, para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (declaración de certeza de una situación peligrosa)”.

c) CONTRA CAUTELA

Para garantizar los posibles perjuicios que pudiera ocasionar la medida cautelar es necesario que expresamente el solicitante otorgue una contracautela suficiente para responder de manera rápida y efectiva, los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del posible afectado con ella.

¹⁶ MARTINEZ BOTOS, Raúl. “El proceso cautelar”. Editorial Universidad 1994. Pág, 52 Buenos Aires.

La contracautela cumple con garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares. (No es tautológico sino lógico).

En efecto el artículo 613 del CPC; preceptúa que “la contracautela en cuanto a su naturaleza y monto será decidida por el Juez quién podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, guardarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considera pertinente.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal.

Real : dinero, hipoteca, prenda, etc.

Personal : fianza o caución juratoria.

Cuando se admite la contracautela sometida al plazo, este quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimientos y dentro del tercer día de vencido el plazo”.

La contracautela y su naturaleza jurídica

La contra cautela es considerada como un ulterior y/o inmediata garantía judicial, que impone la tutela jurisdiccional efectiva y además tiene como finalidad el de salvaguardar el total e íntegro potencial económico del deudor, si resulta este el vencedor, así como de los posibles perjuicios y/o desmedros por la ineficacia que en su momento pudiera darse en el proceso de fondo con la revocatoria a favor de aquel, contra quién ha sido ejecutada la medida cautelar.

Otro aspecto de connotación es que la garantía favorece al principio de bilateralidad y contrarresta la controversia que se tiene del principio de contradicción.

MARTINEZ BOTOS, señala que “La Contracautela es una caución, a la que la mayoría de los ordenamientos adjetivos vigentes denominan

contracautela y que concreta el principio de igualdad ya que viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza en general al proceso cautelar”¹⁷

MONROY GALVEZ, indica que “La contracautela parte del presupuesto de la ejecución de una providencia cautelar, que trae consigo perjuicios al afectado con ella. Por cierto tales perjuicios se diluyen, cuando la pretensión discutida en el proceso principal, está garantizada con la contracautela, estableciéndose un equilibrio de posibilidades en relación al resarcimiento.

El presupuesto de contracautela, forman parte del proceso de ejecución, es decir se convierte en un medio de coacción a futuro, para que el obligado cumpla con lo ordenado por el órgano jurisdiccional. La importancia de la contracautela se acrecienta cuando la pretensión principal es rechazada.

Por esta razón los órganos jurisdiccionales, aprecian prudentemente la naturaleza de la contracautela, ya que, se debe tener presente que el otorgamiento de medidas cautelares pueden ocasionar daños, si no se previene la justa y suficiente garantía de resarcimiento, en circunstancias en la que se advierte cuando, el que pide la medida, se extralimita y solicita una suma exorbitante, comparada con el contenido material de fondo del proceso.

Con la contracautela, se avizora el costo del proceso principal, demanda postulada por el actor y titular de la medida cautelar. En el caso de solicitar contracautela y habiéndose otorgado poder por Escritura Pública, es necesario otorgar facultades expresas para solicitar Medidas Cautelares (Art. 74,75 del CPC).

¹⁷ LIEBMAN ENRICO TULLIO, Ibidem. Pág. 55.

CLASES DE CONTRACAUTELA

Respecto a la afectación de determinados bienes o derechos que se tenga que garantizar con una contracautela, la doctrina señala ciertas normas:

1. La consignación y depósito o una cantidad en metálico
2. La pignoración de títulos o cosas del deudor
3. Hipoteca que sujete directa o inmediatamente (por un tercero)
4. Un tercero asume sobre si el deber de aseguramiento, que la caución impone al obligado mediante un perfeccionamiento de una fianza.

La decisión judicial: Por la cual se resuelve la admisión o rechazo de la medida cautelar es por medio de los autos. (Art. 121 del CPC). En consecuencia, la contracautela es consustancial a la medida cautelar que el actor solicita, dado que constituye un requerimiento de admisibilidad de la demanda cautelar, así lo preceptúa el inciso 4to del Art. 610 del CPC “El que pide la medida debe ofrecer contracautela”

1. La postulación de la demanda cautelar

Es también la postulación de la contracautela. Se debe asumir que el ofrecimiento de contracautela no puede ser en forma genérica, en cuanto a su forma de denotarla, entonces debe de precisarse, la forma, naturaleza, alcance y monto. La decisión final sobre estos aspectos, constituye la Facultad Jurisdiccional del Juez.

Personas jurídicas exceptuadas de contracautela (art. 614, CPC)

Criterios jurídicos del porque están exceptuados de contracautela determinadas personas jurídicas son los siguientes:

1. Presunción de soberanía económica

El estado como garantía de poder económico, esta respaldado por un

Presupuesto, conforme lo señala la Constitución Política del Estado (Art. 77) “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso” El estado debe de manejar dicho presupuesto con equilibrio financiero”

La doctrina comenta que el Estado en su conjunto no es el mejor administrador, por la influencia de corruptelas, desfalcos, al sector público, cuyas consecuencias desestabilizan el sector financiero, generando incredulidad y desconfianza.

Sin embargo otro sector de la doctrina opina que el Estado tiene el deber y el derecho de garantizar a los ciudadanos, una seguridad jurídica plena, tanto en el aspecto económico mundial como el nacional y referidamente en caso concreto al plano procesal en cuanto a la indemnización.

La norma (Art. 616, CPC), preceptúa que “El Estado está exento de contracautela así como los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, los Órganos Constitucionales autónomos, los Gobiernos regionales y Locales y las Universidades, éstos últimos están exceptuados de ofrecer contracautela en función a una presunción de solvencia económica. La exoneración sólo alcanza al Estado a través de sus diversos órganos y expresiones constitucionales autónomas”. Las personas individuales o colectivas no están comprendidas dentro de esta excepción.

2. La presunción de excesiva economía (costo del proceso)

Esta presunción está referida a quién se le ha concedido auxilio (Art. 614 del CPC)

Como sabemos, se concede auxilio judicial a las personas naturales, por significar que la actuación del debido proceso, requiera cubrir o garantizar gastos, que signifiquen pone en grave peligro la subsistencia y de quienes

solicitan Medidas Cautelar Preventiva.

Solicitar o pedir Auxilio judicial, antes o durante el proceso que se requiere.

- Quién obtenga auxilio judicial, deberá dar a conocer de tal hecho al Juez, que conoce de la Medida Cautelar, mediante la presentación de un escrito en la que incluirá la constancia de aprobación de Auxilio Judicial.
- La persona pobre, que pretende interponer una demanda cautelar antes de iniciar el proceso principal, debe en primer lugar, solicitar auxilio judicial. Una vez aprobada su solicitud, puede demandar, medida cautelar que le convenga, acreditando estar exonerado de prestar contracautela.
- En un proceso de cognición en trámite o en uno de ejecución, se puede solicitar Medidas Cautelares, previamente al otorgamiento de auxilio judicial, sólo después de obtener este beneficio, se exceptuará de contracautela.

3. Veracidad del derecho invocado

La contracautela es exigible, porque el derecho invocado en la solicitud, presenta verosimilitud y probabilidades de hechos ciertos, por la consecuencia de haber obtenido del actor, sentencia favorable en el fondo.

Esta circunstancia de obtener dicha sentencia, pudiera significar la exoneración de contracautela. La respuesta es no, porque una contracautela previene daños posteriores, nadie puede asegurar que la incertidumbre se resuelva de manera positiva en el fondo para quién solicito la medida, porque pudiera darse el caso que el resultado sea adverso.

La contracautela también se denomina caución, tanto para la doctrina tradicional, como por la legislación procesal mayoritaria. En efecto el sustantivo caución, que significa precaución o prevención tiene un derecho y un significado específico, de seguridad que da una persona a otra de que cumplirá lo pactado, lo prometido y bajo estas consideraciones semánticas y doctrinarias la caución entendida como precaución o prevención puede tomarse como expresión sinónima la contracautela y puede ser de naturaleza real o personal.

La contracautela cualquiera que sea la forma que se adopte es siempre imputable de modo directo y exclusivo al demandante (solicitante), porque es quién la ofrece aunque la prestación sea pagada por un tercero, la responsabilidad en el proceso, corresponde al demandante, el CPC considera dos tipos de contracautela una de orden personal y real, o caución personal y contracautela.

a) La contracautela de naturaleza personal

Puede ser en forma de Caución Juratoria. Esta cautela se revela como ineficaz, para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, a no ser que, el que la preste, tenga signos exteriores de riqueza probados, y con una cuenta Bancaria, superior al monto que se debate en el proceso principal y es causa de la contracautela.

“La caución o contracautela personal es el juramento que presta la beneficiaria de la medida cautelar para responder por los daños potenciales que pueda causar la precautoria lograda (GONZAINI-1992-Argentina)”.¹⁸

b) Contracautela real

Conforme al CC, los derechos reales pueden ser divididos en dos grandes grupos: los derechos reales principales y los derechos reales de garantía.

¹⁸ ANGELES JOVE, María. Medidas cautelares anónimas en el proceso civil”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela – Caracas.

El propósito o finalidad de la contracautela es garantizar, la futura ejecución forzada o del aseguramiento del derecho mismo con la ejecución temporal sobre el fondo, en suma podemos afirmar que la contracautela es un instituto procesal de garantía para cuya materialización o contenido tiene que acudirse a los derechos personales o derechos reales de garantía y no a los derechos reales principales. Entre los derechos reales de garantía como sabemos están la prenda, hipoteca, anticresis, el derecho de retención.

La prenda, hipoteca, anticresis legal

Los derechos de garantía indicados pueden ser ofrecidos como contracautela

El derecho de retención, es un derecho real de garantía que cumple su función exclusivamente en la esfera extrajudicial, su propia naturaleza y finalidad, no permite que pueda ser ofrecido como contracautela, La prenda y la hipoteca son las dos figuras jurídicas que pueden ingresar en la esfera jurídica del demandante como garantía de posibles daños y perjuicios o en el proceso cautelar (actor solicitante).

Al ser la contracautela una promesa de pago (obligación de dar suma de dinero) que directamente o indirectamente siempre es imputable, y corre a cargo, del solicitante y eventual titular de la medida cautelar, es decir, intervenga o no un tercero, la responsabilidad siempre corresponde al demandante o solicitante de la medida, más la intervención del tercero, es para obligarse a pagar suma de dinero por el demandante y/o solicitante eventual de responsabilidad emergente, de la ejecución de la medida cautelar y su eventual desamparo.

En efecto el tercer párrafo del artículo 613 del CPC señala que “La contracautela puede ser de naturaleza real o personal dentro de la segunda, se incluye la caución juratoria que será ofrecida en el escrito

que contiene la solicitud de medida cautelar con la garantía de la firma ante el Secretario respectivo.

La contracautela personal es de realización inmediata, aquella que no requiere de mayor trámite o articulaciones procesales puesto que se encuentra contenida o representada en un título, que puede ser un certificado de depósito o una fianza.

El ofrecimiento de una u otra forma de exoneración al demandante, del requisito de la legalización de la firma y en ambos casos, el monto debe ser igual o superior al monto de la medida cautelar que se solicita¹⁹.

La fianza es un contrato que asegura obligaciones previstas o futuras, fuera de un proceso, cuya verosimilitud se acepta o que han sido reconocidas en un proceso mismo como la de indemnizar daños y perjuicios emergentes de una medida cautelar pedida sin derecho.

La fianza debe constar por escrito bajo sanción de nulidad (Art. 1872 CC) La función que cumple, dentro del proceso, es para asegurar una obligación litigiosa o que se presume va a ocasionar un litigio o responsabilidades emanadas del proceso mismo. En el primer caso, solamente está en juego el interés de los contratantes, y el segundo, además el interés general de asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

En el primer caso la fianza llegará a conocimiento judicial solamente cuando se pretenda hacer efectivo la responsabilidad del fiador, como un caso de sustitución procesal obligada, es decir como cargo. El segundo caso aún cuando el contrato se convierte fuera del proceso, la fianza como contracautela se constituye en el litigio y sus obligaciones se hacen efectivas ante el mismo juez. En general la fianza puede constituirse por

¹⁹ MORETTI, Raúl: “Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares”. Revista Derecho Montevideo Uruguay.

suma determinada o indeterminada pues las fianzas dadas en el proceso pueden servir para responder hasta una suma fija cuando se da como contracautela. Pero como ya se dijo: **con fianzas dadas en el proceso no puede ser por menor cantidad que la obligación que asegurar.**

La fianza como la contracautela puede ser sustituida siempre que la seguridad que se otorgue, se ajuste o corresponda a la necesidad cautelar según la índole de la medida cautelar, esta sustitución, esta sujeta a los trámites de variación de la medida y a las consideraciones que el juez deba efectuar respecto de su procedibilidad.

Como fianza judicial el fiador se obliga frente a los acreedores a cumplir determinada prestación, garantía de la obligación ajena, y que no goza de beneficio de excusión, cuando se renuncia, se pactó expresamente y el fiador responde por el íntegro de la deuda. Además quién se obligó como fiador solidariamente con el deudor, la excusión no tiene lugar.

Es requisito de procedencia que para ejecutar una medida cautelar frente al fiador éste ha debido de ser reemplazado con la demanda a través de la que se persigue el pago de la deuda en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 623 de la ley procesal.

Contrato de fianza.- La forma de contratarse la fianza, no es material procesal, debe seguirse los lineamientos establecidos en el Código Civil, puesto que el Código Procesal Civil no establece la forma de su constitución, pero si la forma de su ofrecimiento, que en este caso es propiamente la presentación del documento en el cual consta la fianza, debe presentarse conjuntamente con la demanda cautelar, y, como es obvio no requiere de legalización de la firma ante el secretario del juzgado. La fianza está normada en el CC en su Art. 868 al 905.

Las empresas bancarias dentro de los servicios propios de su actividad otorgan avales, fianzas y otras garantías, éstas deben darse por un monto

y plazo determinado Art. 221 Inc. 6 y Art. 217 Inc. 4 de la Ley 16702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y la Ley Orgánica y Superintendencia de la Banca y Seguros.

Contracautela de orden personal

Puede ser de realización mediata o caución juratoria. Esta caución no está suficientemente garantizada porque esta, constituida únicamente por la promesa de pago bajo juramento que efectúa el demandante teniendo como única formalidad la legalización de su firma ante el secretario del juzgado. Esta contracautela es de realización mediata no por su forma de constitución sino por la incertidumbre previsible demora de su realización o ejecución. La contracautela personal de realización mediata recibe el nombre de caución juratoria.

La caución juratoria se constituye en el expediente con la solicitud de la medida cautelar y consiste en la declaración que hace el demandante, bajo juramento que se responsabiliza de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar si no resultare fundada su demanda.

La tendencia moderna en la materia es eliminar la caución juratoria, que implica sólo una promesa de responder de los posibles daños y se remite a los bienes de quién la otorga como prenda común de sus acreedores. Dado su fin y su naturaleza de contrapartida de una medida cautelar, sobre bienes parece equitativo que la contracautela sea más sólida, agregando la responsabilidad de un tercero o afectando bienes determinados de quien le otorga como, sucede en la cautela convencional cuando interviene un tercero²⁰.

La contracautela responsabilidad indemnizatoria por desestimación de la medida cautelar

Es verdad que la responsabilidad indemnizatoria recae indebidamente en el demandante o titular de la medida siempre que su demanda en el proceso principal sea desestimada

²⁰ MARTINEZ MORÓN, César: “Medidas Cautelares”. PUCP Julio 2006.

Que la promesa de pago sea asumida por el propio demandante o por tercero en nombre de aquél es irrelevante para la admisión y viabilidad de la medida cautelar, no obstante este hecho si debe ser considerado a efectos de encontrar y sistematizar las formas que adopta la contracautela y de acuerdo con la idea que esbozamos puede admitirse la existencia de contracautela personalísima y contracautela con intervención de tercero.

Se trata de aquella contracautela cuya promesa de pago indemnizatoria es propuesta por el propio solicitante desde el momento de postular la medida cautelar.

Dicho de otro modo, el demandante ofrece la contracautela de tipo real o personal sin intervención de tercero es decir garantiza el pago de contracautela hipotecando o prendando bienes de su propiedad o depositando determinada suma de dinero a orden del juez y a favor del demandado o afectado ante la eventualidad de no ampararse su demanda. La contracautela es personalísima cuando la promesa de pago de la eventual indemnización no admite intervención de tercero, esta puede ser personal o real.

Contracautela con intervención de tercero: La contracautela que ofrece el demandante o titular de la medida tiene como contenido nota especial la intervención del tercero quien ante el Juez, efectúa una promesa de pago dinerario mediante prenda o hipoteca en nombre del solicitante de la medida cautelar.

La intervención del tercero solo se da con la finalidad contracautelar más, para convertirse en parte activa o pasiva de la relación procesal existente.

Es verdad que la responsabilidad indemnizatoria relacionada con las medidas cautelares recae en el demandante o titular de la medida siempre que su demanda en el proceso principal sea desestimada. Que la

promesa de pago sea asumida por el propio demandante o por un tercero en nombre de aquél es irrelevante para la admisión y viabilidad de la medida cautelar, no obstante este hecho si debe ser considerado a efectos de encontrar y sistematizar las formas que adopta la contracautela y de acuerdo con la idea que esbozamos puede admitirse la existencia de contracautela personalísima y contracautela con intervención de tercero.

La contracautela cuya promesa de pago indemnizatoria es propuesta por el propio solicitante desde el momento de postular la medida cautelar es decir, el demandante ofrece la contracautela de tipo real o personal sin intervención de tercero es decir garantiza el pago de contracautela hipotecando o prendando bienes de su propiedad o depositando determinada suma de dinero a orden del juez y a favor del demandado o afectado ante la eventualidad de no ampararse su demanda.

La contracautela es personalísima cuando la promesa de pago de la eventual indemnización no admite intervención de tercero, esta puede ser personal o real.

Se admite la contracautela con las consideraciones jurídicas siguientes:

Naturaleza

Constituye una verdadera carga procesal, puesto que significa que si rechazáramos la contracautela no existiría el proceso cautelar, como tampoco tal providencia, ni medida, por tratarse de un simple elemento de alguna tutela de fondo.

La contracautela no se adopta en virtud de un *fumus boni iuris*, ni como consecuencia de un *periculum in mora*, sino para paliar los daños perjuicios que pueden originarse ante peticiones de cautela injustificadas e ilícitas o ante la previsión del “hacer mal” que puede suponer la rapidez del procedimiento cautelar (ANGELES JOVE, 1995).

- Forma** : Real con la garantía Prendaria o Hipoteca
Personal con la garantía de Fianza o Caucción Juratoria
- Monto** : Es la magnitud o monto por el cual se acepta la contracautela, puede coincidir con lo ofrecido en el acto de iniciación de la demanda o fijarse por un monto distinto al rango superior o inferior.
- Plazo** : Cuando se admite la contracautela sometida a plazo está quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo (Art. 613 del CPC, último párrafo)
- Variante** : La contracautela se puede graduar, modificar, o efectuar cambios de acuerdo con los requerimientos del proceso principal. Se puede ofrecer también un monto mayor al ofrecido, y modificarse la caución juratoria, y exigir que se ofrezca una fianza así como cambiar la contracautela personal por una de naturaleza real.
- Disminución:** Habiendo sido reducido el monto de la afectación mediante Resolución por parte del demandado (por haber amortizado parte de la obligación exigida) se podrá solicitar disminución proporcionalmente al monto de la cautela ofrecida.
Resolución por parte del demandado (por haber amortizado parte de la obligación exigida).

EL JUEZ EJECUTANTE, Tiene la facultad de fijar el monto indemnizatorio en el supuesto de que se declare fundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar. El monto guardará relación con lo solicitado en la cuestión de fondo.

Indudablemente las indemnizaciones a la que nos referimos; es la que tendrá que ser satisfecha con la contracautela, puesto que para este propósito fueron constituidas.

La naturaleza de la obligación indemnizatoria, su tramitación, declaración y ejecución serán examinadas en los numerales indicados en el índice.

El daño producido por la medida cautelar desestimada

Recordemos que por dolo o culpa, se cause daño a una persona, ésta tiene la obligación de indemnizar por los hechos que acarree, porque el hombre por ser libre y tener dominio de sus sentidos y sus actos es responsable si actúa sin control.

No hay ley más justicia que un culpable responda por sus actos, sean estos torpes (actos reflejos); impericia (sin práctica en un oficio, que no conoce ese oficio a pesar de ser albañil); negligencia (desobediencia a los reglamentos, omisión de éstos. En la negligencia, hay culpa (por falta de cuidados) e imprudencia (actos extraordinarios, temerarios), por tanto, se debe reparar el daño causado (artículo 1969 del CC). Teoría de la Responsabilidad Sujetiva o Responsabilidad contractual.

Los daños emergentes por solicitar Medidas Cautelares desestimatorias tienen su correspondencia, en la indemnización de daños y perjuicios, cuando han sido pedidas de forma temeraria e irregular, sin la observancia del derecho y de las buenas costumbres.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda, dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

1.13. DOCTRINA DE LA OPORTUNIDAD DE CONTRADECIR Y Oponerse A LA MEDIDA CAUTELAR

Nuestro Código niega la oportunidad de contradicción

La audiencia del sujeto pasivo es condición de legitimidad en cualquier proceso que recae una Resolución.

La resolución, que decreta una medida cautelar; convoca a una disyuntiva, para establecer en que momento, debe producirse la antedicha audiencia: si decretar previamente la medida o bien con posterioridad a su adopción.

Una visión preliminar indica que dado el peligro que trata de prever la Medida Cautelar, es aconsejable que ésta debe ser adoptada por sorpresa, es decir sin previa audiencia del demandado para no poner en riesgo su efectividad. Sin embargo, tomando en consideración la rigurosa observancia del principio de contradicción; en consonancia con el de igualdad, que significa dotar a las partes de las mismas oportunidades de alegación y respuesta, aconseja la doctrina, que ambas partes, sean oídas antes de adoptar una resolución, por mucho que ésta pueda tener un carácter meramente provisional o preventivo.

La doctrina señala que el demandado dispone de una doble oportunidad de oposición es decir una oposición previa y diferida.

Previa

El demandado puede “oponerse a la medida solicitada” esta solicitud, deberá dársele traslado para que efectivamente pueda oponerse a ella. La resolución que decida acerca de la oposición declarará haber o no lugar a la medida solicitada.

Diferida

El demandado, podrá “oponerse, a la medida acordada” siguiéndose los mismos trámites que los establecidos para la oposición alas medidas solicitadas.

Entre la oposición previa y diferida, la primera tiende a “oponerse a las solicitudes” que significa estar en contravención a lo dispuesto por nuestra norma (inaudita pars).

La segunda oposición. “oponerse a la medida acordada” importa conceder más posibilidades de defensa al demandado.

Se consideraría como un contrasentido, sí se ha tenido la oportunidad de oponerse y no se ejerció tal derecho, pudiendo mas tarde pedir que se revoquen o duplicar un incidente de cuerda separada y su correspondiente proceso breve cognitorio.

Una forma de esclarecer, es entender que cuando el precepto concede al demandado la posibilidad de “oponerse a las medidas” es sólo “por estimar que no son procedentes”, en cambio, si se le permite pedir que se “alcen las acordadas” significaría “un compromiso a indemnizar los daños y perjuicios” otorgando caución sustitutoria.

Existe otra posibilidad de interpretación en la frase “pedir que se alcen las acordadas” que aparentemente consagra una contradicción a posteriori.

Se entienda como el reconocimiento expreso de la posibilidad de solicitar el alzamiento o la modificación de la medida adoptada según los presupuestos de cada medida, teniendo en cuenta que una de las características propias de las medias cautelares es su provisionalidad.

La opinión mayoritaria de la doctrina está inclinada por estimar un sistema de contradicción previa y diferida sin mayores consistencias jurídicas, desnaturalizando el proceso cautelar, originando el retardo juzgamiento y visión a futuro de prevención.

Sustentan que, la audiencia previa del sujeto pasivo, viene a contrarrestar la discusión provocada por la simplificación o conocimiento sumarísimo, que se tiene del acreditamiento de un *fumus boni iuris*, a raíz de la supresión del título ejecutivo como única forma de demostración, como es el caso del proceso ejecutivo, en el que está presente el Secuestro conservativo que la doctrina lo considera irrelevante.

La doctrina no considera, que el *fumus boni iuris* esté respaldado por un proceso antelado con principios de Bilateralidad y Contradicción, y que del cual se apoya el Justiciable para cautelar preventivamente. O en los casos, en que se evidencien hechos concretos que se desprenden de las copias certificadas que motivarán la incoación de Medidas Cautelares, antes de iniciado el proceso de fondo.

Dichos actuados también se requerirán al presentar, en el lapso perentorio de diez días, en el proceso de fondo, con la diferencia que éstos instrumentos, si servirán como pruebas por estar dentro de un procedimiento concatenado de actos y principios (el de fondo).

La finalidad de la Medida Cautelar, es resguardar, custodiar y salvaguardar un peligro de daño, que si bien el Juez, compulsando y esgrimiendo las pruebas, evidencie probabilidades serias, comprometedoras a un desenlace con *peliculum in mora*, requerirá diligentemente, remediar eficazmente el pedido de parte.

No nos preocupemos en buscar argumentos fantasiosos o hipótesis que nos lleven a establecer la contradicción previa antes de ejecutar provisionalmente una medida cautelar, ya que se tendrá, suficientemente tiempo como para establecer la verdad certera en el proceso de fondo que se está debatiendo paralelamente y cuyo proceso cautelar remediará dicha angustia de peligro.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico de Medidas Cautelares esta en abierta contravención con la Doctrina que establece una contradicción previa o diferida.

CAPITULO II

LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD CONTRA LAS ACTUACIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES

De acuerdo con una clasificación comúnmente aceptada, los procesos constitucionales pueden ser agrupados en dos grandes grupos: los procesos constitucionales de la libertad (o procesos constitucionales de tutela de los derechos), por un lado, y los procesos constitucionales, por el otro.

Los procesos constitucionales de la libertad son aquellos que tienen por objeto la defensa de los derechos subjetivos fundamentales (“libertades”) de la persona, frente a los actos u omisiones que los violen o amenacen con violarlos. Es decir, siguiendo la formulación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, estos procesos de derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”. En tal sentido, están relacionados de manera específica a uno de los dos fines de los procesos constitucionales establecidos por el artículo II del Título Preliminar del referido código, esto es, “garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

El Título 1 del código regula las disposiciones generales referidas a los procesos constitucionales de la libertad, considerando como tales al hábeas corpus, al proceso de amparo, al hábeas data y al proceso de cumplimiento. Dentro de estas disposiciones generales se encuentran las referidas a las medidas cautelares (artículos 15 y 16), las cuales son procedentes en todos estos procesos, con excepción del hábeas corpus. Es decir, los ciudadanos que recurren a la jurisdicción constitucional pretendiendo la defensa de sus

derechos subjetivos fundamentales, podrían obtener tutela cautelar si tales derechos son protegidos por el proceso de amparo, por el hábeas data o por el proceso de cumplimiento, pero no si sus derechos son protegidos por el hábeas corpus.

Ciertamente, el hecho de que el legislador no haya previsto la posibilidad de la tutela cautelar en el caso del hábeas corpus, no implica en modo alguno que los derechos que conforman la libertad individual, que son protegidos por dicho proceso, tengan menos herramientas para su tutela. Por el contrario, atendiendo el carácter extremadamente urgente de la protección que requieren los derechos relacionados con la libertad individual, dentro del proceso de hábeas corpus existen un conjunto de reglas especiales, no previstas para el resto de procesos constitucionales de la libertad, cuyo objetivo es asegurar la inmediata salvaguarda del derecho violado o amenazado de ser violado, de tal modo que la tutela cautelar se hace innecesaria.

La tutela cautelar, pues, se encuentra prevista para la protección de los derechos subjetivos fundamentales de la persona, distintos a la libertad individual, por lo cual el juez puede conceder medidas cautelares en los procesos constitucionales destinados a proteger tales derechos. Ahora bien, el actual régimen procesal constitucional, en realidad, no ha establecido un único tipo de proceso cautelar para que el juez conceda la tutela cautelar en estos procesos constitucionales, sino dos tipos de proceso cautelar claramente diferentes, de acuerdo con el tipo de acto violatorio del derecho constitucional que se pretende impugnar a través del proceso constitucional respectivo.

El primer proceso cautelar es el regulado en los dos primeros párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional y puede considerarse el proceso cautelar ordinario, ya que es el que procede en todos los casos, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos

administrativos emitidos al amparo de la legislación municipal y regional, vale decir, cuando en el proceso principal se impugnen decisiones de los gobiernos locales (las municipalidades) o de los gobiernos regionales. En estos últimos casos procede un tipo de proceso cautelar especial, el cual considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable.

En efecto, en el proceso cautelar ordinario, la medida cautelar respectiva se dicta sin conocimiento de la contraparte (como es lo usual en el proceso cautelar) y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo (como también es usual en este proceso), siendo conocidas por el mismo juez constitucional que conoce o conocerá el proceso principal.

Sin embargo, en el proceso cautelar especial (el previsto para obtener una medida cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los gobiernos locales o regionales), la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada por el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debe ser notificada a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la admite, lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso; se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo; y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación era resuelta por la Corte Suprema.

Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales

realizados por los gobiernos locales y regionales, ha puesto en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar.

2.1. LA POLÉMICA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR ESPECIAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Tan cuestionable ha sido considerado el trámite del proceso cautelar previsto contra las actuaciones de los gobiernos locales y regionales, que la Defensoría del Pueblo, el 2 de setiembre de 2005, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, en los cuales, como hemos señalado, se establecen las reglas de dicho proceso cautelar especial (Exp. N° 0023-2005-PI/TC). No obstante, en la sentencia emitida el 27 de octubre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, es decir, confirmó la constitucionalidad del referido proceso cautelar especial.

1. Posición de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo considera que las disposiciones cuestionadas son inconstitucionales por las siguientes consideraciones:

- Al regularse la procedencia de la medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, se han establecido limitaciones que desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares, las cuales resultan “irrazonables” y “desproporcionadas”, al conceder audiencia a la parte demandada e informe oral si lo solicite; disponer la intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido con efecto suspensivo y, finalmente, que el pedido de medida cautelar sea presentado ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema.

- Tales disposiciones establecen un trato discriminatorio al crear un procedimiento injustificado para sujetos como los gobiernos locales y regionales.
- Aunque dicho procedimiento pretende preservar la autonomía municipal y regional establecida por los artículos 191 y 197 de la Constitución, la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efecto suspensivo, si bien neutraliza el “factor sorpresa”, no evita necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar. Ello solo se logrará con una debida especialización y capacitación de los jueces encargados de tramitar estos procesos; y haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a que hubiere lugar. En este sentido, la Defensoría plantea como pretensión accesoria que el Tribunal Constitucional exhorte a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a la pronta implementación de jueces especializados en materia constitucional, exigida por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitución, tal como lo hizo en la sentencia recaída en el Caso Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), en el que se exhortó al Poder Judicial a que aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de distritos judiciales de la República.
- Finalmente, dicho proceso cautelar no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva, ya que al iniciarse ante la Sala Civil de la Corte Superior cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia, al ser resuelta en segundo grado por la Corte Suprema cuando este órgano jamás conocerá el proceso principal, y al ser apelable con efecto suspensivo que implica que así se concede la medida esta no se ejecutará de inmediato, no se asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal.

En líneas generales, nuestra postura es coincidente con la de la Defensoría del Pueblo, más allá de que el Tribunal Constitucional no haya compartido este criterio, conforme sustentaremos más adelante.

2. Posición de Congreso de la República

En la contestación de la demanda, el apoderado del Congreso de la República alega que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, por las siguientes consideraciones:

- El Congreso de la República, basándose en razones de oportunidad y conveniencia, eligió una de las variantes de medidas cautelares existentes en la Teoría General del Proceso, con el fin de proteger la autonomía municipal y regional respecto de los abusos cometidos en ejercicio de la función jurisdiccional.
- En el proceso de amparo, al constituir un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, pues estas son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.
- En cuanto a la concesión de audiencia otorgada a la parte demandada, en el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, el juez solo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, puede determinar medidas cautelares sin audiencia de las partes. De este único ejemplo el apoderado del Congreso concluye que en las medidas cautelares la bilateralidad es la regla y la medida inaudita et altere pars, la excepción.
- Respecto a la intervención del Ministerio Público, este órgano no “participa” en los procesos cautelares, pues solo interviene como

tercero interesado que no es parte en el proceso, Pero que por mandato del artículo 159 de la Constitución debe garantizar la correcta actuación de la función jurisdiccional y representa en juicio a la sociedad.

- Respecto a la apelación con efecto suspensivo, si en los procesos principales debe respetarse la regla del efecto suspensivo de la sentencia apelada, no se incurre en inconstitucionalidad cuando se ha previsto el efecto suspensivo del auto apelado que concede una medida cautelar, máxime en un contexto como el peruano en el que el litigante “no se caracteriza precisamente por una actuación de buena fe”.
- Si las pruebas y los elementos que sirven de soporte para la concesión de la medida cautelar son distintos a los del principal no resulta cuestionable que corran en cuerda separada y por medio de jueces distintos. Por el contrario, la Corte Superior y la Suprema garantizan de mejor manera la proporcionalidad y adecuación de la medida a las exigencias del proceso y de lo que se persigue con su tramitación.
- La norma parte del hecho práctico de que los gobiernos locales y regionales son los más afectados en sus atribuciones y competencias constitucionales por el abuso del amparo y las medidas cautelares, que en los últimos tiempos solo han servido para enervar el principio de autoridad, Así, la finalidad de la norma cuestionada es el respeto del principio de autoridad, que se traduce en el acatamiento de las normas que emiten los gobiernos locales y regionales. Entonces, dicha norma no vulnera el principio de igualdad.

- La sola demora en la tramitación del despacho no es sinónimo de inconstitucionalidad. En efecto, desde esta perspectiva, la vía igualmente satisfactoria no es necesariamente la más rápida ni la que dura el mismo tiempo, pues está claro que no hay vía más rápida que el Amparo, sino aquella en la que el derecho puede obtener satisfacción, pese al perjuicio normal que implique la demora a que se ve sometida toda persona que reclama ante la justicia.

Respecto a los argumentos del apoderado del Congreso de la República, debemos señalar que varios de ellos nos parecen poco consistentes. En primer lugar, por un lado se defienden las características (a nuestro juicio gravosas) que tiene el proceso cautelar especial en cuestión (a la cual considera una de las variantes de medidas cautelares existentes en la Teoría General del Proceso); sin embargo, se considera al mismo tiempo que en el proceso de amparo, al ser un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, las cuales son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.

- Dicha superposición de argumentos no resiste un análisis lógico, ya que si en el proceso de amparo no caben admitir medidas cautelares, cómo se entiende que al mismo tiempo se defienda el proceso cautelar especial cuestionado. ¿O es que acaso se está admitiendo que, por la forma en que ha sido regulado el proceso cautelar especial, es como si en verdad no se hubiera previsto la tutela cautelar frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales? Si esto es así, nos encontramos entonces frente a una suerte de “cinismo legislativo”, por el cual se establece una supuesta herramienta procesal a favor de los justiciables, sabiéndose de antemano que dicha herramienta

no servirá para nada. ¿No hubiera sido más coherente, simplemente, establecer la no procedencia de las medidas cautelares en dichos casos? O, más aún, si en efecto es verdad que “no hay vía más rápida que el amparo”, ¿no hubiera sido más lógico proscribir la tutela cautelar en todos los procesos constitucionales de la libertad (tal como se ha hecho con el hábeas corpus)?

También resulta cuestionable que a partir de un solo caso, el brasileño, en el cual las medidas cautelares se otorgan con previa audiencia de las partes, se concluya que en las medidas cautelares la bilateralidad sea la regla y la medida inaudita et altera para, la excepción. Ocurre exactamente al revés. En el Derecho Procesal comparado la tutela cautelar se ha caracterizado, prácticamente por definición, por ser otorgada con el máximo de facilidades para el justiciable, precisamente con el objeto de poder garantizarse la eficacia del resultado del proceso principal. Esa es la razón de ser del proceso cautelar.

De otro lado, el hecho de que el Ministerio Público intervenga “como tercero interesado” y no como parte en el proceso cautelar especial, no significa ningún alivio para el justiciable, ya que es evidente que la intervención de dicho organismo constitucional no se ha previsto para que sea un convidado de piedra, sino para que, en uso de sus atribuciones, tenga que tomar posición a través de sus dictámenes.

3. Posición dirimente del Tribunal Constitucional

Hemos señalado ya que el Tribunal Constitucional, en decisión que no compartimos, declaró infundada la demanda. Los argumentos de dicho colegiado para considerar constitucional el proceso cautelar especial cuestionado (al que el Tribunal denomina, erróneamente, “procedimiento”), fueron fundamentalmente, los siguientes:

- Dado que de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, esta norma suprema no ampara el abuso de derecho, el Tribunal estima que el procedimiento [proceso] cautelar especial en cuestión, establece requisitos razonables para acceder a la tutela jurisdiccional, que se constituyen en la alternativa necesaria para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido cautelar sin menoscabo de bienes constitucionales protegidos como la gobernabilidad; asimismo, resulta proporcional por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal realiza el test de razonabilidad, con el objeto de verificar si los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional (que establecen un procedimiento cautelar especial), vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción. En tal sentido, llega a las siguientes conclusiones (fundamento 35 de la sentencia):
 - a) Respecto al subprincipio de idoneidad o de adecuación, considera que el cuestionado procedimiento [proceso] especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo: la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
 - b) Respecto al subprincipio de necesidad, considera que dicho procedimiento [proceso] constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto.
 - c) Respecto al subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, considera que se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificulten la

labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.

Respecto a la separación de los jueces que conocen el procedimiento [proceso] cautelar y el proceso principal, el Tribunal considera que la misma tiene por objeto garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia (fundamento 36).

Que el legislador al configurar el procedimiento [proceso] cautelar especial cuestionado, ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. En tal sentido, crear un procedimiento [proceso] cautelar único hubiera significado limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, desconociéndose la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e irrevisables. En el mismo sentido, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía política, económica y administrativa reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188, 190 y 194 de la Constitución (fundamento 39).

Por las mismas razones señaladas, los extremos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del

recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, no suponen una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción (fundamento 40).

Luego de sustentar lo manifestado, el propio Tribunal fundamenta el carácter constitucional que tiene la tutela cautelar como una manifestación del debido proceso, así como los deberes que ello impone a los jueces. Esta es, a nuestro juicio, la parte más interesante de la sentencia; aunque no deja de resultar paradójico que dicho colegiado haga este desarrollo luego de sostener la validez constitucional del proceso cautelar especial frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales.

Sobre dicho carácter constitucional, el Tribunal considera que, igual que ocurre con el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no está expresamente reconocida en la Constitución; sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el Inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. En tal sentido, no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento su decisión (fundamento 49).

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca (fundamento 51). Sin embargo, estos deberes impuestos al juez constitucional se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo, hábeas data y cumplimiento; por lo que es necesario que se distinga el uso regular de

los medios procesales que la ley prevé —como la medida cautelar—, y el uso abusivo de este derecho, signo inequívoco de mala fe y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional (fundamento 52).

El Tribunal, asimismo, aclara que el derecho a la tutela cautelar no implica que, en todos los casos, la medida cautelar solicitada tenga que ser concedida. Por lo tanto, corresponde a la autoridad judicial valorar, en función del caso concreto, si corresponde dictada, mantenerla o revocarla, estando todo juez facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso (fundamento 55).

Así también, considera que la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, si bien caben algunas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad (fundamento 57).

En líneas generales, estamos de acuerdo y nos parece sumamente importante que el Tribunal Constitucional haya declarado de manera expresa el carácter constitucional que tiene la tutela cautelar como una manifestación del debido proceso. Sin embargo, consideramos que, de acuerdo con dicha sustentación, lo que correspondía era que concluya estableciendo la inconstitucionalidad del proceso cautelar especial regulado por los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, ya que el mismo no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal.

En efecto, basta revisar el trámite que corresponde al proceso de amparo, al hábeas data y al proceso de cumplimiento establecido por los

artículos 53, 65 y 74 del Código Procesal Constitucional, respectivamente, para concluir que dichos procesos constitucionales resultan incluso más expeditivos que el proceso cautelar especial cuestionado.

La consecuencia del establecimiento de dicho proceso cautelar especial es que, en los hechos, las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales prácticamente no pueden ser objeto de tutela cautelar; y si en algunos casos en alguno de estos procesos un justiciable logre obtener una medida cautelar, su oportunidad será tan tardía que habrá desnaturalizado la razón de ser de la tutela cautelar. Conforme señala Samuel Abad sobre el particular: “De esta manera, ante situaciones que requieren una solución urgente y rápida la medida cautelar, debido a un trámite intencionalmente engorroso, no otorga al afectado una solución eficaz, en otras palabras no garantiza una tutela judicial efectiva²¹.”

De otro lado, no entendemos cómo es que otorgar una medida cautelar en contra de un acto administrativo de un gobierno regional o local que viole derechos fundamentales significan una violación de su autonomía. ¿Se supone acaso que la mayoría de medidas cautelares concedidas en estos casos han sido otorgadas de manera ilegítima? De ser así, ¿el problema es que la legislación procesal constitucional haya previsto la tutela cautelar o, más bien, la deficiente actuación de los jueces, sea por falta de preparación o por corrupción?

Asimismo, si el argumento es mantener la autonomía de los gobiernos locales y regionales, habría que considerar que tan autónomos como estos gobiernos lo son los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos. ¿Por qué en tales casos, entonces, no se aplican los mismos criterios?

²¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. “El Proceso Constitucional de Amparo”. 1º ed. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2004, Pág. 572.

2.2. LAS VISIONES SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

Las medidas cautelares se dictan dentro del proceso cautelar, el cual puede definirse como aquel proceso que tiene por objeto garantizar la eficacia de los resultados de otro proceso (al que se le puede denominar proceso principal), respecto del cual es accesorio.

Ahora bien, más allá de esta definición operativa, es menester tener presente que, históricamente, han existido o existen diversas visiones o formas de entender a la tutela cautelar. Una de estas visiones, que hoy se considera ya superada, es la visión “publicística” de la tutela cautelar; la otra es la visión “garantística” de la misma, conforme detallaremos seguidamente.

1. Las visiones publicística y garantística de la tutela cautelar

Conforme parafrasea Eugenia Ariano Deho, el maestro italiano Piero Calamandrei, en su trabajo pionero sobre la tutela cautelar *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari* (Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares), publicado en 1936, consideraba que la tutela cautelar está dirigida a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, es decir, a salvaguardar el imperium iudicis, o sea, a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal. En tal sentido, según el profesor florentino, las medidas cautelares, más que estar dirigidas a defender los derechos de los individuos, están dispuestos en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento²²

Sobre el particular, Ariano Deho considera que en los tiempos actuales, sin desmerecer el inmenso aporte de Calamandrei, ya es momento de dejar de citarlo, toda vez que su concepción “publicística” de la tutela

²² ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el procesos garantista”, ponencia presentada en el Primer Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

cautelar ha sido superada. De este modo, Ariano Deho, siguiendo a los italianos Comoglio-Ferri y Fazzalari, señala²³

“Si partimos de la premisa de que todos tenemos no solo el derecho de pedir al órgano jurisdiccional la tutela de nuestros derechos e intereses, sino además de obtener del juez una tutela judicial efectiva, debemos concluir que para lograr tal efectividad ese derecho incorpora esencial y necesariamente la posibilidad de pedir y obtener una tutela cautelar provisional y urgente adecuada a las características sustanciales de las situaciones subjetivas tutelables en relación a las variables circunstancias del caso. [De este modo) La tutela cautelar se presenta hoy, cual componente esencial e ineludible de lo que es llamado el modelo de garantía constitucional del proceso. El proceso es el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para la tutela de nuestros derechos e intereses y la tutela cautelar no está dispuesta para salvaguardar el ‘imperium iudicis’, no constituye el ejercicio de un ‘poder de policía’, sino que su finalidad estriba en garantizarla posibilidad práctica de la efectiva tutela jurisdiccional de nuestros derechos, desplegando la función de neutralizar los probables daños que podrían ocasionarse a la parte (o la que será parte) que tiene (probablemente) la razón por la causa de la duración del proceso de cognición o de ejecución (...)”.

En tal sentido, según Ariano Deho:

“La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el ‘justiciable’) como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio

²³ ORTELLS RAMOS, *Ibidem* pag.44

tiempo en un bien. De esta forma nos encontramos frente a ese “vuelco espectacular” al que hace referencia el gran administrativista español Eduardo García De Enterría: la constitucionalización de las medidas cautelares, esto es, de concienciación progresiva de que sin estas no hay, ni puede haber una auténtica y efectiva tutela judicial. Hemos desplazado, pues, el ángulo visual, de la calamandreiana finalidad publicística de la tutela cautelar a una finalidad garantística de la misma, de ver la tutela cautelar como instrumento de eficacia y seriedad de la función jurisdiccional, al considerarla instrumento de garantía de tutela eficaz para el justiciable (que en definitiva es el “ciudadano”, o sea todos), bajo la premisa que el proceso es un instrumento al servicio nuestro y cuando necesitamos la tutela jurisdiccional debemos obtenerla (si obviamente tenemos la razón). Somos los usuarios de un servicio fundamental del Estado y tenemos derecho a exigirle que la tutela que no podemos darnos por nosotros mismos sea una tutela de calidad de resultados”.

Respecto a estas afirmaciones, la propia Ariano Deho aclara que ello no implica una vuelta a una visión privatista del proceso (al proceso considerado como una “cosa de partes”), sino que, por el contrario, significa elevar a nivel de derecho humano fundamental el derecho que tienen los ciudadanos a que el Estado les brinde una tutela jurisdiccional auténticamente efectiva, lo que implica que el Estado no puede desentenderse del problema de la ineficacia del proceso en atención a la naturaleza privada de los intereses en juego en él.

Finalmente, aunque Ariano admite que aún no existe un precepto constitucional ni legislativo que considere a la tutela cautelar como un derecho fundamental, también destaca que gracias a la jurisprudencia constitucional europea se ha abierto paso esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose el viejo principio

chiovendiano de que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Por nuestra parte, estamos persuadidos de la pertinencia de los argumentos expuestos por Eugenia Ariano, los cuales, nos parece, se corresponden con una concepción que el propio Tribunal Constitucional peruano parece reconocer al considerar, en la sentencia bajo comentario, que la tutela cautelar constituye una manifestación del debido proceso y de la tutela jurisdiccional a que se refiere el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

2. La visión publicística de la tutela cautelar por parte del Tribunal Constitucional

Como lo hemos adelantado, en una parte de la sentencia el Tribunal Constitucional parece adscribirse a una visión garantística de la tutela cautelar, cuando considera que la misma constituye la manifestación del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, al confirmar la constitucionalidad del proceso cautelar especial regulado por el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, el mismo Tribunal expresa una visión publicística de la tutela cautelar.

En efecto, en el fundamento 38 de la sentencia se reproduce el siguiente texto de Calamandrei: “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar eficaz funcionamiento de la justicia”.²⁴ Este texto, como muy bien lo ha explicado Eugenia Ariano, constituye la médula de la visión publicística de la tutela cautelar, actualmente superada.

²⁴ Cfr. SAMUEL ABAD YUPANQUI. “El Proceso Constitucional de Amparo”, Gaceta Jurídica.

Esta visión publicística que en este extremo ha adoptado el Tribunal Constitucional se manifiesta, asimismo, cuando este colegiado prioriza un supuesto bien constitucional protegido, como sería la gobernabilidad, sobre la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la persona, la cual, según el primer artículo de la Constitución, es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Cabe precisar que la Constitución en ningún momento se refiere a la gobernabilidad como un bien constitucional protegido. Asimismo, si bien en la sentencia comentada el Tribunal se refiere reiteradamente a la necesidad de preservar la gobernabilidad de los gobiernos locales y regionales, en ningún momento explica por qué es que dicha gobernabilidad es un bien constitucional.

Es decir, frente a un bien constitucional expresamente reconocido: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (del cual se deriva inmediatamente la necesidad de que el ciudadano obtenga una efectiva protección de sus derechos fundamentales, así como la obligación del Estado de garantizar dicha protección); el Tribunal ha priorizado un supuesto bien constitucional (la gobernabilidad), sobre el cual la Constitución no dice nada, siendo sumamente discutible que pueda ser considerada como un bien constitucional.

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 15, establece dos tipos de proceso cautelar relacionados con los procesos constitucionales de la libertad. El primero de estos es un proceso cautelar ordinario, que procede en todos los casos, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos violatorios de derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales. El segundo tipo es un proceso cautelar especial, el cual procede contra los referidos actos de dichos gobiernos subnacionales.

El proceso cautelar ordinario, en el cual la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo, resulta idóneo para que se logre una tutela judicial efectiva, ya que permite atender la urgencia que muchas veces requiere la protección de los derechos subjetivos fundamentales y evitar que su violación se convierta en irreparable.

Sin embargo, el proceso cautelar especial, el cual considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable, no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal. Lo absurdo de este tipo de proceso cautelar es tal que, incluso, los procesos constitucionales de los cuales puede ser accesorio (el proceso de amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento) consideran un trámite más expeditivo.

No obstante lo evidente de lo gravoso y engorroso que resulta el proceso cautelar especial, por lo cual no es idóneo para lograr a través de él una tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad a través de la sentencia recaída en el Exp. N°. 0023-2005-PI/TC. Con ello, a pesar de lo equivocada que ha podido ser la decisión del supremo intérprete de la Constitución, la norma cuestionada (el párrafo tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional) no puede ser ahora inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, como proponía Samuel Abad antes de que dicha sentencia se expida. En tal sentido, la única vía que queda abierta para solucionar dicho entuerto legislativo es la modificación de la norma que pueda realizar el Congreso de la República.

La referida sentencia del Tribunal Constitucional, específicamente en la parte que sustenta las razones por las que considera que el proceso cautelar especial no es constitucional, se basa en una concepción

publicística de la tutela cautelar (según la cual la tutela cautelar está dirigida a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, más que a defender los derechos de los individuos), en estos tiempos definitivamente superada a nivel de la doctrina y de la justicia constitucional más desarrollada, por una visión garantística de la misma (según la cual la tutela cautelar es una herramienta de garantía de tutela eficaz para el justiciable).

2.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Uno de los derechos de la función jurisdiccional es el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, el cual se encuentra regulado en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución. Este derecho se presenta como un derecho continente que abarca una serie de otros derechos los cuales forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, siendo uno de esos derechos el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional respecto a ese derecho ha establecido 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 un vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. Derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.)

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.²⁵

²⁵ Exp. N° 015-2001-AI/TC (acumulados), Fundamento Jurídico 11, publicado el 30/04/2004.

Se advierte de lo hasta ahora desarrollado. que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales es pues un derecho fundamental que regula la función jurisdiccional por lo que es finalidad y deber de todo órgano jurisdiccional el velar por su protección garantizando que lo resuelto por instancias judiciales pueda ser ejecutado conforme a lo resuelto, manteniendo así el valor justicia toda vez que si el justiciable acude a los órganos jurisdiccionales en busca de la protección de su derecho y aquel, una vez declarado, tiene altas probabilidades de ser inejecutable, entonces sentirá que el acudir a las instancias judiciales no será la mejor opción para la protección de su derecho siendo ello un incentivo para la autotutela, creando un clima social de inestabilidad jurídica.

En ello radica la importancia de garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales y uno de los procesos que busca su protección es el proceso cautelar el cual ha sido definido por Juan F. Monroy Gálvez como “(...) el instrumento a través del cual una de las partes litigantes, generalmente el demandante, pretende lograr que el juez ordene la realización de las medidas anticipadas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva, para cuando esta se produzca (...)”²⁶. Dichas medidas en materia constitucional pueden ser, como veremos más adelante, el establecer las medidas pertinentes para que la vulneración del derecho fundamental cese o, el dictar las medidas correspondientes para que, en caso de amenaza cierta e inminente de un derecho fundamental, aquella no llegue a concretarse (no se descartan otras medidas que, en la práctica, puedan presentarse).

Lo importante de este apartado es señalar que la función de la tutela cautelar, en términos generales, es “(...) evitar que la duración del proceso que el demandante se vea en la obligación de iniciar para

²⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan (2007). Teoría General del Proceso. EN: Biblioteca de Derecho Procesal, N° 6, Palestra Editores, Lima, p. 276.

obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que ella sufre; o, hacerla más gravosa; (...) o, permitir que se consume la lesión que en la situación anterior a la del inicio del proceso era una amenaza”²⁷.

Ahora bien, en los procesos cautelares se busca que el juez de la causa dicte las medidas cautelares pertinentes para asegurar su finalidad, de allí que esas medidas han sido definidas como “(...) aquellos instrumentos jurídico-procesales creados y diseñados con la finalidad de eliminar el peligro que para el buen fin del proceso principal, o lo que es igual, para la efectividad práctica de la sentencia que pone término al mismo, y a través de la cual aquel cumple su función, podrá derivarse del lapso de tiempo que inevitablemente debe transcurrir para la tramitación de dicho proceso y, consecuentemente, para la emanación de la resolución judicial definitiva (...)”²⁸. Es decir, a través de las medidas cautelares se busca proteger de manera anticipada el resultado final de la controversia jurídica y de la resolución derivada ella, puesto que al proteger su resultado se garantiza a su vez la eficacia de la resolución judicial, la misma que, producto del tiempo irremediable que debe seguir todo proceso principal, puede ir disminuyendo hasta desaparecer tomándose la resolución judicial en ineficaz con la consecuente vulneración del derecho al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que ello implica.

Ahora bien, sin ser esta la tribuna para desarrollar los caracteres de las medidas cautelares²⁹, sí consideramos pertinente señalar al menos dos de ellas: su instrumentalidad y su provisionalidad, entendiéndose por la primera la finalidad de toda medida cautelar ya que ella no tiene una

²⁷ PRIORI POSADA, Giovanni, La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental. ARA Editores, Lima, 2006, p. 34.

²⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel. “El Proceso Cautelar Civil (una aproximación a su teoría general)”. En: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 28.

²⁹ HURTADO REYES, Martín, Tutela jurisdiccional diferenciada. Tesis y monografías, N° 11, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 179 y ss.

finalidad para sí misma, sino mas bien lo que pretende asegurar es la eficacia de una resolución judicial que se deriva de un proceso principal³⁰. Por el segundo, en cambio, se entiende que toda medida cautelar no es permanente sino que aquella tiene un límite temporal el cual es la finalización del proceso principal, ya que con su resolución final, de ser la demanda estimada, aquella se constituye en materia de ejecución, estando el derecho, ya declarado y su finalidad protegida ³¹

2.4. EVOLUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL ARTÍCULO 15 DEL CPCONST.

Las medidas cautelares en el proceso constitucional es una de las tantas innovaciones que ha traído consigo la vigencia del Código Procesal Constitucional en materia de derechos fundamentales. Ello, sin embargo, no ha estado exento de problemas, siendo en sus inicios uno de los artículos que ha recibido las mayores criticas por parte de la doctrina las cuales se centraban principalmente en su procedimiento, esto es, porque en su texto original se regulaba un procedimiento especial de las medidas cautelares si estas tenían como finalidad dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de la legislación municipal o regional, así como el traslado a la otra parte de la medida cautelar y al Ministerio Público³².

En efecto, cuando entró en vigencia el CPCConst., el artículo 15 contaba con un cuarto párrafo³³ el cual establecía el procedimiento de las medidas cautelares en caso aquellas tengan como objeto actos administrativos provenientes de los órganos municipales o regionales,

³⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, Íbidem Pág. 44.

³¹ MONROY PALACIOS, Juan José. “Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud menor caución y viceversa”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° VIII, 2005, Palestra Editores, Lima, pp. 237 – 263.

³² Esta parte constituye uno de los últimos rezagos de la intervención del Ministerio Público en los procesos constitucionales, ya que anteriormente, como se encontraban regulados los procesos constitucionales, el dictamen fiscal era necesario en este tipo de procesos, todo lo cual fue restringido con la vigencia del Código Procesal Constitucional.

³³ ABAD YUPANQUI, DANOS ORDOÑEZ EGUIGUREN PRAELI, GARCÍA BELAUNDE, MONROY GÁLVEZ Y ORE GUARDIA, Código Procesal Constitucional, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico. Palestra Editores, 2004, p. 95 y ss.

siendo este: “De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicte 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”.

Como se observa, en sus inicios, las medidas cautelares contra ese tipo de actos se iniciaban, en primera instancia ante las salas superiores — que actuaban como segunda instancia en el proceso principal— siendo la segunda instancia la Corte Suprema de la República —que nunca conocería el proceso principal—. Además la apelación contra dicha medida cautelar sería concedida con efectos suspensivos, lo que conllevaría en la práctica a que la medida cautelar sea inejecutable, dada la eficacia inmediata de los procesos constitucionales cuando aquella es estimada en primera instancia.

Aquello fue observado por los autores intelectuales del Código, los cuales enfatizaron respecto de este punto, que: “Quienes incorporaron el cambio en el Congreso no se dieron cuenta que conforme a la nueva regulación, cuando acaba el proceso de amparo, o por lo menos cuando se expida la sentencia de primer grado, que tendrá ejecución inmediata con prescindencia de que haya sido impugnada, el trámite de la medida cautelar no tendrá ninguna importancia. Sin saberlo, condenaron a la medida cautelar a su inutilidad, tal vez sin advertir que el nuevo Código cambia todo el sistema procesal referido a los procesos constitucionales,

por lo que mantener escombros de aquella deviene en disfuncional, en tanto no se puede seguir regulando la anécdota”.

Además de lo señalado, tampoco ha dejado de ser controversial el traslado de la medida cautelar a la otra parte a fin de que formule contradicción, así como también el traslado al Ministerio Público para que expida su respectivo dictamen. Para una parte de la doctrina, aquello podría colisionar con la efectividad inmediata que deben contener las medidas cautelares, sin embargo, también se ha afirmado que el contradictorio es parte esencial de cualquier proceso, y que la medida cautelar no puede ser ajeno a ello. Así por ejemplo, Eugenia Ariano Deho ha concluido, luego de realizar una exposición respecto del procedimiento de las medidas en países como Alemania, Italia y España. que “(...) El contradictorio es la esencia del proceso y de la jurisdicción. Y mientras más se avanza en la civilización del proceso, se hace más intolerable construir cualquier forma de tutela jurisdiccional que pueda ser brindada a través de un procedimiento que no se estructure bajo el elemental principio de que el juez nada debe poder resolver si es que previamente no ha dado la oportunidad a ambas partes de ser oídas”³⁴ Debemos remarcar, sin embargo, que en la realidad nacional, el traslado a la otra parte significa poner sobre aviso al posible ejecutante de la medida cautelar que se pretende ejecutar, lo que conlleva en la mayoría de los casos a eludir su responsabilidad realizando las medidas pertinentes para evitar que se lleve a cabo dicha ejecución y que aquella termine siendo inviable. Por otra parte, en lo referente a los objetivos que se desea conseguir con la regulación de las medidas cautelares en los procesos de protección de derechos fundamentales podemos señalar que, dado lo expeditivo de este tipo de procesos, el traslado a la otra parte podría convertirse en prolongar aún más el tiempo de vulneración del derecho fundamental que se busca tutelar o que dicha

³⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. “La sentencia Exp. N° 0023-2005-PI/TC; cuando las garantías procesales valen solo para algunos”. En: Carpio Marcos, Edgar y Grandez Castro, Pedro (Dir.) Palestra del Tribunal Constitucional. Año 1, Número 12, Diciembre del 2006, Lima, p. 401.

transgresión se convierta en irreparable de ser el caso, lo que llevaría a concluir que en nuestro sistema actual, tal y como es seguido, el traslado de las medidas cautelares para su posterior contradicción podría resultar cuando menos inconveniente.

El artículo 15 del CPConst., respecto a estos extremos, fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 023-2005-PI/TC, publicado el 23 noviembre del 2006. En dicha sentencia el Tribunal tuvo la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del artículo en mención, el cual era ya opinión uniforme por parte de la doctrina, respecto por lo menos del procedimiento de las medidas cautelares contra los actos administrativos de los órganos municipales y regionales, así como sentar su posición respecto de los demás puntos controvertidos señalados en ese artículo y propuestos por la doctrina. Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluyó con la constitucionalidad de dicha disposición señalando básicamente que:

“(…) el legislador tiene la potestad de regular el procedimiento cautelar en procesos como el amparo, en tanto no desnaturalicen la esencia de la medida cautelar, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. Pero sin desconocer los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una administración de justicia indiferente ante la protección de los bienes constitucionales, que encuentran su sustrato en la realidad constitucional misma, lo que trae como principal consecuencia una afectación a las competencias legítimas de los gobiernos locales y regionales”³⁵ No obstante a declaración de constitucionalidad sentada por el Tribunal Constitucional, ha sido el propio legislador el que determinó la modificación de dicho artículo, suponemos que dada las críticas respecto

³⁵ FJ. 58, Exp. N° 0023-2005-PI/TC, la posición establecida por el Tribunal Constitucional no ha estado exenta de duras críticas. Entre ellas, resalta lo señalado por Eugenia Ariano Deho, en su artículo precitado, p. 389 y ss.

a la regulación allí sentada así como su inejecutabilidad ya señalada, procediendo a expedir Ley N° 28946, de fecha 24/12/2006, donde ahora se establece la tramitación de las medidas cautelares ante el juez de primera instancia y su apelación a la sala superior correspondiente, en el caso de que ese tipo de medidas se encuentren dirigidas contra actos derivados de la administración municipal o regional. Sin embargo, ello deja subsistente la apelación con efectos suspensivos, así como el traslado a la otra parte. Agregando además en el primer párrafo la apelación con efectos suspensivos en caso de que se traten de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas.³⁶

2.5. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (ESTUDIO CON BASE EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL).

El Código Procesal Constitucional, en el primer párrafo, de su artículo 15, ha establecido tres requisitos que se debe de cumplir

³⁶ **Ley N° 28946, que modifica el 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, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo las conceden sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el juez si concede en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

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, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público, con la contestación expresa o ficta, el juez resolverá dentro del plazo de tres días 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 616, 621, 630, 636 y 642 al 672, de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 616, 621, 630, 636 y 642.

copulativamente para la procedencia de las medidas cautelares en este tipo de procesos³⁷ cuales son:

- a) La apariencia del derecho.
- b) El peligro en la demora.
- c) Que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión.

1. La apariencia de derecho o *fumus bonis iuris*

Este requisito consiste en “(...) que deben existir elementos de juicio suficientes que hagan prever al menos la posibilidad de que el recurrente en el proceso constitucional obtendrá un fallo definitivo a su favor (...)”³⁸, esto es, no se exige la certeza absoluta, pero sí una alta probabilidad del derecho solicitado lo cual debe ser evaluado por el juez con criterio de razonabilidad y ponderación entre la probabilidad demostrada por el accionante y la medida cautelar solicitada, con el daño que se puede causar o, en el caso constitucional, con la protección del derecho que se busca tutelar y se alega como vulnerado.

Al referirnos a los elementos de juicio suficientes no hacemos alusión a la certeza que debe llevar un juicio de cognición, sino las probabilidades, que deben ser extraídas de una valoración superficial de los medios probatorios. y de los hechos esgrimidos que son utilizados al plantear la medida cautelar, ello en la medida que no se requiere realizar un análisis

³⁷ Este artículo tiene su antecedente en el artículo 36 de la Ley N 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, el cual establece:

“Artículo 36.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuere solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del veto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.
2. De los fundamentos expuestos por si demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.
3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión”.

³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I, Palestra Editores, Segunda Edición, Lima, 2006, p. 417.

profundo de los medios probatorios, puesto que lo que se desea evitar con la medida cautelar es que la demora en el proceso no sea perjudicial para el actor.

Tratándose de derechos fundamentales que se encuentran en juego, nos parece sin embargo, que lo esencial en la apariencia del derecho no es que el actor demuestre ser titular del derecho vulnerado —si bien es un requisito necesario— sino, además que se tenga la verosimilitud que el acto que se reclama sea atentatorio con el derecho protegido, esto es, que el juez tenga la meridiana convicción que el acto reclamado vulnera o amenace el derecho que se busca proteger.

Ello debe ser así en la medida que, con la finalidad de los procesos constitucionales es la protección de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza, siendo necesaria la existencia de aquellos para su procedencia ante los órganos jurisdiccionales, constituyendo la existencia de tal vulneración o amenaza tan necesario como es el demostrar ser titular del derecho alegado.

De allí que se afirme que, en los procesos constitucionales, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de señalar la medida cautelar de innovar, amparado en el artículo 682 del Código Procesal Civil y la medida de no innovar (artículo 687 del mismo código), siendo la primera la posibilidad que tiene el juez de dictar medidas a fin de que se repongan los hechos al estado anterior a la vulneración del derecho o, en el segundo caso, de dictar las medidas necesarias para evitar la vulneración de ese derecho: “(...) en el caso que el acto agresor de un derecho constitucional no se haya consumado del todo, significará que lo que falte para su consumación no deberá producirse. Esto supondrá no alterar la situación existente al momento de solicitar la medida de suspensión del acto que arremete contra el derecho constitucional. Y

esto alude necesariamente a medida de naturaleza no innovativa”³⁹. No obstante ello, no puede descartarse la protección de los derechos fundamentales a través de otras medidas que no se encuentren legislativamente desarrolladas, por lo que también nos debemos referir a las medidas cautelares innominadas siendo “(...) aquellas no previstas en la ley que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”⁴⁰.

Un último punto a tratar está relacionado con la cancelación de la medida cautelar. Así, mientras el Código Procesal Civil, señala en su artículo 630 que: “Sí la sentencia en primera instancia desestime la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada”.

Por su parte, el Código Procesal Constitucional se refiere a sentencia firme, esto es, que la medida cautelar no se agote con la resolución de primera instancia, sino que se debe esperar hasta el término del proceso para que la medida cautelar deje de surtir efectos. Aquello, si bien se puede explicar en razón que lo que se protege en este tipo de procesos son los derechos fundamentales los cuales merecen mayor protección que cualquier otro derecho, sin embargo, desde la óptica procesal, puede señalarse que, con la sentencia desestimatoria de primera instancia desaparece la apariencia del buen derecho, por lo que no se puede hablar de la vigencia de una medida cautelar si uno de sus presupuestos ya no se encuentra vigente.⁴¹

³⁹ MORETTI, Raúl. *Íbidem*, p. 69.

⁴⁰ RENGEL ROMBERG, Arístides. “Medidas cautelares innominadas”. En: Moroy Palacios, Juan José (Dir). *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IX, 2006, Palestra Editores, Lima, p. 493

⁴¹ El problema planteado pertenece a una excelente disertación que realiza Giovanni Priori Posada en su libro *La tutela cautelar*, Ob. Cit., p. 85, sentado su posición crítica a lo establecido por el Código Procesal Constitucional.

2. El peligro en la demora o periculum in mora

Para este requisito “(...) deben existir indicios claros para pensar que de esperarse a obtener el fallo definitivo en el proceso constitucional, se agravaría considerablemente de modo irreparable, la salvación del derecho constitucional involucrado⁴².

Este principio se encuentra en relación directa con la finalidad de las medidas cautelares, toda vez que mediante dicha medida se busca que el perjudicado con la vulneración o amenaza del derecho no se vea también afectado con un proceso judicial extenso, sino que encuentre una tutela rápida y eficaz por parte del órgano jurisdiccional para la protección de su derecho.

La doctrina ha señalado que este requisito no se refiere a la probabilidad del daño que puede causar la demora del proceso sino que aquello debe contar con certeza e inminencia, es decir, que el juzgador tenga la certeza que la demora en que puede incurrir el proceso traiga indefectiblemente consigo que el daño se produzca o que aquel continúe con sus efectos lesivos. Entonces, “(...) No es por ello cualquier temor de daño jurídico sino que se trata de un temor de daño jurídico calificado, pues para el dictado de una medida cautelar se requiere que el riesgo sea inminente, lo que justifica la urgente necesidad de que se dicte una medida cautelar. La inminencia no es cualquier evento que puede ocurrir en el futuro, sino que es un elemento que supone que la situación que se describe como peligro en la demo, esté por ocurrir o esté ocurriendo”⁴³

Ahora bien, respecto al peligro en la demora, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0023-2005-AI/TC, publicado el 1 de enero del 2006, ha señalado que: “Si bien la carga de la prueba, recae en el

⁴² MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesjs del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, segunda reimpresión, Lima, 2005, p. 157.

⁴³ JUVE ANGLES, María. Íbidem p. 41.

demandante, es necesario matizar esta afirmación a nivel de los procesos constitucionales, pues “de lo que se trata es de que se acredite, al menos, un principio razonable de prueba al respecto. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida, ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables”⁴⁴

La discusión sobre este punto se centra en la irreparabilidad del daño como una exigencia para la procedencia de la medida cautelar, siendo que una parte a la doctrina ha sostenido que tal exigencia, junto con la inminencia, puede acarrear que determinados actos no puedan ser pasibles de ser tutelados mediante las medidas cautelares. Así, se ha señalado que: “(...) La consideración del daño como inminente es ya suficiente justificación como para que se dicte una medida cautelar, pero si a ello le agregamos el hecho de que el daño que se quiere evitar sea, además, irreparable, lo que estamos haciendo en realidad es incrementar las exigencias de calificación que debe tener el daño para que proceda el otorgamiento de una medida cautelar (...)”⁴⁵

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ya ha señalado expresamente que la amenaza debe entenderse por cierta y de inminente realización — siempre dentro de los casos de amenaza a algún derecho fundamental— siendo aquel que: “(...) Cierta, ha dicho este Tribunal, quiere decir posible de ejecutarse, tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, este tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención apertura haría ilusoria su reparación (...)”⁴⁶. Ello quiere decir que, ante la amenaza de

⁴⁴ Fundamento 52. b) del Expediente N° 0023-2005-AI/TC, publicado el 1 de enero del 2006. el tribunal en esta parte a MONTERO AROCA, Juan y FLORES MATÍES, José. Amparo constitucional y proceso civil. Tirant to Blanch, Valencia, 2005, p. 426.

⁴⁵ CHIOVENDA GIUSEPPE, Íbidem p. 32.

⁴⁶ Fundamento 30, del expediente 07339 – 2006 – AA/PC publicado el 25 de Junio del 2007.

vulneración de un derecho fundamental, la medida cautelar solo puede ser procedente si aquel se encuentra incluido dentro de lo establecido por cierta e inminente realización, caso contrario, dicha medida debe ser declarada improcedente.

Adicionalmente, debemos referirnos a las dos configuraciones que puede tener el presupuesto de peligro en la demora:

“Peligro de infructuosidad: que se refiere al peligro que pudiera existir de la desaparición de los mecanismos necesarios para la eficacia de la sentencia, por la demora del proceso.

Peligro de retardo de la providencia jurisdiccional: siendo aquel el temor que surge ante la ineficacia de la sentencia, por el solo hecho de la demora del proceso jurisdiccional”⁴⁷

3. Que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión

Por este último requisito se entiende que “(...) la medida cautelar debe ser idónea para poder garantizar la eficacia de la sentencia que ampare determinada pretensión. La relación entre medida cautelar y pretensión planteada en la demanda es de idoneidad, y a ello se refiere la adecuación, como presupuesto de las medidas cautelares (.)”⁴⁸. Esto es, que la medida cautelar debe ser proporcional a la finalidad que se busca: la protección del derecho fundamental, por lo que su objetivo final debe ser el de aplicar los medios idóneos para la protección del derecho fundamental de ser aquel amenazado o, de encontrarse vulnerado, aplicar los actos correspondientes para retrotraer los hechos al estado anterior de su vulneración hasta que se otorgue el fallo definitivo, siendo que un pronunciamiento que no tenga por finalidad dichos objetivos terminaría por desnaturalizar lo que se busca proteger con la medida cautelar.

El Tribunal lo ha definido como: “Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende

⁴⁷ Dichos requisitos son tomados por Giovanni citando a Calamandrei. Ob. cit., p. 50.

⁴⁸ RENGEL ROMBERG, Arístides. Íbidem, p. 109

asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue”⁴⁹.

Debemos remarcar en este punto que la discrecionalidad del juzgador, si bien puede entenderse como amplia, aquello se encuentra limitado a lo solicitado por la medida cautelar con la protección al derecho fundamental que se pretenda tutelar, siendo esta la finalidad principal de todo proceso constitucional de control concreto de lo que el proceso cautelar derivado no puede ni debe desprenderse.

2.6. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO

La reciente modificación del Código Procesal Constitucional de la Ley N° 28946 tiene intenciones ambivalentes, por un lado elimina trámites innecesarios para la emisión de las medidas cautelares en el ámbito de la actuación administrativa de los gobiernos regionales y ocales, y, por otro lado, genera impedimentos para la eficacia inmediata de las medidas cautelares dictadas contra normas autoaplicativas. Sin mencionar las razones que pudieron conducir al Congreso a modificar el texto del Código Procesal Constitucional, al parecer (al menos por la modificación de las medidas cautelares) el legislador considera que la regulación del proceso constitucional y —en concreto de las medidas cautelares constitucionales— son opciones sin repercusión sobre las expectativas y derechos ciudadanos en concreto. En estas cortas líneas reflexionaremos sobre los alcances de la modificación.

2.7. NATURALEZA Y NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional son acciones en sede jurisdiccional que tienen por de forma que se impida que la continuación de la situación —aparentemente vulnerante del

⁴⁹ Fundamento 52 c) del Expediente N° 0023-2005-AI/TC, publicado el 1 de enero de 2006.

derecho constitucional del demandante— se vea en riesgo de irreparabilidad, por lo que el órgano jurisdiccional realiza un juicio legal prematuro de la sentencia.

De hecho, las medidas cautelares de garantía de derechos constitucionales tienen más importancia que el proceso constitucional en sí, puesto que sin una oportuna medida cautelar la sentencia favorable al derecho alegado puede concluir en una mera declaración y no en una acción correctiva de acciones u omisiones que vulneren o amenacen vulnerar legítimos derechos.

A diferencia de las medidas cautelares en otros procesos, el derecho que se garantiza puede significar tener un empleo y no tenerlo, entre contar con la información oportunamente y no tenerla o entre el acatamiento de una norma legal o no. En un país donde el Estado Constitucional de Derecho se encuentra en formación la proscripción de la afectación de derechos es también una necesidad de educación cívica.

Los jueces constitucionales tienen menuda responsabilidad en materia de derechos constitucionales, deben discriminar las verídicas o posibles afectaciones a derechos de aquellas pretensiones de constitucionalizar derechos de distinta naturaleza. En efecto, implica un especial raciocinio observar que las alegaciones de los demandantes no implican riesgos irreparables de no plantearse en la vía jurisdiccional especializada y que el derecho constitucional de lo alegado no está lo suficientemente vinculado a la pretensión.

En buena cuenta —y sin considerar actos de corrupción que vician el juicio de la judicatura—, lo que resuelve un juez constitucional casi siempre será controvertido (puesto que: a) la Administración actúa dentro del marco del régimen legal que condiciona u orienta a las entidades estatales —cuya interpretación no acuña (por falta de costumbre) su dependencia a la Constitución—, b) el derecho

constitucional protegido está finamente entendido en la doctrina y la jurisprudencia, c) o que por la sobrecarga procesal no se estudian suficientemente los casos antes de resolver. Pero aquellos que reniegan de los procesos constitucionales y sus medidas cautelares y no cesan de solicitar las modificaciones a la legislación para limitar competencias en los jueces constitucionales no ven las graves dificultades a las cuales debería enfrentar un justiciable si se limitasen los procesos de amparo y sus medidas cautelares, por ejemplo, que un proceso contencioso-administrativo dure tres, cuatro o cinco veces más que un proceso constitucional y que encima no se garantice la tutela judicial efectiva, por la falta de profundidad, conocimiento o especialización, a lo cual se suma que los juzgados contenciosos- administrativos (serian pocos) tienen una terrible sobrecarga procesal. Da la impresión de que no importa la implementación de juzgados y salas especializadas en lo contencioso-administrativo, pero si se advierte gran preocupación por algunos descabros o fallos controvertidos en materia constitucional un fallo errado puede ser una tragedia mediática, pero centenares de sentencias fallidas son estadística.

Al final de cuentas, la justicia en la defensa de derechos ciudadanos frente a la Administración pareciera tener de dos opciones: o se fortalece la vía contenciosa-administrativa o se permite desarrollar amplia y libremente a la justicia constitucional para que a través de precedentes vinculantes-se oriente el resultado de los procesos. Pero esto no es así debido a que algunas materias han sido expresamente destinadas a la vía contenciosa- administrativa por precedentes del Tribunal Constitucional, y no hay nada que diga que esta tendencia no continúe.

Por lo dicho, la substancia de la generación de medidas cautelares es evitar que una afectación de derechos constitucionales se convierta en irreparable, de esta forma mientras más elementos de juicio se planteen

en el cuaderno cautelar y más responsabilidad se exprese del razonamiento de los jueces constitucionales, los iusticiables tendrán más posibilidades de la protección de la tutela judicial efectiva, en cambio con la creación de límites para la concesión de medidas cautelares, se restringe la interdicción de la Administración y se pone en grave riesgo la tutela judicial efectiva de los justiciables.

2.8. MODIFICACIONES EN LA REGULACION DE MEDIDAS CAUTELARES

El Código Procesal Constitucional es la primera norma de su naturaleza en materia constitucional, contempla una regulación sistemática de los procedimientos, trámites y derechos constitucionales, por lo que como mencionamos líneas arriba, el resultado de la ejecución de esta norma implica medidas jurisdiccionales controvertidas.

La Ley N° 28946 modificó los artículos 3, 10,15, 51 y 53 del Código, siendo que para los fines de este escrito el artículo 15 el que regula las medidas cautelares⁵⁰, de forma que se establece un nuevo procedimiento para el tratamiento de medidas cautelares de normas autoaplicativas, estableciéndose que a través de medidas cautelares no se pueden inaplicar normas abiertamente inconstitucionales, y de las

⁵⁰ Artículo 15.- Medidas cautelares.

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo: salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo. el juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

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, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el juez resolverá dentro del plazo de tres días, 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 67.

que afectan actos administrativos dictados e el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

El tratamiento para todas aquellas situaciones distintas a las dos mencionadas se mantiene casi en los mismos términos que en el texto original del Código. Es decir, las medidas cautelares se pueden conceder para la suspensión de un acto violatorio en procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento “sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3”. Este último, citar en esta modificación la restricción del artículo 3 del Código era claramente innecesario.

- a) Medidas cautelares contra normas autoaplicativas
- b) El procedimiento cautelar contra actos administrativos de gobiernos municipales o regionales

1. Medidas cautelares contra normas autoaplicativas

Como hemos señalado, las medidas cautelares pueden llegar a significar la diferencia entre un derecho cabal y uno etéreo. En concreto, ante normas autoaplicativas el proceso de amparo se plantea con el objeto de hacer cesar el acto lesivo que causan aquellas normas, cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que adquieren la aplicación al tiempo de entrar en vigencia.

No vamos a caer en mencionar casos concretos, en cambio sí vamos a analizar cuál es el sentido de prever que el trámite de una medida cautelar se regule de forma distinta a las demás posibilidades. Es decir, la Ley N° 28946 dispuso que la apelación de medidas cautelares contra normas autoaplicativas sean concedidas con efecto suspendido, es decir, que a pesar de que la medida cautelar sea adecuada a la pretensión, a pesar que exista apariencia de derecho y peligro en la demora esa medida no se ejecuta sino hasta que la Sala declare la improcedencia de la apelación.

No se puede dejar de pensar lo pretensioso del hecho de que los legisladores lleguen a asumir que las normas sean perfectas o que no afecten derechos de la ciudadanía, pero prohibir el ejercicio de derechos (a través de la medida cautelar) conociendo que se pueden dar normas autoaplicativas vulneratorias de derechos constitucionales solo se da en etapas de construcción del Estado Constitucional de Derecho.

En concreto, cuando el juez constitucional, que dictó la medida cautelar contra una norma autoaplicativa, además de evaluar las condiciones de su emisión, tiene a obligación de analizar con mayor énfasis del común si la norma autoaplicativa infringe derechos constitucionales — vinculando este análisis con la apariencia de derecho—, puesto que estarían suspendiendo los efectos de una norma. Un juez que no efectúa un estudio acucioso siempre se podrá escudar en la autonomía de la jurisdicción si su juicio es controvertido, pero el texto de una norma no admite infinitas y arbitrarias interpretaciones y el prevaricato es una posibilidad si la interpretación aparenta arbitrariedad.

Pero para entender la modificación del Código Procesal Constitucional hay que preguntarse ¿por qué suspender la ejecución de las medidas cautelares?, ¿qué peligro irreparable implican? Las medidas cautelares no requieren de un estudio profundo del expediente debido a que basta la apariencia del derecho alegado, de hecho he podido conocer de jueces constitucionales que no leen los expedientes principales y conceden medidas cautelares, lo cual requiere un análisis equilibrado y concienzudo porque el mismo artículo 15 del Código exige que —para la procedencia, trámite y ejecución— se depende del contenido de la pretensión constitucional y del adecuado aseguramiento de la decisión final. Además, las medidas cautelares —erradas o no— pueden tener una larga vigencia en tanto solo se extinguen cuando la resolución que concluye el proceso adquiere calidad de cosa juzgada (artículo 16 del Código), el poder que esto puede llegar a representar es el de una

legislación negativa (temporal), es decir, de forma casi inmediata a la dación de una norma en la que se le suspenda sus efectos (esto en el caso específico de las medidas cautelares contra normas autoaplicativas). Se podrá decir que se pretende evitar la arbitrariedad que puede dar que una sola persona (el juez constitucional) aunque claro que el legislador nunca dirá que el Estado Constitucional de Derecho aún no está listo para confiar en el juicio de los jueces constitucionales.

La nueva disposición contradice lo que el Tribunal Constitucional ya contempló en tanto el daño que puede causar una norma autoaplicativa⁵¹, en tanto no es razonable exigir el agotamiento de la vía administrativa si se corre el riesgo de que el tránsito por la vía administrativa pueda convertir en irreparable la agresión.

Lo que sí es lamentable es la limitación para la interdicción de la legislación, puesto que —a pesar que existan evidencias de factibilidad del derecho alegado y peligro de irreparabilidad de los derechos por la demora del proceso constitucional— prácticamente debe concluir para efectivizar (si aún resulta útil) la suspensión de la norma inconstitucional. Si se quiere, lo único que crea el espíritu de la modificación en comentario es una excepción al pleno control sobre las actividades de la Administración, como en este caso significa la función legislativa de la Administración (concepto lato en el que incluimos al Congreso, al Poder Ejecutivo, a los gobiernos regionales y locales, organismos autónomos y otras dependencias estatales que tienen capacidad de legislar).

⁵¹ Exp. N° 2302-2003-AA/TC. Fundamento 7. “Lógicamente no resultaría exigible el agotamiento de a vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

2. El procedimiento cautelar contra actos administrativos de gobiernos municipales o regionales

Otra isla que contemplaba y que aún contiene al artículo 15 del Código es la regulación de las medidas cautelares en el ámbito de la interdicción de la actuación de los gobiernos regionales y locales. Como ya es conocido, el proyecto original de Código Procesal Constitucional no contemplaba excepciones, pero en el Congreso se efectuaron modificaciones que variaron el ideal del control sobre todos los ámbitos por igual. Casi dos años después de la publicación del Código, el Congreso una vez más interviene esta vez para crear una isla adicional (las normas autoaplicativas), y además para disminuir (aunque no eliminar) las contraproducentes barreras que se impusieron al trámite de las medidas cautelares contra la actuación de gobiernos regionales o locales.

El tratamiento cautelar antes de la modificación era absurdo y mostraba una total inoperancia, es decir, el que los gobiernos regionales y locales tuvieran el privilegio que iniciar el trámite ante la Corte Superior de Justicia del distrito judicial de la jurisdicción, en la que se obligaba al demandante a presentar su solicitud cautelar con copia certificada de la demanda y sus recaudos y con la resolución de admisión de la demanda, y con intervención del Ministerio Público, y además la resolución cautelar era recurrible solo con efecto suspensivo. Seguramente los procuradores de los gobiernos regionales y locales se alegraron al ver las ventajas y dilación sin ninguna intervención que obtuvieron, pero estos procuradores no se molestaron cuando la modificación que prescribió la Ley N° 28946 reservó la dilación que se obtiene con la intervención inocua del Ministerio Público y al correrle traslado a la parte demandada con copias certificadas de la demanda.

Al igual que en el caso de las medidas cautelares contra normas autoaplicativas, cabe preguntarse por la razón de ser de esta aparente

dilación. ¿Acaso es importante que se conserve la necesidad de correr traslado con copias certificadas? No resulta razonable esto si para el trámite de la sentencia —en la cual se dilucidará el resultado final del proceso— no se requiere de las copias certificadas.

Además, se conserva en este artículo la única situación en la cual se requiere de la intervención del Ministerio Público a efectos del dictamen pertinente. Desde el punto de vista de la especialidad, difícilmente, podremos decir que el Ministerio Público conoce con mayor profundidad las actuaciones y régimen legal de los gobiernos regionales y locales que de las demás dependencias de la Administración Pública.

Tampoco parece razonable el argumento de colaboración en el análisis que pudiera dar el Ministerio Público al juez constitucional, puesto que uno de los aspectos que alegó la comisión que elaboró el proyecto de Código Procesal Constitucional para retirar la intervención del Ministerio Público fue que sus dictámenes no aportaban mayores elementos de juicio por su poca profundidad de análisis y por lo demás el dictamen no es vinculante para el juez constitucional (como no podría ser de otra manera, puesto que se afectaría la independencia de la judicatura).

Una razón que pudo importar en la regulación especial de las medidas cautelares contra los gobiernos regionales y locales es la amplia cantidad de actividades y expectativas concretas que generan estas Administraciones debido a su propia naturaleza que mantiene una cercanía mayor a la ciudadanía. Pero aun así hay ministerios y organismos públicos descentralizados que tienen mayor vinculación con la población. Por lo demás, en muchos aspectos los gobiernos regionales y locales se diferencian muy poco de los procedimientos que se siguen ante otras administraciones.

No se trata de deleznar el aporte que pueda dar el Ministerio Público, de hecho considero que podría resultar útil en algunas materias específicas en las que por su especialidad podría aportar elementos de juicio para la sentencia, como podría ser el caso de aquellas demandas en las que el juez constitucional requiera de mayores elementos de juicio, es decir, que en este supuesto podría regularse la posibilidad de que el juez constitucional requiera la intervención del Ministerio Público.

2.9. ES POSIBLE INAPLICAR EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El juez constitucional tiene la potestad de inaplicar normas, por lo que si a su juicio lo estima podría inaplicar la norma que prescribe la concesión de la apelación con efecto suspensivo de las medidas cautelares contra normas autoaplicativas fundamentando su decisión en el peligro en la demora y en la afectación que significaría la demora en la tramitación de la apelación. De igual forma, si el juez constitucional contempla que la intervención del Ministerio Público no es significativa y existe suficiente apariencia de derecho de forma que se pueda anticipar el contenido del dictamen del Ministerio Público, el juez constitucional podría justificar la inaplicación de las islas que contemplo el artículo 15 del Código. Indudablemente, la actuación pro activa del juez podría traerle consecuencias, pero no existe derecho constitucional que sea útil si no es oportunamente efectivizado.

Si el Tribunal Constitucional tiene a bien recordar que la Administración también puede inaplicar normas inconstitucionales, con mayor razón el juez constitucional puede concretar este ejercicio en garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía, puesto que el juez constitucional que conozca de la causa cautelar puede ser la única diferencia entre el reconocimiento concreto del Estado Constitucional de Derecho para el ciudadano y no gozar oportunamente del derecho.

CAPITULO III

LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN DEL AFECTADO EN EL PROCESO CAUTELAR

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional (CPCo.) establece los lineamientos generales dentro de los cuales se llevará a cabo la concesión de medidas cautelares y la suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus. Sin embargo, dicho cuerpo normativo no realiza referencia alguna respecto a la participación del afectado en la medida cautelar. ¿Cómo podemos suplir dicha deficiencia?

De la revisión del Título Preliminar, nos topamos con el artículo IX que establece la aplicación supletoria de otros “Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo”. Así, pues, se colige que el tratamiento de las medidas cautelares es desarrollado en extenso por el Código Procesal Civil (CPC), a través de los artículos comprendidos entre el 608 al 687, siendo el objeto de esta análisis determinar si es que dicho tratamiento encuentra concordancia en los fines de los procesos constitucionales.

El artículo II del CPC. Establece que Son fines de estos procesos la “primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

A nuestro entender, la aplicación supletoria del CPC coadyuva a la primacía de la Constitución en tanto garantiza la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al otorgar a las medidas cautelares tramitadas en el amparo, hábeas corpus o hábeas data las herramientas necesarias para obtener los efectos anticipados de la resolución que ponga fin al proceso, en tanto existe apariencia del derecho y peligro en la demora de la

ejecución (que conlleva a la posible irreparabilidad del derecho), lo que determina la idoneidad de la medida.

Las ideas desarrolladas en los párrafos precedentes han sido tomados en cuenta por nuestro legislador, puesto que, de un profundo análisis de los artículos del CPC que abordan la medida cautelar, ha determinado que ciertos artículos, tales como el 618 (medida anticipada), 621 (sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa), 630 (cancelación de la medida), 636 (medida fuera de proceso) y 642 al 672 (medidas para futura ejecución forzada) no sean aplicados a los procesos constitucionales, ya que sus disposiciones no se adecuan a su naturaleza.

Ahora bien, siendo la participación del afectado con la medida cautelar el tema que nos congrega, debemos partir de la consideración que si bien el CPCo. no la desarrolla, tampoco la prohíbe, mientras que su regulación en el artículo 637 del CPC no se encuentra proscrita dentro de la lista taxativa enunciada en el artículo 15 del CPCo. Siendo así, estudiaremos este tema a la luz de su regulación procesal civil, adecuándola siempre a los fines de los procesos constitucionales.

3.1. LECTURA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 637 DEL CPC

A efectos de comprender el tema de investigación, debemos analizar el artículo 637 del CPC, cuyo parte pertinente reza de la siguiente manera: “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. (...) 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”.

1. En primer lugar, el artículo 635 del CPC establece que el proceso cautelar es independiente del proceso principal; es decir, si bien a través del proceso cautelar se persigue el goce anticipado de los efectos de

una futura sentencia —siempre y cuando medie la apariencia del derecho, peligro en la demora e idoneidad de la medida—, en el proceso principal no necesariamente se traducen las mismas consecuencias originadas en la tutela de la pretensión cautelar, pues, como se sabe, esta se distingue de los efectos del proceso principal en cuanto estos son temporales y los de la resolución firme emanada del proceso principal son definitivos.

2. Una segunda cuestión la determina lo dispuesto por el artículo 637 del CPC que, en resumidas cuentas, expresa el objeto mismo de la medida cautelar: su aceptación o rechazo, no sobre la base de discursos opuestos, sino de la simple constatación de la apariencia del derecho, la que, una vez constatada, habrá de ser tutelada cuando se desprenda el peligro en la demora de tutela de los derechos recurridos, representado en la espera hasta la expedición de la resolución que ponga fin a la litis, y finalmente, la idoneidad de la medida, que brota de la esencia misma del pedido formulado, en cuanto la apariencia del derecho aunada al peligro de menoscabo irreparable conducirán al juzgador a la determinación de que la medida propuesta resulta ser la pertinente para proteger los derechos y bienes jurídicos en riesgo.

Esta es la lógica que determina que el legislador haya optado por la fórmula que “Ella petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada”, pues tal es el grado de certeza sobre la existencia y puesta en peligro de los derechos recurridos, que el juzgador no precisa de los alegatos de la contraparte. Esta fórmula no acarrea menoscabo a los intereses del denominado “afectado con la medida”, ya que dicho sujeto no ve afectado sus intereses de manera definitiva, debido a que estos no han sido resueltos en el proceso principal; cosa distinta sería la restricción al derecho al contradictorio en el proceso judicial principal, pues, como es sabido, en él se precisa del

debate que ayude a generar convicción en el juzgador a efectos de impartir una sentencia que otorgue a cada quien o que le corresponde.

3. De estos argumentos brota el por qué de la medida cautelar, en cuanto se plantea la interrogante referida a cuál es la finalidad que persigue y si es que ésta se adecua a la naturaleza misma del Estado social y democrático de derecho, dentro del cual se encuentra la administración de justicia, consagrada en el artículo 138 de la Constitución Política, misma que se sustenta en la forma de Estado que nos rige.

Retomando el estudio constitucional de la medida cautelar, la razón que ampara la existencia de esta institución es el goce anticipado de los efectos que provendrán de la sentencia una vez que ésta posea calidad de firme. Dicha finalidad se condice con la protección de los derechos fundamentales, al ser “bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad”⁵². Esta finalidad, expresada en la tutela anticipada de los derechos que son agraviados, tiene gran asidero en la esfera valorativa, que se erige en génesis de estos derechos, en tanto los “derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica”⁵³.

Así pues, la finalidad de la medida cautelar encuadra dentro de la finalidad perseguida por la administración de justicia, que no es otra que la consecución de la paz social, ya que en este caso se otorga a quien presenta la apariencia del derecho y la urgencia en la tutela, elementos que determinan la idoneidad de la medida recurrida, a efectos de gozar

⁵² STC N° 00050-2004-AI, FJ. 72 Gaceta Jurídica

⁵³ STC N° 01042-2004-AA, FJ. 2.2. Gaceta Jurídica

de los efectos que provendrán de la sentencia que confirme lo dispuesto en el proceso cautelar. Esta anhelada paz social no es otra que una de las expresiones que configuran al Estado social y democrático de derecho, ya que su configuración “requiere no solo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos —lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal— sino, además, su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social”⁵⁴.

4. La perspectiva constitucional de esta medida le encuentra un por qué y una finalidad encuadrada a los fines perseguidos por el Estado, lo que determina que la concesión o el rechazo de la medida cautelar sean realizados sin el conocimiento de la contraparte, en tanto media la apariencia del derecho, peligro en la demora e inminencia de irreparabilidad, lo que en su conjunto determina la idoneidad de la medida.

Al ser idónea una medida, ¿requiere que ella sea objeto de debate? Evidentemente no, pues la idoneidad es un atributo que se desprende de la misma esencia de lo que el juzgador tiene frente a sus ojos. No hay necesidad de comprobar o de refutar si es que la proyección de los derechos recurridos es tan evidente que determinan la innecesaria discusión sobre su correspondiente tutela en sede cautelar.

5. Tal es la idoneidad de la medida interpuesta que el legislador, previendo la indefensión del recurrente, determinó que concedida, dicha medida debía ser ejecutada en mérito a los parámetros establecidos por el juzgador en la resolución. Se aprecia la presencia de un elemento de

⁵⁴ STC N° 07320-2004-AA, FJ. 5 Gaceta Jurídica

suma trascendencia: la razonabilidad es decir, incluso cuando del pedido cautelar se desprenda la idoneidad de medida solicitada, el juzgador deberá asumir un rol activo de ponderador, pues si bien se reclama la urgente tutela de un derecho, las medidas solicitadas por el recurrente puede que excedan el marco del derecho afectado, por lo que la participación del magistrado será de vital importancia a fin de asegurar que la resolución que concede la medida cautelar se ajuste a derecho.

6. Una vez que el juez ha determinado la apariencia del derecho, el peligro en la demora y su potencial irreparabilidad, llegará a la conclusión que la medida es la idónea, recogiendo todos estos elementos en la resolución que avale el pedido cautelar, debiendo detallar adecuadamente las consecuencias de la tutela de los derechos recurridos. Recuérdese que nos estamos refiriendo a derechos que deben encuadrar en determinadas características para su protección, lo que origina su correspondiente tutela por el juez, quien determinará las medidas adecuadas para asegurar el goce anticipado de los derechos a través de su ejecución.

7. Una vez ejecutado lo dispuesto en la resolución cautelar procederá la notificación al “afectado”. Dicha medida no solo se sustenta en que la participación de la contraparte era innecesaria, mientras existía la apariencia del derecho y el peligro en la demora, sino en que al disponerse la ejecución, la contraparte no puede quedar, irónicamente y pese a haberla generado, en “estado de indefensión”, en tanto que se “afectarán” sus intereses, lo que en términos reales se ve representado en el goce anticipado de los efectos que traerá como consecuencia la futura expedición de la resolución definitiva, que no es otra que la consecución de justicia, si es que tenemos en cuenta que en sede cautelar el juez ha caído en cuenta que el pedido realizado no es otro que el clamor de la “entrega” de aquellos derechos que le son propios al recurrente o de la paralización de los actos que les son lesivos.

8. Por lo tanto, que la intervención de la contraparte se realice a partir de la notificación de la resolución que dispone la ejecución de la medida cautelar, se justifica en que este no puede quedar en “estado de indefensión”, estado que no se justifica en una presunta ilegalidad de la resolución, sino en que, tal como enuncia el artículo 139.14 de la Constitución, nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Pero, si es que el artículo 637 dispone el ejercicio del derecho de defensa de la contraparte, ¿ello determinaría derecho, peligro en la demora ni idoneidad? A nuestro criterio no; y es el mismo artículo el que se encarga de confirmar la finalidad perseguida por la medida cautelar, al considerar que el “agraviado” podrá “interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo”. Es decir, incluso cuando el juzgador contraríe lo dispuesto en atención a una medida que resulta ser idónea para tutelar derechos que son fundamentales, la concesión de la apelación será sin efecto suspensivo, la existencia de un debate del cual se desprenda que no existe apariencia es decir, no se restará eficacia al goce anticipado de la futura sentencia definitiva, ya que lo que ha querido preservar el legislador es la proscripción de la arbitrariedad, en tanto que incluso los particulares pueden desplegar actos arbitrarios en los cuales pretendan o consigan afectar derechos que son objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

9. Ahora bien, comprendemos perfectamente el interés del afectado de querer salvaguardar sus intereses en tanto que se ven afectados con la medida cautelar, pero dicho interés no puede sobreponerse a lo establecido en un dispositivo legal, más aún si es que de la operación de desentrañamiento del espíritu constitucional que hemos realizado, llegamos a la conclusión que el artículo 637 se adecua perfectamente a

la concordancia que debe existir entre la finalidad de una medida y la consecución de un fin constitucional.

Vista así la participación del afectado en el proceso cautelar, pasemos a determinar si es que al encontrarse impedido de participar en tal proceso al no haberse ejecutado la medida cautelar, ello origina el peligro de sus intereses.

3.2. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD AL ARTÍCULO 637 DEL CPC

Como hemos afirmado en el punto relativo a la participación de terceros en el proceso cautelar, el artículo 637 del CPC encuentra justificación constitucional en lo siguiente:

- **Medida:** restricción de la participación de “afectados” hasta que se haya ejecutado la medida cautelar.
- **Finalidad perseguida:** otorgar anticipadamente los efectos de la sentencia al haberse constatado en su pretensión la apariencia del derecho, el peligro en la demora y en la irreparabilidad, lo que genera la idoneidad de la medida.

Ahora bien, la restricción tiene una finalidad: que el obligado no dificulte la ejecución de aquello que resulta idóneo, por tener apariencia del derecho y por correr- se el riesgo del pedido en la demora, lo cual no determina una restricción a su derecho de defensa, ya que lo tiene garantizado una vez que se haya ejecutado la medida cautelar, mientras que el objeto de estas medidas es la ejecución anticipada de los efectos de la futura sentencia por existir condiciones que hacen la irreparabilidad del derecho, cuya titularidad resulta, de manera evidente, propio del solicitante.

La restricción dispuesta por el artículo 637 del CPC se adecua al esquema constitucional de permisión de restricciones, siempre y cuando estas persigan fines legítimos. Para confirmar lo expresado, la restricción habrá de superar el test de proporcionalidad, “test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos [constitucionales o simplemente legales]. Se trata de una técnica a partir del cual un tribunal de justicia puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva⁵⁵

Así, pues, para constatar si es que la restricción a la participación del “afectado”, en cuanto no se haya ejecutado completamente la medida cautelar, es constitucional, deberá encontrarse subsumida dentro de los tres subprincipios del test de proporcionalidad⁵⁶.

- a. **Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** la injerencia debe ser idónea para propiciar una finalidad constitucional, que en este caso es la ejecución de la medida cautelar, pues para que el juez haya declarado su concesión ha debido constatar la apariencia del derecho, el riesgo del peligro en la demora y la idoneidad de la medida, lo que determina la satisfacción de la finalidad constitucional que es proteger la estabilidad jurídica, en tanto se otorgan anticipadamente los efectos de la futura resolución definitiva que reconozca el derecho de quien es su legítimo titular. De ello se desprende que la medida es la adecuada o idónea para propiciar una finalidad constitucional.
- b. **Subprincipio de necesidad:** no basta con que la medida sea la adecuada para conseguir la finalidad legítima, sino que esta haya sido la menos lesiva al derecho restringido, en este caso, de defensa. Se constata que la restricción es la menos lesiva, en tanto la satisfacción de la finalidad constitucional exige la inexistencia de cualquier tipo de mecanismo destinado a obstaculizar el goce de los derechos

⁵⁵ STC N° 02868-2004-AA, FJ. 21.

⁵⁶ STC N° 00048-2004-AI, FJ. 65.

ilegítimamente restringidos, propios del solicitante, dejando a salvo el derecho del “afectado” de impugnar la decisión una vez ejecutada la medida. Diferente sería la situación si es que la medida restrictiva no contemplara el ejercicio del derecho de defensa, lo que echaría por tierra la necesidad de la medida al no ser benigna con el derecho afectado, limitándolo de manera irrazonable.

- c. **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:** expresado en el aforismo, “cuánto restringe, cuánto gana”. Cuánto restringe el derecho de defensa, sobre la base de la existencia de elementos que claramente generan convicción en el juzgador para dictar la medida, cuanto se gana en la consecución de la finalidad constitucional, en este caso, la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio abusivo del derecho de un particular que menoscaba el legítimo ejercicio de su titular.

De esta manera, la restricción contemplada en el artículo 637 del CPC supera los tres subprincipios del test de razonabilidad, ya que obedece a la consecución de una finalidad constitucional, o que determina que el contenido del referido artículo se ajusta perfectamente a derecho.

3.4. TEST DE RAZONABILIDAD APLICADO A LA TERCERA Y CUARTA PARTE DEL ARTÍCULO 15 DEL C.P CONST. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, el principio de proporcionalidad contiene criterios que permiten medir la legitimidad de una medida legislativa que interviene en los derechos fundamentales: a) idoneidad de la medida para conseguir un fin legítimo; b) necesidad o indispensabilidad de la misma, y c) proporcionalidad en sentido estricto, en el que se verifica si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación proporcionada con la importancia del interés público que se

trata de salvaguardar relacionada con la ponderación e intereses según las circunstancias del caso.

En el presente caso, que supone analizar la constitucionalidad del procedimiento especial –conocimiento en primera instancia por una Sala Suprema – dado al pedido cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, recurriremos la utilización del test de razonabilidad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en el párrafo precedente:

- a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación: Dicho procedimiento especial resulta adecuada para conseguir un fin legítimo, la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
- b) **Subprincipio de necesidad:** También lo es que constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medida cautelares podrán ponderar correctamente los intereses públicos y privados en conflicto.
- c) **Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu:** Se trata de una opción legislativa ademada para evitar la interposición de medias cautelares que dificulten la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero sierre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto al libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.

Por ello, es que mediante este procedimiento afirmamos la plena validez constitucional del a medida legislativa cuestionada. Esto no atenta contra el derecho al libre acceso a la jurisdicción ni contra la tutela jurisdiccional efectiva sino que desarrolla el principio – derecho, en

virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta separación de los jueces que conocen el procedimiento cautelar y el proceso principal, solo pretende garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia.

3.4. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO A LA IGUALDAD CONTENIDO EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 15 DEL C.P. CONST.

Cabe mencionar previamente lo expresado en el respectivo debate de aprobación del Código Procesal Constitucional realizado en el pleno del Congreso de la República, en el cual la posición que finalmente predominó sostuvo lo siguiente: “Lo que ocurre en es que muchas veces hay un gran número de acciones de garantía que se presentan contra instancias municipales o regionales porque, por ejemplo, se negó la licencia a un establecimiento; porque, por ejemplo un establecimiento no cumplió o se ha limitado el permiso de circulación de una (...) línea de transporte; y no es posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que va a suspender los efectos de una resolución dada por un órgano competente y en base a sus facultades, sin siquiera conocer la opción de es organismo, porque justamente ese mecanismo es el mecanismo que ha servido para que en nuestro país, justamente, se debilite cada día más la autoridad municipal y regional, y no se le escucha siquiera para decir, bueno, dictamos estas medidas por estas razones”.

Por tanto, las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales tienen como finalidad la protección de

garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191 y 194), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias. Verificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación

a) Subprincipio de idoneidad: Supone que la medida legislativa diferenciadora (compuesta por exigencias tales como la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada) resulta adecuada para conseguir un fin constitucional, como es porter la autonomía local y regional que se podría ver afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.

b) Subprincipio de necesidad: Cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el de libre acceso a la jurisdicción y a la tutela cautelar, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que las medidas legislativas cuestionadas, que limitan la tutela cautelar y al debido proceso, resultan necesarias relativamente para la consecución del fin que se pretende; por cuanto resultan insuficientes otras medidas por no ser igualmente idóneas, aunque menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así, se hace necesaria la medida legislativa,

sin perjuicio de la capacitación adecuada que realice la Academia de la Magistratura a lo jueces que conozcan estas medidas cautelares; de modo tal que se pueda lograr un correcto ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto o también optimizando el sistema de responsabilidades disciplinarias, civiles y penales de aquellos jueces que puedan dictar medidas cautelares que no reúnan los presupuestos necesarios para su dictado, entre otras.

Por tanto, las medidas legislativas cuestionadas son conformes al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad.

c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

En el caso de la igualdad es esta el principio afectado o intervenido, a través de la diferenciación procedimental de la concesión de la medida cautelar, mientras que el bien constitucional, a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado, es la protección de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Este colegiado sostiene la relación directamente proporcional entre la afectación y la realización de los bienes constitucionales en colisión; entonces, la intervención ha superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. En efecto, las disposiciones cuestionadas no violan

el derecho a la igualdad en la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pues, en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a los antes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica.

3.5. SOBRE EL CONCEPTO DE IGUALDAD

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado Literal, por la expresión que la contiene. La dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido es su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una expresión vacía, no significa nada. En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio ha expresado: "... decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (..) si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quienes?, y b) ¿Igualdad en qué?".

Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no prohíbe en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscribe el trato desigual arbitrario, cuyos alcances desarrollaremos más adelante.

Pero la tarea de dotar de significado al concepto de igualdad se complica cuando comprobamos que este derecho fundamental, lo mismo que todos los de su género, son derechos históricos, en el sentido de que su

contenido va formándose gradualmente, al extremo de llegar a puntos radicalmente distanciados. Piénsese, por ejemplo, en la igualdad en Grecia antigua, en donde existía y era legal la esclavitud; o la igualdad en la democracia norteamericana en pleno siglo XX, en donde se reconocía la doctrina “separados pero iguales”, que no era otra cosa que un modo morigerado de discriminar a los hombres de raza negra en dicho país. Estas concepciones de la igualdad parecen pálidas expresiones de este derecho cuando las comparamos con los alcances a que ha llegado en el siglo XXI. Así, actualmente se llega a hablar de una “igualdad social”, es decir, una concepción de la igualdad en la que el papel del Estado se orienta hacia la promoción de condiciones de equidad entre los individuos, ya que si bien se reconocen las diferencias entre estos, es necesario también garantizar un trato justo e igualitario a cada persona, mejorando, en tal sentido, las condiciones de vida y posibilidades de desarrollo de quienes se encuentran en una posición desfavorable.

Adicionalmente, el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho —principio— de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad.

De este modo, la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aun en un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante. Si hay un rasgo verdaderamente humano es ese afán, que compartimos todos por diferenciarnos, si algo caracteriza a la sociedad moderna es precisamente el pluralismo, el derecho a que se

reconozca nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona —minimum de humanidad respecto del cual no cabe distinciones, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

Pero la igualdad, al ser un concepto relacional —como anotamos— exige, incluso cuando lo abordamos como bien jurídico constitucional, ciertos términos de referencia que sirvan de parámetro para poder ser declarada. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrará vinculado al ejercicio de otro derecho constitución el cual se disfrutará o no de igual manera, en comparación con otras personas que ejercen ese derecho.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional⁵⁷, en otras palabras, el derecho a la igualdad “funciona en medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para

⁵⁷ PETZOLD-PERNÍA, Hermann. La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. En: “Anuario de Filosofía Jurídico Social”, N° 10, Argentina, 1990. pp. 211-212.

asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen garantizan”.

Cabe anotar entonces que, desde una perspectiva constitucional, la igualdad quede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual.

3.5.1. La igualdad constitucional. Derecho a la igualdad y principio de igualdad

Tal como ya se anotó, la igualdad constitucional puede encararse desde dos respectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotar de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Pero en realidad no solo la igualdad, sino prácticamente todos los derechos fundamentales son al propio tiempo derechos individuales y valores o principios que vertebran el ordenamiento jurídico. Vistos así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal,⁵⁸ los cuales deben tenerse en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídica, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc.⁵⁹.

En esta misma línea, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio “implica un postulado o

⁵⁸ GARCÍA MORILLO, Joaquín. La cláusula general de igualdad. En: AA.VV. “Derecho Constitucional”. Valencia, 1991. p. 144.

⁵⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Tecnos. Madrid, 1993. pp. 20-22.

proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático” y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias” .

Cabe, con lo dicho, especificar el contenido de ambas dimensiones de la igualdad previstas en la Carta Fundamental.

3.5.2. La igualdad como principio

La palabra principio es una expresión polisémica en el Derecho, es decir contiene diversos significados, muchos de los cuales incluso son contradictorios. Como expresión y como concepto el término ha estado presente en el Derecho desde hace mucho, incluso en los propios textos legislativos la referencia a los principios jurídicos data cuando menos de principios del siglo XIX. Sin embargo, el debate moderno sobre los principios jurídicos se inicia con los trabajos de Dworkin, y en gran medida aún giran a su alrededor.

Por su lado, Robert Alexy ha sostenido que los principios son “mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas que juegan en sentido contrario⁶⁰ Al respecto, cuando se afirma que la igualdad es un principio, se alude tanto a los alcances que sobre él da Alexy, como al entendimiento de estos como aquellas piezas que estructuran y dan sentido a todo el ordenamiento legal,

⁶⁰ Cfr. STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25.

permitiendo entender que el sentido de una ley no está dado solo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento y su relación con las demás normas, sentido que tampoco es fijo e invariable, pues puede cambiar en función de las modificaciones en el ordenamiento jurídico.⁶¹

Ahora bien, para nosotros, como ya nos referimos en este trabajo, los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas, incluso con rango constitucional. Permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema. Son igualmente indispensables en la investigación científico-jurídica como en la aplicación práctica.

Las diferencias entre reglas y principios son suficientemente conocidas, no insistiremos aquí en ella⁶², igualmente conocida es la relevancia de los principios para explicar y determinar el alcance de los derechos fundamentales en casos concretos. No obstante, sí consideramos conveniente detenernos en el contenido del principio constitucional de igualdad. En este punto lo primero que hay que observar es que tal principio no aloja una única norma —o para decirlo en expresión de Alexy: “mandato de optimización”—, sino que su observancia implica diversas obligaciones que pueden ser sintetizadas en la reflexión aristotélica: “parece que la igualdad es lo justo y lo es, pero no para todos sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo, y ciertamente lo es, pero solo para los desiguales” (La Política). De soslayo, diremos que la mera igualdad no implica nada, no es ni justo ni

⁶¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. p. 86.

⁶² DE CASTRO, Federico. Derecho Civil, p. 462; citado por GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, Civitas, Madrid, 1986. p. 24.

injusto, porque antes y después de la igualdad están las distintas condiciones humanas.

De ahí que, en la línea de precisar los alcances del principio de igualdad, Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse⁶³.

(a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional los poderes públicos.

(b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.

(c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,

(d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

De estos mandatos se derivarán los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y en el subjetivo, esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona.

Pero la igualdad ocupa, asimismo, un lugar especial en el sistema constitucional de principios. En efecto, el principio de igualdad, además de concentrarse en un derecho general de igualdad, se despliega y manifiesta a través de diversos “derechos especiales de igualdad”⁶⁴,

⁶³ Véase GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Vacíos de la ley y principios generales del Derecho. En: AA.VV.

⁶⁴ Cfr. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2.

estableciendo situaciones jurídicas singulares o, incluso, específicos derechos constitucionales. De esta manera el principio de igualdad se irradia por toda la norma fundamental y reposa especialmente en algunos de sus dispositivos.

Así, fuera del mencionado derecho general de igualdad previsto en el artículo 2 inciso 2, de la Constitución, existen otros derechos referidos a la igualdad, reconocidos como expresión común del constitucionalismo comparado. Tal es el caso de la prohibición de crear y gozar de privilegios o fueros, la garantía de igualdad de acceso a los empleos públicos, el principio de igualdad de las cargas públicas, la norma de igualdad entre el marido y la mujer, la regla de igualdad entre los hijos, la igualdad de voto, el principio de igualdad en los impuestos, igualdad entre la inversión privada y la extranjera, la garantía de igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia, el principio de igualdad de partes en un proceso, etc.

3.5.3. La igualdad como derecho

La igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. Así, en general, los ciudadanos somos sujetos de derecho en la misma proporción.

Por consenso, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las Constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas.

Los derechos fundamentales —anotábamos antes— pueden ser exigidos al Estado y opuestos a los particulares. Se trata de derechos subjetivos del máximo rango y cualidad, siendo que toda persona que

los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Contrarium sensu, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable.

3.6. IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY

Tanto la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en su aplicación, forman parte del concepto de igualdad ante la ley. Ambas nociones se suceden en la historia, de acuerdo a la evolución del Estado moderno y del constitucionalismo.

La igualdad ante la ley tiene un origen claramente liberal, y en un inicio solo se refería a la igualdad “en el contenido”, esto es, a las características de la ley como general, abstracta y atemporal, así como a la atribución de una igual capacidad jurídica a toda la ciudadanía sin distinción. Con esta concepción de la igualdad se pretendía combatir los privilegios y arbitrariedades de la monarquía, el clero y la nobleza, a través de las leyes del parlamento que debían encarnar la voluntad general. Así considerada, la igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato.

Expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas

estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas.

No obstante, esta concepción formal de la igualdad puede llegar a ser falaz y dar una apariencia de igualdad donde no la hay, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes. ¿Como puede el analfabeto tener igual derecho a la libertad de prensa? ¿Cómo puede tener el mismo derecho a la salud quien vive en la miseria? Se advierte entonces con claridad que gran parte de la igualdad en los distintos derechos, está vinculada a situaciones fácticas y sociales de los individuos.

El Estado debería comprometerse, entonces, con la promoción de las personas desfavorecidas social y económicamente, así como con la disminución de desigualdades materiales. Con ello se hace admisible legislar en beneficio de algunos mediante leyes especiales, en la medida en que no se afecte la igualdad constitucional, sino que se busque alcanzarla superando las ficciones formales.

Como es evidente, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique:

- (a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- (b) La acreditación de una finalidad específica.
- (c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- (d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- (e) La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue⁶⁵

3.7. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Como ha quedado expresado, la igualdad ante la ley también comprende a la igualdad en la aplicación de la norma. En tal sentido, la regla de conocer y reconocer la igualdad de todas las personas no se le impone solo al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el Derecho y, en particular, a la administración estatal y a los órganos jurisdiccionales.

De esta manera, las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos. En tal sentido, tanto la Administración Pública la jurisdicción, principales encargados de aplicar el Derecho, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o —en general— decidir sobre situaciones jurídicas.

⁶⁵ GUTIERREZ CAMACHO, Walter *Íbidem* P. 143.

Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución.

Vistas así las cosas, los órganos jurisdiccionales pueden resolver casos en apariencia similares con resultados diferentes, si se demuestra la razonabilidad constitucional de la decisión. Esto último solo se produce cuando el juez o la Administración consideran que el supuesto específico merece una aplicación diferenciada que restablezca una igualdad real, conforme a la Norma Fundamental. No obstante, también puede acontecer que el juzgador varíe una decisión anterior, cuando frente a un nuevo caso en apariencia igual, advierta que los supuestos fácticos o jurídicos tienen peculiaridades que sustentan resultados distintos; igualmente es plausible aquella situación en la que el órgano jurisdiccional varíe una tendencia jurisprudencial anterior, pese a que los supuestos sean los mismos, basando su decisión en avances o cambios científicos, sociales, económicos, o de otra índole que justifiquen tal mutación, amparándose en su autonomía funcional, supuestos que no tienen que ver con superar una situación de inequidad a través de la aplicación diferenciada de las normas.

La doctrina ha establecido criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley; criterios ya seguidos por nuestro Tribunal Constitucional en un caso en el que se demandaba a la Administración⁶⁶. Así, el máximo intérprete exigió que:

(a) La aplicación de la ley provenga de un mismo órgano, es decir, que una misma instancia emita resoluciones o actúe de manera arbitraria,

⁶⁶ STC N° 0018-203-AI/TC, fundamento jurídico 2 y STC Exp. N° 261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3.2. De consulta imprescindible resulta la STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss.

caprichosa y subjetiva, sin base objetiva o razonable que justifique su proceder.

(b) Exista identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían en el trámite una aplicación igual de la norma.

(c) Se acredite un *tertium comparationis* válido; en otras palabras, que se demuestre la existencia de una “línea constante”, una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas (que sirva de término de referencia o comparación).

(d) No exista adecuada motivación que explique la variación de la tendencia para comprender y aplicar las normas, pues, como es sabido, no existe obligación por parte de quienes aplican las normas para entenderlas y utilizarlas siempre en un mismo sentido ante supuestos similares; por tanto, para acreditar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley debemos encontrarnos ante un alejamiento ilegítimo e irrazonable de la tendencia de aplicación anterior.

En esta misma línea, que establece la necesidad de justificar los cambios en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional, en un caso de aplicación diferenciada de la norma en sede judicial⁶⁷ que todo colegiado “tiene la facultad para variar los criterios de su propia jurisprudencia”, pero que “para optar por dicha alternativa se necesita (...) explicar las razones de hecho y de derecho en que se sustenta tal cambio de criterio”. Es decir que el órgano judicial, al “tramitar dos procesos en forma simultánea, donde el petitorio es el mismo, al igual

⁶⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española. En: CARBONELI, Miguel (compilador) “El principio de igualdad constitucional”. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003. pp. 114.

que la naturaleza de las partes que en ellos participan, no ha debido adoptar fórmulas diferenciadas, pues tal proceder lesiona el principio de igualdad, el cual queda sometido a una discrecionalidad judicial donde los principios constitucionales no tienen ningún referente objetivo

3.8. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Se ha expresado en este trabajo que el trato diferenciado de las personas no es necesariamente contrario a la Constitución, siempre que tal tratamiento disímil se base en las diferencias de las personas y en las distintas condiciones o circunstancias en las que se desenvuelven. Con la misma lógica se puede afirmar que un trato igualitario puede resultar inconstitucional, si las condiciones y circunstancias fácticas exigen, para cumplir con la regla de igualdad, un trato desigual.

Pero esta diferenciación no puede ser indiscriminada, y por ello el Derecho ha puesto límites. En primer término, la distinción en el trato nunca puede ser irrazonable ni desproporcionada, Pues ello es constitucionalmente intolerable⁶⁸. En el mismo sentido, en nombre de un trato diferenciado, en apariencia apropiado —en la medida en que se protegerían bienes de relevancia constitucional— no pueden transgredirse otros bienes constitucionales que también merecen ser realizados.

Empero, con estas consideraciones no nos alejamos todavía del concepto de igualdad ante la ley (en el contenido y en la aplicación). En efecto, la noción de discriminación va más allá y se refiere a una agravada distinción, manifiestamente contraria a la dignidad de las personas, que inclusive implica una negación de su condición humana⁶⁹. Así, se afirma que la discriminación se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción “más que irrazonable,

⁶⁸ STC Exp. N° 1975-2002-AA/TC, fundamento jurídico. 3.

⁶⁹ STC Exp. N° 0048-2004-AI, fundamento jurídico 62.

odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”⁷⁰.

Con la discriminación lo que se ataca es la esencia misma de la personas, lo que se encuentra en juego es su dignidad. Se las descalifica y segrega por el solo hecho de pertenecer a un grupo, y no por asuntos o conductas exógenas a la persona misma, sobre las que podría atribuírseles responsabilidad.

Entre las causas de discriminación —previstas en nuestra Constitución y típicas en el constitucionalismo comparado— tenemos:

(a) Aquellas inmanentes al ser humano, referidas a características en las que se encuentran las personas independientemente de su voluntad, que son los casos de las discriminaciones por razón de origen, raza, sexo, idioma, condición económica, etc.

(b) Aquellas que se refieren a posiciones asumidas voluntariamente por las personas que, al ser atributos o manifestaciones esenciales de su personalidad, no son reprochables, sino que incluso se encuentran previstas como derechos fundamentales; ejemplo de esto sería la discriminación por motivo de credo o religión, opinión, filiación política, opción sexual, etc.⁷¹

Ha de tenerse presente que la prohibición de discriminar vincula también a los particulares. A diferencia de la igualdad ante la ley, que obliga al trato igual y que es un mandato específico para los agentes públicos (pues entre los individuos prima la autonomía de acción, y no cabe mediatizar la libertad fundamental que caracteriza a los individuos, obligándoles a proceder de manera siempre uniforme), la no discriminación se refiere al reconocimiento de las personas entre sí en su condición de seres humanos substancialmente iguales, que se deben

⁷⁰ ORTELLES RAMOS, Manuel *Íbidem* P. 32.

⁷¹ ORTELLES RAMOS, Manuel *Íbidem* P. 32.

respeto unos a otros y que, por lo tanto, no pueden agredirse por causas inherentes a su existencia en dignidad.

De esta forma, en el entendido de que la Constitución tiene fuerza vinculante directa, el principio de dignidad de la persona demanda ser respetado también por los particulares. Así, la autonomía privada de la que gozan los privados, y que constituye también un derecho fundamental, debe ser armonizado con el ejercicio de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza, como es el caso de la igualdad. En tal sentido, no cabe sacrificar la autonomía en beneficio de la igualdad, ni a la inversa, sino que el único camino posible entre individuos en igualdad de condiciones es la optimización de los contenidos de los derechos constitucionales en ejercicio.

En el terreno de los actos de los particulares, la doctrina ha formulado tres factores que permiten valorar la existencia de discriminación:

(a) La trascendencia social de la discriminación, esto es, si se trata de una práctica grave y generalizada, o de un acto aislado y de interés privado.

(b) La posición de la entidad discriminadora en la sociedad, situación que merece mayor reproche si esta ocupa un estatus dominante, cuasipúblico o monopolístico; y

(c) La presencia de una distinción lesiva a la dignidad, por ejemplo, en el caso de los criterios de discriminación especialmente prohibidos por la Constitución.

3.9. DISCRIMINACIÓN INVERSA O ACCIONES AFIRMATIVAS

Decíamos que en el Estado constitucional contemporáneo se reconocen las diferencias existentes entre los individuos; en tal sentido, la igualdad

constitucional no pretende uniformizar a ciudadanos, sino —en primera instancia— brindar garantías de trato regular y justo a cada persona por igual. Tal protección, empero, es insuficiente para garantizar en todos sus extremos la igualdad que la Constitución establece, pues se limita solo a una igualdad formal. En efecto, de poco sirve reconocer la diferencia entre las personas si esto no se tiene en cuenta para establecer una equidad sustantiva que promueva y proteja a los más débiles, para de esta forma satisfacer el ordenamiento constitucional de valores, incluyendo la igualdad que la integra.

Con el avance hacia el Estado social ya no basta la igualación vía contenido o vía aplicación de la ley; se les exige a los entes estatales la elaboración y ejecución de políticas públicas enderezadas a mejorar las condiciones de los más desfavorecidos. De este modo el Estado se compromete no únicamente en el ámbito formal o jurídico, sino también en los planos político, cultural, social y económico. Pero este mandato de igualdad, en el matiz apuntado, no solo alcanza a los poderes públicos, compromete también a la sociedad o, para decirlo con expresión sociológica, a la sociedad civil, aunque desde luego, de un modo distinto.

Este cambio y enriquecimiento de perspectiva no puede verse como una actividad discriminatoria en sentido peyorativo, por el contrario, toda “acción afirmativa del Estado (affirmative action) que busque equiparar la situación desventajosa de los excluidos se realiza como consecuencia de un mandato constitucional (de igualdad sustancial⁷²). Esta línea de reflexión, las omisiones gubernativas referidas a la reparación de inequidades sociales estarían viciadas de inconstitucionalidad, siendo efectivamente, “omisiones constitucionales”⁷³.

⁷² SORIANO TORRES, Martha. La igualdad constitucional de derechos-Barcelona- España

⁷³ STC Exp. N° 0018-AI/TC, íbidem. Consúltese también la STC Exp. N° 0048-2004-AA/TC, fundamento jurídico 63.

La doctrina y la jurisprudencia han denominado estas acciones afirmativas como de “discriminación inversa”, debido a que se dirigen a un grupo vulnerable determinado, pero para beneficiarlos, con el objetivo de promover una igualdad real.

3.10. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En primer lugar, no existe una justificación objetiva y razonable que sustente el diseño de un procedimiento distinto cuando se trata de cuestionar actos administrativos municipales y regionales. Como ha señalado la doctrina y el propio Tribunal Constitucional ‘el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables’ (Exp. N°01 0-2002-AI/TC, sentencia de 3 de enero de 2003, f.j. 211).

El argumento según el cual la finalidad de la norma es “cautelar el principio de autoridad” y evitar los abusos, enfrentado a la necesidad de contar con un instrumento procesal ágil y expeditivo que impida la irreparable afectación de un derecho fundamental, carece de sustento suficiente. Y es que el principio de autoridad no puede permitir la violación de derechos fundamentales; y los abusos que se han cometido no se resuelven restringiendo la medida cautelar, sino estableciendo una regulación más detallada como la planteada por el Código.

Por lo demás, el principio de autoridad no solo lo ejercen las autoridades municipales y regionales, sino también las demás —Ejecutivo, Legislativo, órganos constitucionales autónomos, etc. — que cuentan con un procedimiento cautelar razonable. Y, ciertamente, los abusos no solo se han cometido contra los gobiernos regionales y locales, sino también en otras circunstancias. De ahí que, a nuestro juicio, dicho

procedimiento que establece un verdadero “privilegio” para determinadas autoridades, si bien es constitucional en opinión del tribunal constitucional pero resulta ineficaz para obtener los fines que persiguen las medidas cautelares.

3.11. VIOLACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En segundo lugar, si aceptamos que la medida cautelar debe garantizar una tutela judicial efectiva y en definitiva el “valor eficacia” en el proceso, resulta lógico que el diseño de su procedimiento también lo haga. A nuestro juicio, un procedimiento cautelar que cuenta con una apelación con efecto suspensivo —es decir, así se conceda la medida no se ejecuta de inmediato—, no garantiza una tutela judicial efectiva.

Debemos tomar en cuenta, como lo expuso el Tribunal Constitucional español en la STC 14/1992, fundamento jurídico 7, el criterio que ha sido reiterado en diversas ocasiones, que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” De ahí que haya declarado inconstitucional, por ejemplo, una norma —el artículo 6.2 de la Ley N°34/1979, de 16 de noviembre— que prohibía la suspensión del decreto que calificaba una finca como manifiestamente mejorable (STC 238/1992, de 17 de diciembre).

Y es que como afirma García de Enterría, los más importantes Tribunales constitucionales europeos han sostenido unánimemente que la exclusión —o aun la limitación— de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial efectiva o a los derechos de defensa”.

Finalmente, este cambio terminará cerrando la puerta al amparo contra actos administrativos municipales y regionales. En efecto, debido a que el Código acoge la tesis del “amparo residual” (artículo 5 inciso 2),

cuando se cuestionen tales actos administrativos, la vía paralela —el proceso contencioso administrativo- será más eficaz, pues tiene medidas cautelares más efectivas.

Por tanto, en tales casos el amparo será declarado improcedente al existir una vía procesal específica igual o más satisfactoria. Con ello, lo que en el fondo se logrará es que los actos administrativos municipales y regionales no puedan ser cuestionados a través del amparo.



CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION SOBRE LA EFICACIA CAUTELAR CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPALES Y REGIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES JUZGADOS CIVILES DE LA SEDE CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CUSCO EN 2007.

4.1.1. UBICACIÓN ESPACIAL.

La investigación se ha efectuado en los expedientes de procesos constitucionales de Amparo, Habeas Data y Cumplimiento y los expedientes cautelares constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales.

4.1.2. UBICACIÓN TEMPORAL

La recolección de la información, análisis y sistematización de los mismos se ha efectuado en los expedientes que corresponden a procesos tramitados en el año 2007.

4.1.3. UNIDAD DE ESTUDIO

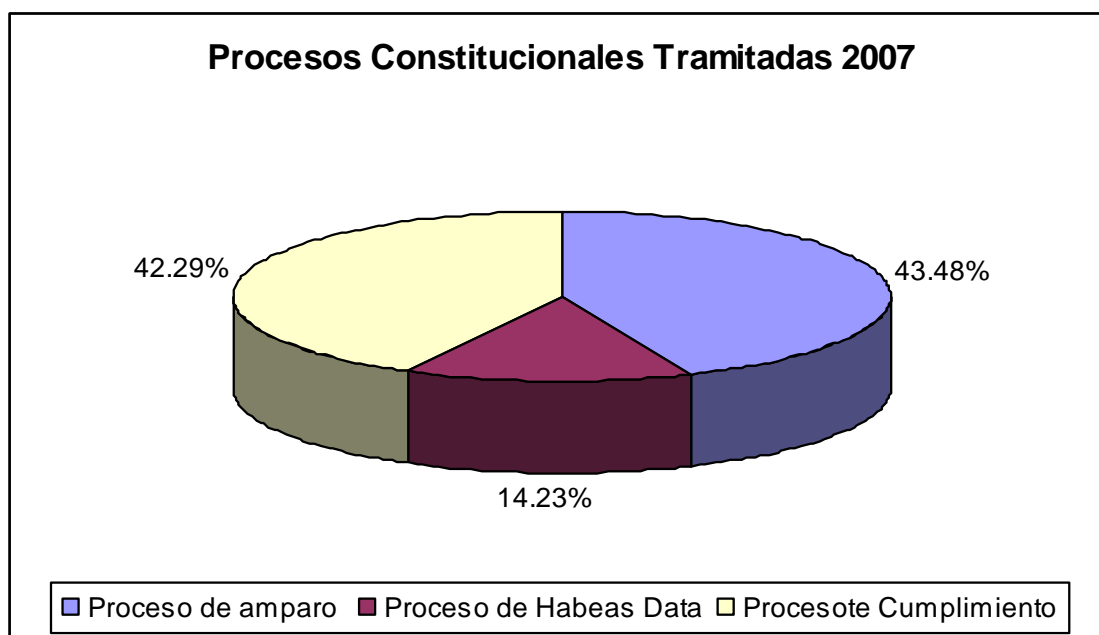
La investigación documental se ha efectuado en los expedientes de los procesos constitucionales y cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y Regionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del cusco, en el año 2007. El universo está constituido por 253 expedientes entre procesos constitucionales y cautelares constituciones contra actos administrativos municipales y Regionales que no se ha encontrado dificultad para ser analizados en su totalidad.

CUADRO N° 1

4.2. Procesos Constitucionales Tramitadas 2007

Expedientes sobre Procesos Constitucionales Juzgados Civiles – Sede Corte Superior de Justicia Cusco					
Tipo de proceso	1er Juzgado	2do Juzgado	3er Juzgado	Total	%
Proceso de amparo	30	38	42	110	43.49
Proceso de Habeas Data	12	10	14	36	14.22
Procesote Cumplimiento	40	36	31	107	42.29
Totales	82	84	87	253	100

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

El cuadro Nro.1 demuestra que el. Año 2007, se han tramitado un total de 253 procesos constitucionales entre procesos de Amparo, Habeas Data y de Cumplimiento en los tres juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de

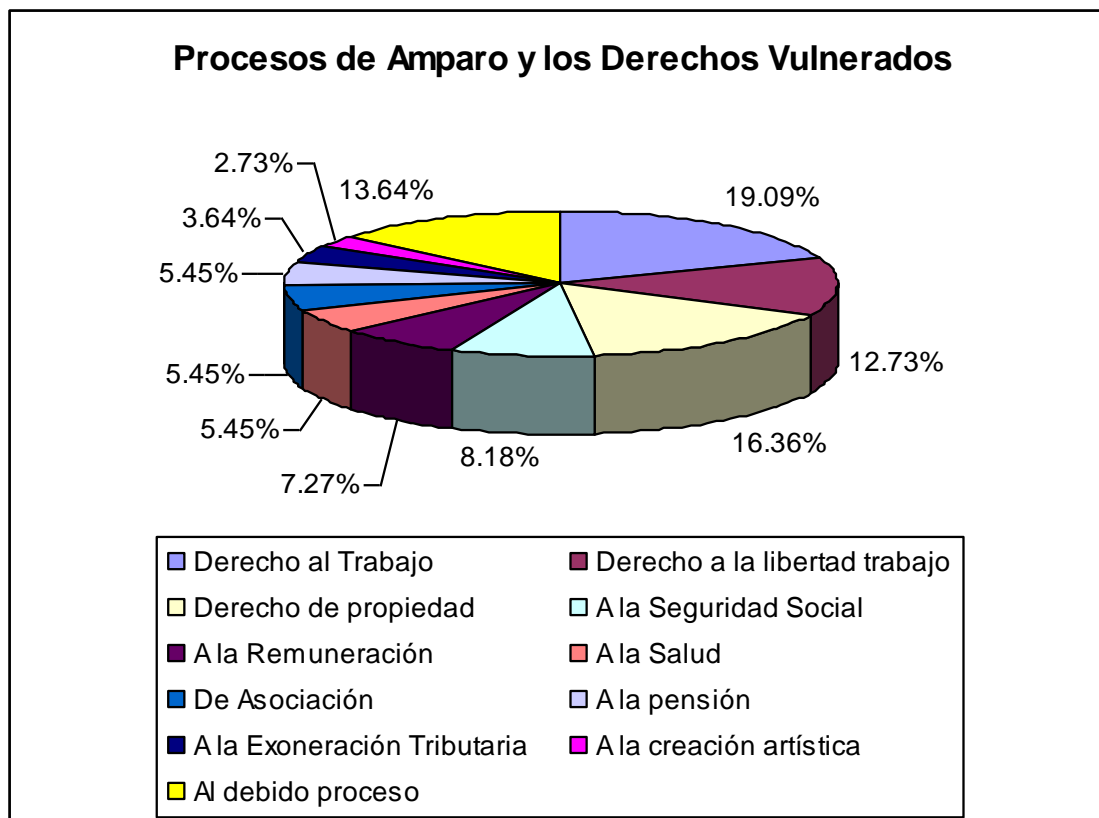
justicia del Cusco. Siendo el de mayor incidencia lo correspondiente al proceso de Amparo con 43.49 por ciento del total de los procesos y el de menor incidencia lo correspondiente al proceso de Habeas Data que representa el 14.22 por ciento del total del universo.

CUADRO N° 2

4.3. Procesos de Amparo y los Derechos Vulnerados

Expedientes de Procesos de Amparo – Juzgados Civiles Sede Corte Superior de Justicia Cusco				Totales	%
Derechos Vulnerables	1er Juzgado	2do Juzgado	3er Juzgado		
Derecho al Trabajo	10	06	05	21	19.09
Derecho a la libertad trabajo	2	04	08	14	12.75
Derecho de propiedad	5	06	07	18	16.36
A la Seguridad Social	2	03	04	09	8.18
A la Remuneración	02	04	02	08	7.27
A la Salud	01	02	03	06	5.45
De Asociación	01	03	02	06	5.45
A la pensión	01	03	02	06	5.45
A la Exoneración Tributaria	01	02	01	04	3.62
A la creación artística	01	01	01	03	2.72
Al debido proceso	04	04	07	15	13.63
Totales	30	38	42	110	100.00

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

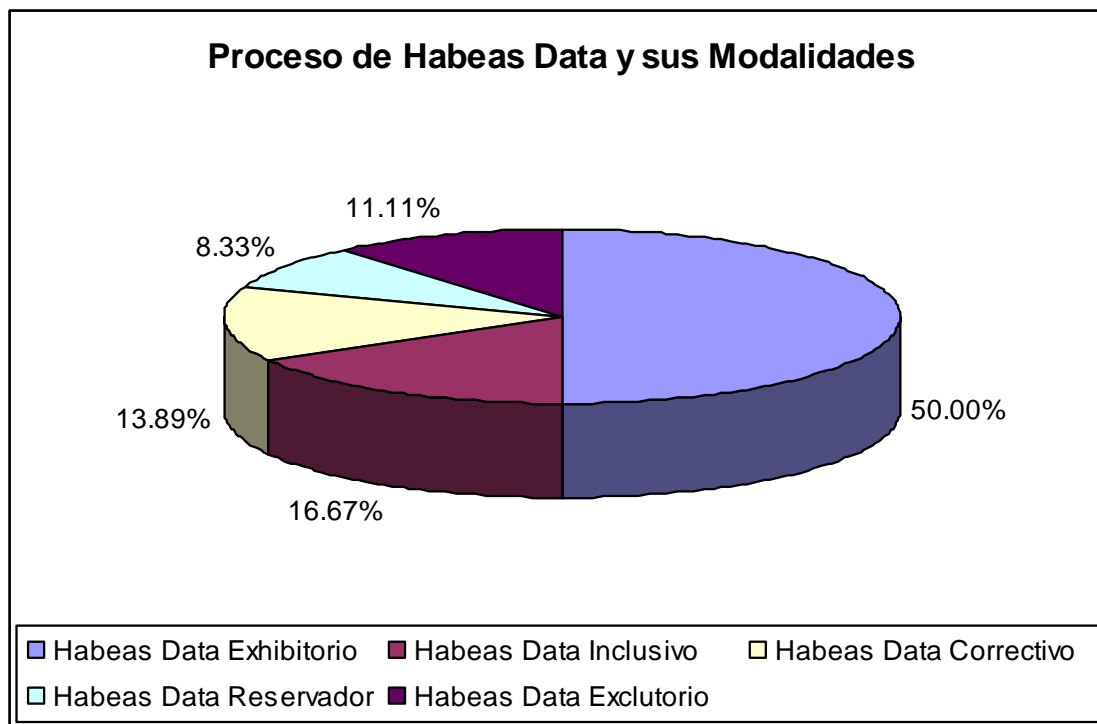
El cuadro Nro.2 Sintetiza el número de los procesos de Amparo y los derechos fundamentales vulnerados, que fueron tramitados un total de 110 procesos de Amparo, de donde el 19.09 por ciento de los procesos se han formulado por la vulneración del derecho fundamental al trabajo siendo ésta el de mayor incidencia, y el 2.72 por ciento de los procesos de Amparo corresponden a la vulneración del derecho a la creación artística.

CUADRO N° 3

4.4. Proceso de Habeas Data y sus Modalidades

Expedientes de Procesos de Habeas Data Juzgados Civiles Sede Corte Superior de Justicia Cusco					
Tipos	Dependencias Judiciales				
	1er Juzgado	2do Juzgado	3er Juzgado	Totales	%
Habeas Data Exhibitorio	06	04	08	18	50.00
Habeas Data Inclusivo	02	02	02	06	16.68
Habeas Data Correctivo	01	02	02	05	13.88
Habeas Data Reservador	01	01	01	03	8.33
Habeas Data Exclutorio	02	01	01	04	11.11
Totales	12	10	14	36	

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

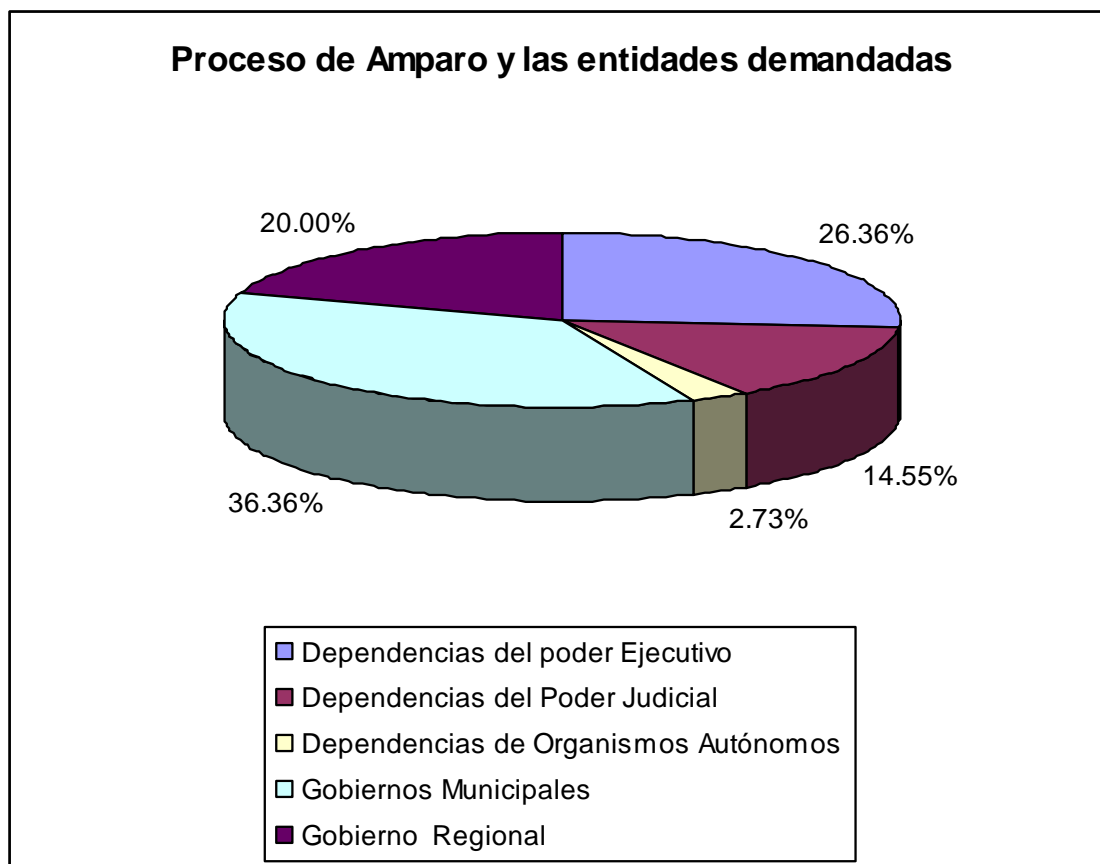
En el cuadro número 3 se halla representado el número de procesos de Habeas Data, y sus modalidades que se han tramitado en los diferentes juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco en el año 2007, en donde se verifica que el de mayor incidencia es lo correspondiente al Habeas Data Exhibitorio que representa el 50 por ciento de los procesos. Y corresponde el 8.33 por ciento a los procesos de Habeas Data Resevador.

CUADRO N° 4

4.5. Proceso de Amparo y las entidades demandadas

Expedientes de Procesos de Amparo -Juzgados Civiles Cusco		
Entidades demandadas	Frecuencia	%
Dependencias del poder Ejecutivo	29	26.36
Dependencias del Poder Judicial	16	14.54
Dependencias de Organismos Autónomos	03	2.72
Gobiernos Municipales	40	36.38
Gobierno Regional	22	20.00
Totales	110	100.00

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

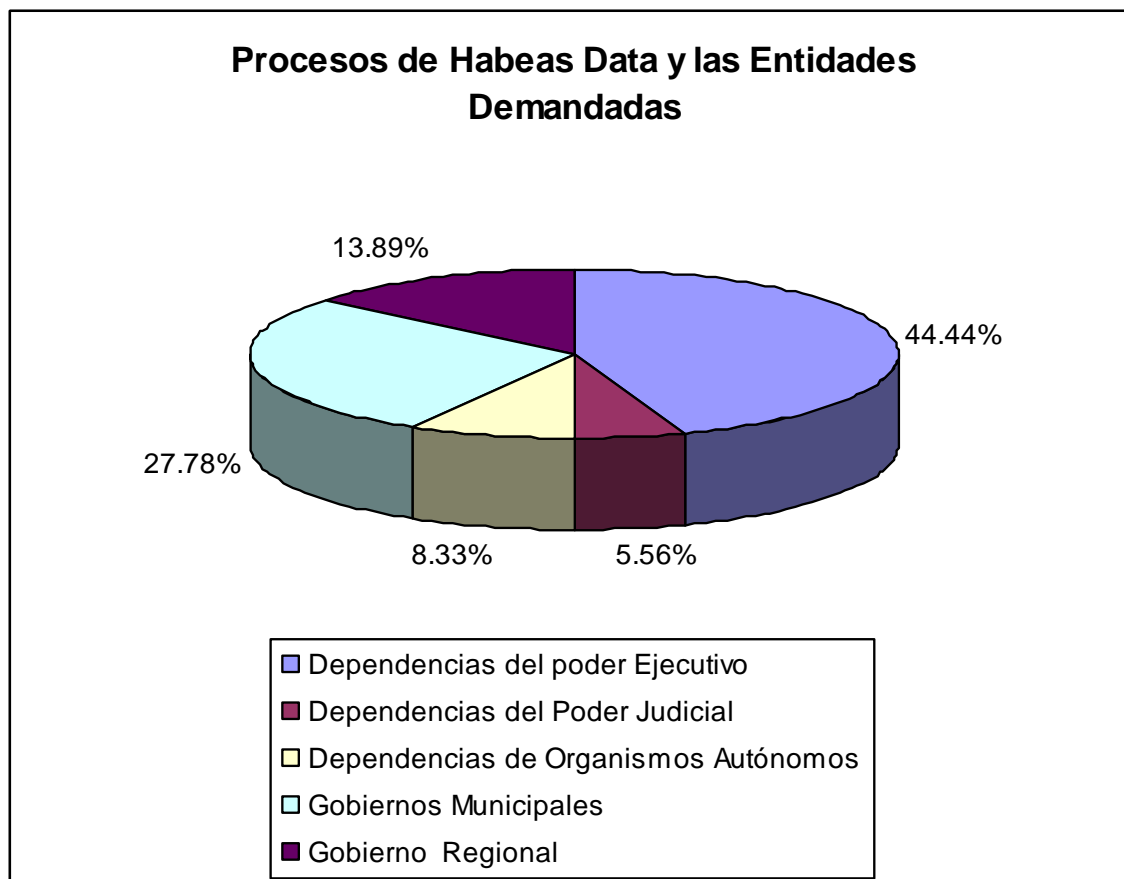
El cuadro número 4 sintetiza los procesos de Amparo y las entidades que ha sido demandadas en los diferentes juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, durante el año 2007, correspondiendo el mayor número de demandas a las dependencias del poder Ejecutivo con un 26.36 por ciento del total de los procesos de Amparo y un 2,72 por ciento de las demandas corresponden a las dependencias de organismos autónomos.

CUADRO N° 5

4.6. Procesos de Habeas Data y las Entidades Demandadas

Expedientes de Procesos Juzgados Civiles Cusco		
Entidades demandadas	Frecuencia	%
Dependencias del poder Ejecutivo	16	44.44
Dependencias del Poder Judicial	02	5.55
Dependencias de Organismos Autónomos	03	8.83
Gobiernos Municipales	10	27.77
Gobierno Regional	5	13.41
Totales	36	100

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

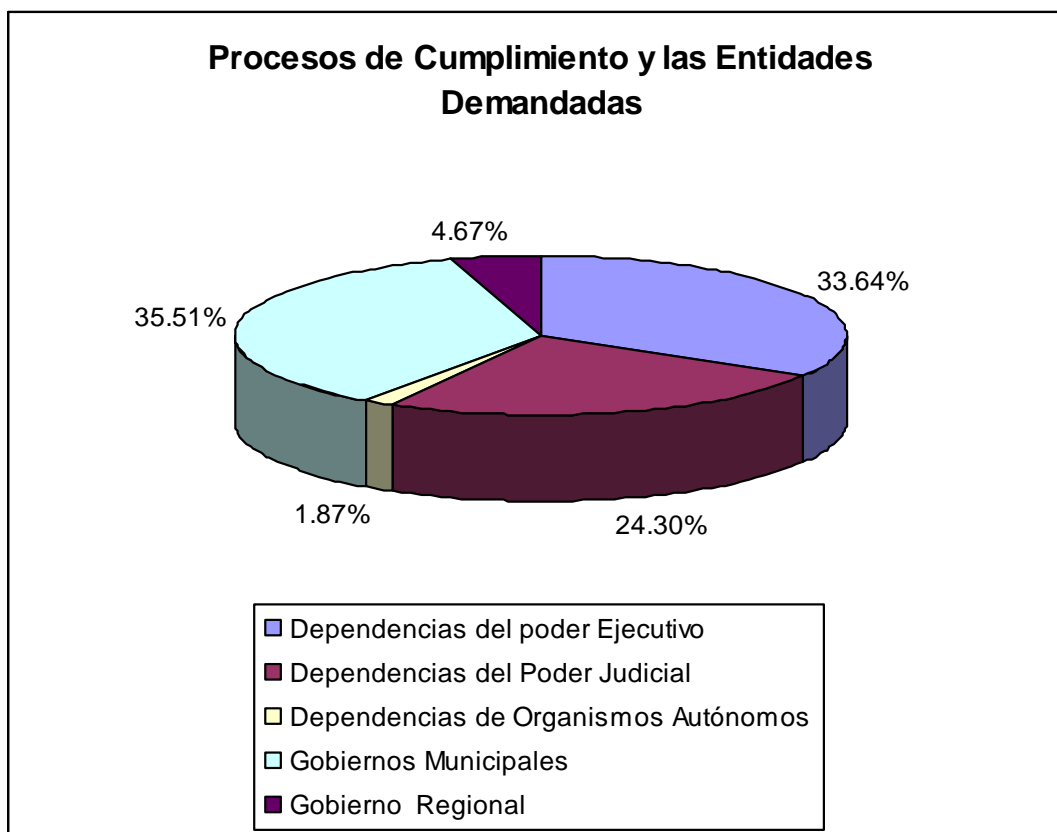
El cuadro número 5 representa el número de procesos de Habeas Data y las entidades que han sido demandadas en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en el período investigado y donde se demuestra que el 44.44 por ciento de las demandas corresponden a las entidades del poder Ejecutivo y el 5.55 por ciento de las demandas pertenecen a las entidades del poder judicial.

CUADRO N° 6

4.7. Procesos de Cumplimiento y las Entidades Demandadas

Expedientes de Procesos de Cumplimiento Juzgado Civiles - Cusco		
Entidades demandadas	Frecuencia	%
Dependencias del poder Ejecutivo	36	33.64
Dependencias del Poder Judicial	26	24.29
Dependencias de Organismos Autónomos	02	1.86
Gobiernos Municipales	38	35.54
Gobierno Regional	05	4.67
Totales	107	100.00

Fuente: Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

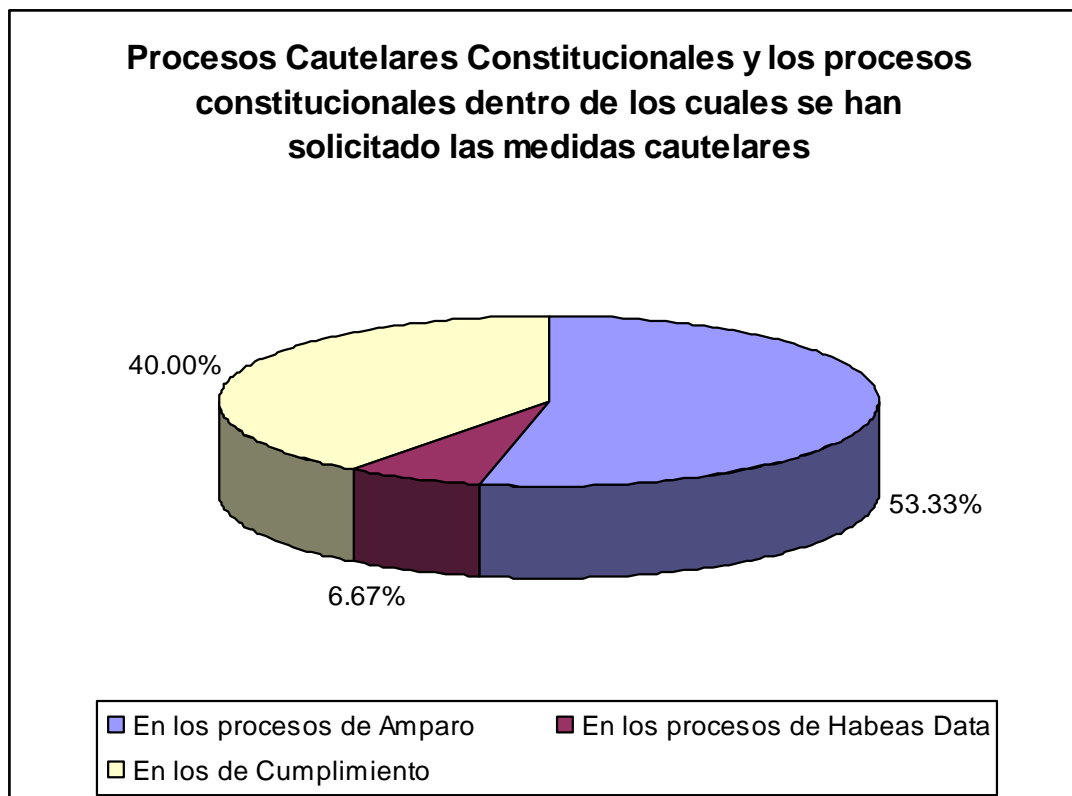
El cuadro número 6 nos demuestra el total de los procesos de cumplimiento y las entidades demandadas que se han tramitado en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en el año 2007, donde se verifica que el 35.54 por ciento de las demandas se han efectuado contra los Gobiernos Municipales y el 1.86 por ciento de las demandas fueron interpuestos contra las dependencias del poder Judicial,

CUADRO N° 7

4.8. Procesos Cautelares Constitucionales y los procesos constitucionales dentro de los cuales se han solicitado las medidas cautelares

Expedientes de Procesos Cautelares Constitucionales Juzgados Civiles – Cusco		
Medidas Cautelares	Frecuencia	%
En los procesos de Amparo	40	53.34
En los procesos de Habeas Data	05	6.66
En los de Cumplimiento	30	40.00
Totales	75	100.00

Fuente : Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

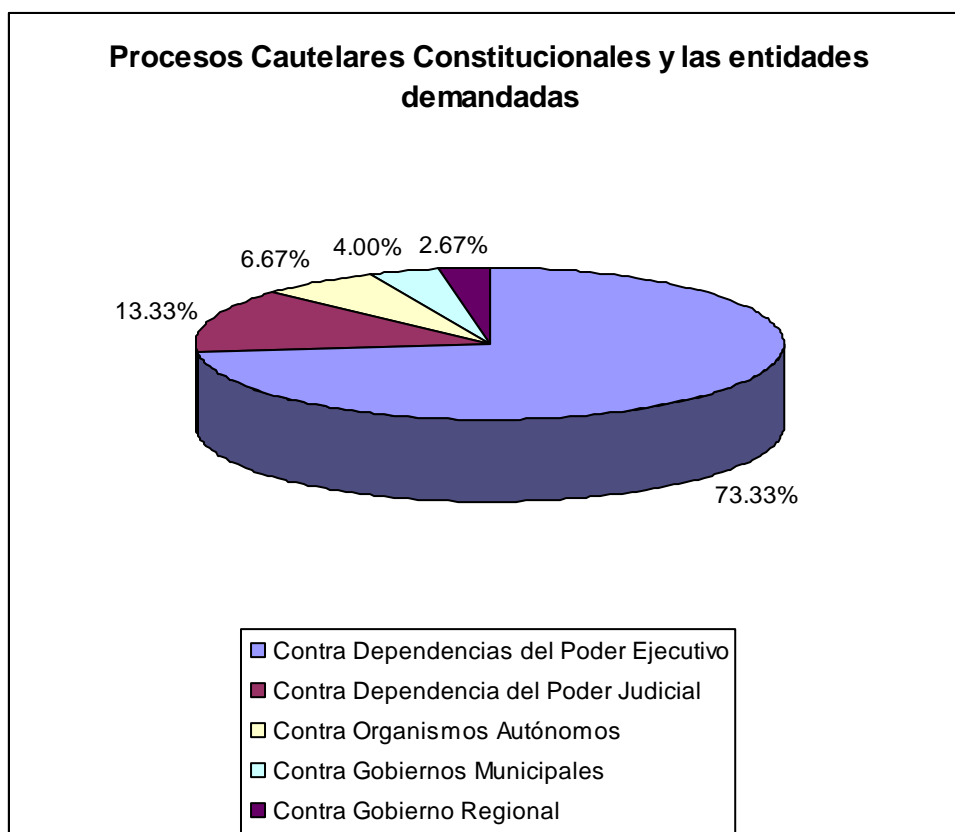
El cuadro numero 7, nos demuestra el total de los procesos cautelares constitucionales que se ha interpuesto para garantizar la eficacia de los diferentes procesos constitucionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco, donde el 53.34 por ciento de las medidas cautelares se han interpuesto contra los procesos de Amparo, y el 6.66 por ciento contra los procesos de Habeas Data.

CUADRO N° 8

4.9. Procesos Cautelares Constitucionales y las entidades demandadas

Cuadernos Cautelares Constitucionales Juzgados Civiles Cusco		
Medidas Cautelares	Frecuencia	%
Contra Dependencias del Poder Ejecutivo	55	73.33
Contra Dependencia del Poder Judicial	10	13.33
Contra Organismos Autónomos	05	6.68
Contra Gobiernos Municipales	03	4.00
Contra Gobierno Regional	02	2.66
Totales	75	100

Fuente : Análisis Documental
Lugar : Juzgados Civiles Cusco
Fecha : Julio 2008



Interpretación:

El cuadro número 8 representa los procesos cautelares constitucionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, por la violación de los derechos fundamentales por las diferentes entidades del estado, donde se determina lo siguiente:

- El 73.33 % de las medidas cautelares constitucionales se han interpuesto en los procesos constitucionales seguidos contra las dependencias del Poder Ejecutivo.

- El 13.33% de las medidas cautelares constitucionales se han interpuesto en los procesos constitucionales seguidos contra las dependencias del Poder Judicial.

- El 6.68 % de las medidas cautelares constitucionales se han interpuesto en los procesos constitucionales seguidos contra las dependencias de los organismos autónomos.

- El 4 % de las medidas cautelares Constitucionales se ha interpuesto en los procesos constitucionales seguidos contra los gobiernos municipales

- El 2.66 % de las medidas cautelares constitucionales se ha interpuesto en los procesos constitucionales seguidos contra el gobierno regional.

CONCLUSIONES

PRIMERA CONCLUSION- El procedimiento de las medidas cautelares deben ser ágiles y sumarísimos que aseguren la efectividad del derecho demandado y la Tutela judicial efectiva.

SEGUNDA CONCLUSION.- El código procesal Constitucional, en su artículo 15, establece dos tipos de proceso cautelar relacionados con los procesos constitucionales de la libertad. El primero de éstos es un proceso cautelar ordinario, que procede en todos los casos, salvo cuando se trata de obtener una medida cautelar frente actos violatorios de derechos fundamentales realizados por los gobiernos Regionales y Municipales. El segundo tipo es un proceso cautelar especial, el cual procede contra los referidos actos de dichos gobiernos subnacionales.

TERCERA CONCLUSION.- En el proceso cautelar ordinario, en el cual la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contra parte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo, resulta idóneo para que se logre una tutela judicial efectiva, ya que permite atender la urgencia que muchas veces requiere la protección de los derechos subjetivos fundamentales y evitar que su violación se convierta en irreparable.

CUARTA CONCLUSION.- El proceso cautelar especial, el cual considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable, no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal. Lo absurdo de este tipo de proceso cautelar es tal que, incluso, los procesos de los cuales puede ser accesorio (proceso de Amparo, Habeas Data y Cumplimiento) consideran un trámite más expeditivo.

QUINTA CONCLUSION.- El tribunal Constitucional para declarar la constitucionalidad del proceso cautelar especial del artículo 15 del Código procesal Constitucional, se basa en una concepción publicística de la tutela cautelar (según la cual la tutela cautelar está dirigida a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, más que a defender los derechos de los individuos). Esta visión ha sido superada a nivel de la doctrina y de la justicia constitucional más desarrollada, por una visión garantística de la misma (según la cual la tutela cautelar es una herramienta de garantía de tutela eficaz para el justiciable).

SEXTA CONCLUSION.- Los legisladores continúan con la acepción de crear arbitrariamente islas ante las cuales se levantan límite para la concesión de medidas cautelares, lo que da a entender un temor hacia el raciocinio jurídico de los jueces constitucionales.

SÉPTIMA CONCLUSION.- El objetivo de las modificaciones de las regulaciones de las medidas cautelares es generar dificultades o letargo para la concesión o efectividad de la medida cautelar.

OCTAVA CONCLUSION.- La razón de ser de las medidas cautelares es evitar que una afectación de derechos fundamentales se convierta en irreparable, pero con la existencia de islas en las cuales se limitan la concesión de las medidas cautelares, se restringe la interdicción de la Administración y se pone en grave riesgo la tutela judicial efectiva de los justiciables.

NOVENA CONCLUSION.- El juez constitucional puede evaluar en su oportunidad inaplicar las limitaciones que contempla el artículo 15 del Código procesal Constitucional al crear islas de interdicción de la administración.

DECIMA CONCLUSION.- La evaluación constitucional del artículo 367 del Código procesal Civil, que limita la participación del afectado por una medida cautelar, postergándola hasta después de haberse ejecutado dicha medida

cautelar y después de evaluar la proporcionalidad de dicha restricción, se determina que no son lesivas a los derechos fundamentales del afectado, por que responde a una finalidad legítima, y, además, el afectado tiene la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa en todo el proceso.

DECIMA PRIMERA CONCLUSION- La vigencia del código procesal constitucional es un esfuerzo de cambio destinado a garantizar la defensa de los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional. No obstante, creemos que tratándose de la medida cautelar contra actos administrativos Municipales o regionales el congreso de la república introdujo un procedimiento especial, que dificulta la Tutela judicial efectiva y afecta al principio de igualdad.

DÉCIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN.- En los Juzgados Civiles de la Sede de la Corte Superior de Justicia Cusco en el año 2007, se han tramitado 40 procesos de amparo contra Gobiernos Municipales y 22 procesos contra el Gobierno Regional y se ha solicitado 3 Medidas Cautelares contra los Gobiernos Municipales y 2 contra el Gobierno Regional, con lo que se comprueba que las Medidas Cautelares Constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales es de poca utilidad para los justiciables.

DECIMA TERCERA CONCLUSION.- No obstante lo evidente de lo gravoso y engorroso que resulta el proceso cautelar especial, por lo cual no es idóneo para lograr a través de él una tutela judicial efectiva, el tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad a través de la sentencia recaída en el expediente Nro. 0023-2005-PI/ TC. Con ello los párrafos tercer y cuarto del artículo 15 del Código Procesal constitucional no pueden ser inaplicados por los jueces en ejercicio del control difuso. En tal sentido la única vía que queda abierta para solucionar dicho entuerto legislativo es la modificación de la norma que pueda realizar el congreso de la República.

DECIMA CUARTA CONCLUSIÓN.- La hipótesis planteada se ha verificado fácticamente en su totalidad, porque las medidas cautelares constitucionales contra actos Administrativos Municipales y Regionales resulta ineficaz para la obtención de la Tutela Judicial Efectiva, en los procesos cautelares constitucionales tramitados en los Juzgados Civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco en el año 2007, por las características defectuosas de la legislación sobre las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales.

Del desarrollo de la investigación se determina que se puede seguir efectuando investigaciones sobre el principio de contradicción en las medidas cautelares constitucionales que es fundamental para tutelar el debido proceso, tomando en consideración que en aquellos casos en los que dar aviso del pedido cautelar al afectado puede poner en peligro la ejecución y en los que por razones de urgencia sea necesaria su otorgamiento en forma inmediata, de tal forma que se puede buscar cierto equilibrio entre correr traslado y de no correr traslado a la parte afectada.

SUGERENCIAS

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional prevé dos regulaciones distintas para otorgar la medida cautelar en los procesos de amparo. Uno ordinario para la generalidad de casos, y otro especial para el supuesto en que se cuestionan los actos administrativos de los gobiernos locales o regionales. En el ordinario las medidas cautelares se dictan sin el conocimiento de la contraparte y la apelación es concedida sin efecto suspensivo, esto no sucede así cuando en el proceso principal se cuestiona un acto administrativo local o regional. En efecto en este último supuesto, el juez está obligado a correr traslado de la solicitud por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que le da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada y con intervención del Ministerio Público.

Consideramos que esta regulación diferenciada vulnera el principio de igualdad reconocido en el numeral 2 del artículo 2do de la Constitución, pues por el solo hecho de diferir ambos supuestos en el sujeto agresor, no parece respetar el principio de proporcionalidad. Al evaluar la preservación de la garantía institucional de autonomía de los gobiernos locales y regionales se determinó que no existe una adecuada y necesaria conexión proporcional entre la norma y la vulneración de los derechos fundamentales.

La autonomía reconocida en el artículo 191 y 194 de la Constitución Política del Estado, garantiza el funcionamiento de los gobiernos locales y regionales con plena libertad en el ámbito administrativo, económico y político; es decir se le garantiza que en los asuntos de su competencia tengan autogobierno. Ello no quiere decir que esa autonomía les permita desvincularse parcial o totalmente del sistema político o del propio ordenamiento jurídico en el que se encuentra. De ahí que garantizar la autonomía local o regional es una finalidad constitucionalmente legítima.

En el trabajo de investigación se ha concluído que la medida adoptada con la regulación especial de la medida cautelar contra actos administrativos Municipales y Regionales, no es adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Por que la finalidad del control jurisdiccional y en especial, el control constitucional de los actos de la administración no es restringir la autonomía de los gobiernos locales, si no simplemente controlar la legalidad y/o la constitucionalidad de los actos administrativos.

También se ha determinado que el legislador reguló la medida cautelar en los procesos constitucionales con la finalidad no solo de asegurar que el fallo final sea ejecutable, sino, además, para garantizar la finalidad de estos procesos, prevista en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional. Es así que la regulación diferenciada no hace otra cosa que desnaturalizar la finalidad de los procesos constitucionales, pues de seguirse todo el procedimiento, el derecho que se pretende proteger puede devenir en irreparable.

Por ello se ha planteado como solución la modificación del texto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, por lo que se sugiere en la forma siguiente:

PRIMERA SUGERENCIA.- Se puede conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, Habeas Data y de Cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo tercero del Código Procesal Constitucional.

SEGUNDA SUGERENCIA.- Se debe exigir para su expedición la aparición del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se debe dictar sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo debe ser concedida sin efecto suspensivo; salvo cuando se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en tal caso la apelación debe ser concedida con efecto suspensivo.

TERCERA SUGERENCIA.- Para su procedencia, trámite y ejecución dependerá del contenido de la pretensión constitucionalmente intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. El juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.



PROPUESTAS

PROYECTO DE LEY

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HABEAS CORPUS, AMPARO, HABEAS DATA Y CUMPLIMIENTO.

ARTÍCULO 1º.- Modifíquese el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, de la siguiente manera:

(....)” **ARTÍCULO 15º.-** Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, Habeas Data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el párrafo del artículo 3 de este código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales auto aplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerá del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

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(....)”

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

Dado en Lima, a los..... días, del mes de.....del dos mil.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel B., “Derecho Procesal Constitucional”, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ABAD YUPANQUI, Samuel B., “El proceso constitucional de amparo”. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales, Gaceta jurídica, Lima, 2004.

ABAD YUPANQUI, Samuel B., DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; EGUIGUREN PRAELI, Francisco J.; GARCIA BELAUNDE, Domingo; MONROY GÁLVEZ, Juan; ORÉ GUARDIA, Arsenio; Código Procesal Constitucional. Comentarios. Exposición de Motivos, dictámenes e índice analítico, Palestra, Lima, 2004; 2ª edición actualizada, 2005.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Proceso, auto composición y autodefensa, Imprenta Universitaria, México, 1947.

ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo I, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1956.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso civil, 5ª edición, Lima, 1974.

ALZAMORA VALDÉZ, Mario, Los derechos humanos y su protección, 2ª, edición, EDDILI, Lima, 1980.

BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho, Editorial Debate, Madrid, 1991.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de derecho usual, Tomos I y II, 6ª edición, Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1968.

CALAMANDREI, Piero, Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el proceso civil, Tomo III EJE A, Buenos Aires, 1973.

CARNELUTTI, Francisco, Sistema de derecho procesal civil, traducción del italiano por Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, Tomo I, UTEHA, Buenos Aires, 1944

CARNELUTTI, Francesco, Derecho y proceso, traducción de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del proceso civil, traducción de la 5ª edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Tomo I, UTEHA, Buenos Aires, 1973.

CIANCIARDO, Juan, “Los límites de los derechos fundamentales², en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo III, 4ª edición, Porrúa, México, 2003.

COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, reimpresión inalterada, Desalma, Buenos Aires, 1978.

COUTURE, Eduardo J., Estudios de Derecho Procesal Civil (la Constitución y el proceso civil), Tomo I, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1979.

CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco, Constitución de 1993: Lectura y comentario, Piedul, Lima, 1994.

DALÓS Jorge y SOUSA, Martha, “El control jurisdiccional de las normas jurídicas de carácter general”, en la Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación, Francisco Eguiguren Praeli (Director), Cultural Cuzco, Lima, 1987

DORADO PORRAS, Javier, la lucha por la Constitución. Las teorías del fundamental law en la Inglaterra del siglo XVII, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

DUVERGER, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional”, 6ª edición española, Ariel, Barcelona 1979.

EGUIGUREN, L.A., La inconstitucionalidad de las leyes, Lima, 1945.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: Las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”, en Lecturas sobre Temas Constitucionales 7, Comisión Andina de Juristas, Lima 1991.

ENRIQUE ANAYA, Salvador, “Aplicación de la Constitución y derecho procesal constitucional”, en Derecho Procesal Constitucional, Susana Ynés Castañeda Otsu (Coordinadora), Tomo I, 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2004.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado, Palestra, Lima, 2004

FAVOREU, Louis, “Los contenciosos constitucionales: Aproximación teórico comparada” (traducción de Aristóteles Cortés Sepúlveda), en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), Tomo I, 4ª, edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en América Latina, evolución problemática hasta 1979”, en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac Gregor (Compilador), México, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías, La Ley del más débil, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Derecho Procesal Constitucional, 2ª edición, Porrúa, México, 2001.

FIX ZAMUDIO, Héctor, La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante la jurisdicciones nacionales, Civitas, Madrid, 1982.

FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídicas, México, 1991.

FIX ZAMUDIO, Héctor, “La problemática contemporánea de impartición de justicia y el derecho constitucional”, en *Ius et Veritas*, Año V, N° 8 Lima, 1994.

FIX ZAMUDIO, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993.

FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), 2ª edición, Porrúa, México, 2001.

FURNISH, Dale B., “La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos”, en *sobre la jurisdicción constitucional*, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima 1990.

GARCIA BELAUNDE, Domingo, El habeas corpus interpretado, Pontificia Universidad Católica del Perú – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima 1971.

GARCIA BELAUNDE, Domingo, “Garantías constitucionales en la Constitución Peruana de 1993”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

GARCIA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La Constitución peruana de 1993, Grijley, Lima 1994.

GARCIA BELAUNDE, Domingo, “La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales” en *Desafíos constitucionales contemporáneos*, César Landa y Julio Faúndez (editores), Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional – University of Warwick School, of Law. Fondo Editorial, Lima, 1996.

GARCIA BELAUNDE, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional”, en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac Gregor (Compilador), Porrúa, México, 2001.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Derecho Procesal Constitucional, Temis, Bogotá, 2001.

GARCIA BELAUNDE, Domingo, “El amparo colonial peruano”, en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), Tomo III, 4ª edición, Porrúa, México, 2003.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Derecho Procesal Constitucional, Civitas 1980.

GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, 4ª edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, Civitas, Tomo I, Madrid, 1998.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter y MESÍA RAMIREZ, Carlos, Compendio de legislación constitucional. Aproximación al sistema constitucional peruano, Ministerio de Justicia, WG Editor, Lima 1995.

HERNANDEZ VALLE, Rubén, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995.

KELSEN, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, traducido por Domingo García Belaunde, en *Ius et Veritas*, Año IV, N° 6, 1993.

KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, en *Ius et Veritas*, Año V, N° 9, Lima 1994.

KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995.

LANDA ARROYO, César, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. El caso peruano”, en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*, Maestría en

Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995.

LANDA ARROYO, César, Teoría del Derecho Procesal Constitucional, Palestra, Lima, 2003.

LANDONI SOSA, Angel, “La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos. Dos casos interesantes planteados en el Uruguay”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año IV, Nº 6, Buenos Aires, 2004.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, Ejecutorias 1996, Cultural Cuzco, Lima, 1996.

MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

MILLAR, Robert Wyness, Los principios formativos del procedimiento civil, Ediar, Buenos Aires, 1945.

MONROY GÁLVEZ, Juan, “Conceptos elementales del proceso civil”, en Revista del Foro, Año LXXXI, Nº 1, Lima, 1993.

MONTERO AROCA, Juan, Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1979

MONTERO AROCA, Juan, Introducción al derecho jurisdiccional peruano ENMARCE, Lima 1999.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, Jurisdicción y procesos constitucionales, 7ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2002.

PALMA VALDERRAMA, Hugo (Compilador), El sistema internacional en sus textos, Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), Tomo I, Lima 1990.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, “Constitución de los Estados Unidos de América”, en Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos, Tórculo Artes Gráficas, Santiago de Compostela 1998.

PICO I JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, 3ª reimpresión, 2002. José María Bosch, Barcelona, 1997.

PINTO FERREIRA, Luiz, “Os instrumentos processuais protetores dos directos humanos do brasil”, en la Jurisdicción constitucional en Iberoamérica, García Belaúnde, D. Fernández Segado, F. (Coordinadores), Dykinson, Madrid, 1997.

PRIETO SANCHIS, Luís, Ley, principios, derechos, Instituto de Derechos Homanos Bartolomé de las Casa – Universidad Calos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

PRIETO SANCHIS, Luís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Lima, 2002.

PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de habeas data en el Derecho Latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional – Proceso y Constitución”, Editorial Porrúa – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Num.1 enero-junio, México, 2004.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española 21ª edición, Tomo II, Madrid, 1992.

RECASÉNS SICHES, Luís, Introducción al estudio del derecho, 4ª edición, Porrúa, México, 1977

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, “Constitución de Weimar”, en Documentos Constitucionales de la Historia Universal, EDIAL, Lima agosto 2003

REY CANTOR, Ernesto, Derecho Procesal Constitucional – Derecho Constitucional Procesal – Derechos Humanos procesales, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá 2001.

ROCCO, Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Reimpresión inalterada, Temis – Desalma, Bogotá-Buenos Aires, 1976.

RODRIGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito Alímides, “Derecho Procesal Constitucional peruano”, en Notarius (Revista del Colegio de Notarios de lima), Año II, N° 2, Lima 1991.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito alímides, “Derecho Procesal Constitucional precisiones conceptuales” en Ponencia presentada en el V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre de 1996.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito Alímides, “La conciliación en el Derecho Procesal Civil peruano”, en Manual de Derecho Procesal Civil, 5° edición actualizada y aumentada, Grijley, Lima, mayo, 2003.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito Alímides, Manual de Derecho Procesal Civil, 6ª edición actualizada y aumentada, Grijley, Lima Mayo, 2005.

RUBIO CORREA, Marcial, El sistema jurídico. Introducción al derecho, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima 1988.

RUBIO CORREA, Marcial, “El sistema legislativo en la Constitución de 1993” en Lecturas sobre Temas Constitucionales 10 (La Constitución de 1993. Análisis y comentarios), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ilma 1999.

RUBIO CORREA, Marcial, La interpretación d ela Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2005.

SAGÜES, Néstor Pedro, Derecho Procesal constitucional. Recurso extraordinario, Astrea, Buenos Aires, 1989.

SAR, Omar A. Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional, 2ª edición, editorial Nomos & Thesis Lima 2005.

SCHMITT, Carl "la defensa de la Constitución," edición, Tecnos, Madrid, 1998.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, BIBLOS Industria Gráfica, Madrid, 1993.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos, la nueva Constitución del Perú 1993, Asesoramiento, Lima, 1993.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luís, "El proceso civil y su futuro", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año II N° 3, Buenos Aires, 2003.

VESCOVI, Enrique, Teoría general del proceso, Temis, Bogotá, 1984.

VILLARÁN, Manuel Vicente, Ante-Proyecto de Constitución de 1931. Exposición de motivos, Lima 1962.

ZARATE POLO, M. Antonio, "La protección judicial de constitucionalidad", en Revista de Jurisprudencia Peruana, Año XV, N° 161, Lima, 1957.

HEMEROGRAFÍA

“Habeas data y conflicto entre órganos constitucionales” en Lecturas sobre Temas Constitucionales (La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (texto para el debate), Congreso de la República del Perú. Comisión de Constitución, Reglamento y acusaciones constitucionales, abril 2002.

“Inconstitucionalidad de las leyes”, en Revista de Jurisprudencia Peruana, Año III, Nº 16, mayo, Lima, 1945.

Teoría general del derecho, Editorial Debate, Madrid, 1991.

“Memoria”, en Revista de Jurisprudencia Peruana, Año XIX, Nº 206, marzo, Lima, 1961.

“El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional”, en Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Eloy Espinoza-Saldaña B., Susana Castañeda O., Edgar Carpio Marcos, Luís Saéñz Dávalos, Jurista Editores, Lima, 2005.

CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Ley Nº 28238, Edición oficial.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERU, Ministerio de Justicia, Lima, Julio 2001.

CONSTITUCIONES POLITICAS DEL PERU 1822 – 1979, Cámara de Diputados, Lima 1989.

“Garantías constitucionales en la Constitución Peruana de 1993”, en Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

“El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Nº 2, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, julio-diciembre, 2004.

Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales en el Perú. Un balance sobre su desarrollo en el 2004, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2005.

“El tribunal de control de la institucionalidad y de la legalidad, y de los nombramientos judiciales”, en Revista del Foro, N°1, Colegio de Abogados de Lima, 1969.

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Ley N° 27444, Edición oficial.

LEY ORGÁNICA DE GOBIERNOS REGIONALES, Ley N° 27867, Edición oficial.

LEY ORGANICA DE MUNICIPALIDADES, Ley N° 27927, Edición oficial.

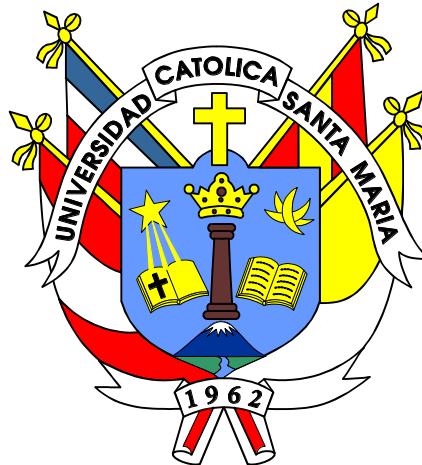
LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Ley N° 28301, Edición oficial.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN, Congreso de la República. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Lima, 2002.

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, obtenido vía Internet.

REGLAMENTO NORMATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Resolución administrativa N° 095-2004-P/TC, edición oficial.

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



Proyecto de Tesis:

**EFICACIA CAUTELAR CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS
MUNICIPALES O REGIONALES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS
PROCESOS CONSTITUCIONALES, JUZGADOS CIVILES DE LA SEDE DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CUSCO 2007.**

Presentado por:

Magt. ADRIÁN ALARCÓN PEDRAZA

CUSCO – PERÚ

2008

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN.

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Eficacia Cautelar constitucional contra actos Administrativos Municipales o Regionales y la Tutela judicial efectiva en los procesos Constitucionales Juzgados Civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco 2007.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

AREA DE CONOCIMIENTO

El problema a investigar se encuentra ubicado en:

Campo	: Ciencias jurídicas
Área	: Derecho Procesal Constitucional
Línea	: Medidas Cautelares
Constitucionales	

1.2.2. ANALISIS DE VARIABLES

- Eficacia Cautelar Constitucional

. Indicadores y sub- indicadores

a). A Nivel Doctrinario

- . En la dogmática jurídica
- . En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

b). A Nivel Normativo.

- . Constitución política del Perú de 1993
- . Código Procesal Constitucional
- . En la Ley 28946

c). A nivel operacional

Procesos constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco en el año 2007.

Procesos cautelares Constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales tramitados en los juzgados civiles de la Sede de la Corte superior de justicia del Cusco en el año 2007.

- Tutela Judicial efectiva

a). Acceso a los órganos de justicia

. Aplicación de la jurisdicción del estado a un caso concreto mediante una sentencia a través de un proceso.

b). Eficacia en el proceso

. Medidas adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución Definitiva.

1.2.3 INTEROGANTES

- a) ¿Existe una justificación objetiva y razonable que sustente el diseño de un procedimiento cautelar constitucional distinto cuando se trata de cuestionar actos Administrativos Municipales y Regionales?
- b) ¿Se puede cautelar el principio de autoridad y evitar los abusos, restringiendo las medidas cautelares, con procedimientos engorrosos que afectan derechos fundamentales?
- c) ¿No hubiera sido más coherente, simplemente establecer la no procedencia de las medidas cautelares en dichos casos?
- c) ¿En los poderes del estado y los organismos constitucionalmente autónomos, por qué, en tales casos, entonces, no se aplican los mismos criterios?
- e) Analizar si la tercera y cuarta parte del artículo 15 del Código Procesal Constitucional garantiza el cumplimiento de la decisión final y además coadyuva al logro de los fines de los procesos constitucionales.

- f) Proponer modificaciones en el texto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

1.2.5. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación ha sido considerada como:

- . Por su finalidad : Aplicada
- . Por el tiempo : Longitudinal o diacrónica
- . Por el nivel de profundización : Descriptivo explicativo
- . Por el ámbito : De campo y documental

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación es:

IMPORTANTE.- Por que del estudio y análisis de la investigación se determinará las causas que originan la ineficacia de las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales. En los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cusco en el año 2007.

UTIL.- Por que nos permitirá determinar los problemas que se viene presentando en la práctica la aplicación de las medidas cautelares Constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales determinado por el Código procesal Constitucional.

ACTUAL.- Por que las medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales son instituciones importantes del nuevo código procesal constitucional, cuyo ámbito de modernización de la tutela de los derechos fundamentales resulta de mayor importancia por que constituye una necesidad que obedece a las expectativas de la sociedad peruana de vivir en condiciones de seguridad y confianza, anhelos que se encuentran íntimamente relacionados con el desarrollo económico, social de la nación.

GENERALIZABLE.- Por que los procesos de tutela cautelar constitucional es uno de los desafíos más importantes para que nuestro país se consolide como una sociedad democrático de derecho constitucional, donde los jueces constitucionales tengan normas y procedimientos ágiles para poder cautelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra cualquier acto violatorio de parte del estado y de particulares.

VERIFICABLE.- Por que el método de investigación científica y los procedimientos metodológicos, que se emplearan en la presente investigación, permitirá la verificación de la hipótesis formulada.

DE DERECHO.- El tema de la eficacia cautelar constitucional contra actos administrativos Municipales y Regionales y la Tutela Judicial Efectiva en los procesos constitucionales tramitados en los juzgados Civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del cosaco, en el año 2007, pertenecen exclusivamente a la ciencia del derecho, al área del derecho procesal constitucional, por ser su regulación exclusivamente normativa, sin excluir las repercusiones sociales que genere las sugerencias que se formularán como consecuencia de la presente investigación.

2. MARCO CONCEPTUAL.

La presente investigación tendrá como estructura conceptual lo siguiente:

a) ACCION Y JURISDICCION CAUTELAR.- La jurisdicción del proceso cautelar es siempre la misma potestad del juez, en el proceso de conocimiento. El juez que conoce el proceso principal, es el mismo que conoce el proceso cautelar, el derecho de pedir medida cautelar, no es diverso del que se debe declarar en el proceso definitivo o del fondo.

La unidad fundamental de la jurisdicción, con la acción cautelar, y con la acción de fondo se desarrollan en el proceso definitivo de cognición o de ejecución

preventiva, como una unidad coherente, esto explica el por qué el juez del proceso cautelar, opera mediante la interpretación, o la administración cuando sea necesaria, del mismo modo en que opera en el proceso definitivo.

b) LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD CONTRA LAS ACTUACIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES.

El código procesal constitucional, en su artículo 15, reconoce dos tipos de medidas cautelares: ordinarios y especiales. Las primeras proceden en todos los casos en los procesos de amparo, Habeas Data, de Cumplimiento; mientras que las segundas proceden solo en caso de que se cuestione un acto lesivo emanado por un gobierno local o Regional. La diferencia con la que se reguló una y otra fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional. Su investigación y análisis se efectuará para determinar si en su regulación y en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se han respetado los parámetros constitucionales que garantizan una adecuada protección de los derechos fundamentales.

c) ANALISIS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

El artículo 15 del Código Procesal constitucional ha previsto que el juez Constitucional adopte medidas cautelares a solicitud del demandante con el objeto de garantizar el cumplimiento de la decisión final y además para coadyuvar al logro de los fines de los procesos constitucionales. De esta manera también se evita que la afectación al derecho involucrado se vuelva irreparable por el paso del tiempo o que la amenaza a éste se concrete.

d) LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO.

Las recientes modificaciones del código procesal constitucional de la ley número 28946, tiene intenciones ambivalentes, por un lado elimina trámites innecesarios para la emisión de las medidas cautelares en el ámbito de la actuación administrativa de los gobiernos regionales y municipales, y por otro

lado genera impedimentos para la eficacia inmediata de las medidas cautelares dictadas contra normas auto aplicativas.

e) LIMITES A LA PARTICIPACIÓN DEL AFECTADO EN EL PROCESO CAUTELAR.

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional establece los lineamientos generales dentro de los cuales se llevará a cabo la concesión de medidas cautelares y la suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, Habeas Data y de Cumplimiento. Sin embargo dicho cuerpo normativo no realiza referencia alguna respecto a la participación del afectado en la medida cautelar. Por lo que se debe determinar la forma de suplir dicha deficiencia.

De la revisión del título preliminar, nos topamos con el artículo IX que establece la aplicación supletoria de otros códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.

f) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El argumento según el cual la finalidad de la norma es cautelar “el principio de autoridad” y evitar los abusos, enfrentado a la necesidad de contar con un instrumento procesal ágil y expeditivo que impida la irreparable afectación de un derecho fundamental, carece de sustento suficiente. Y es que el principio de autoridad no puede permitir la vulneración de derechos fundamentales; y los abusos que se han vulnerado no se resuelven restringiendo la medida cautelar, sino estableciendo una regulación más detallada como la planteada por el código.

g) LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si aceptamos que la medida cautelar debe garantizar el “valor eficacia”, resulta lógico que el diseño de su procedimiento también lo haga. A nuestro juicio con la intervención inocua del Ministerio Público, con posibilidad de solicitar informe oral, traslado a la parte demandada y apelación con efecto suspensivo, no garantiza el valor eficacia en el proceso. Como afirma el Tribunal Constitucional

Español que la “tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Efectuado la búsqueda en las bibliotecas de las Universidades de San Antonio Abad y la Andina de la ciudad del Cusco, Así como la biblioteca del Ilustre Colegio de abogados del Cusco, no se ha encontrado antecedentes sobre trabajo de campo ni estudios de investigación con respecto a la investigación propuesta.

4. OBJETIVOS.

a) Determinar la eficacia Cautelar Constitucional y la tutela judicial efectiva en los procesos constitucionales tramitados en los Juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco en el año 2007.

b) Analizar si la tercera y cuarta parte del artículo 15 del Código Procesal Constitucional garantiza el cumplimiento de la decisión final y además coadyuva al logro de los fines de los procesos constitucionales.

c) Proponer modificaciones en el texto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

5. HIPÓTESIS:

Teniendo en cuenta que:

El procedimiento cautelar constitucional especial contra actos administrativos Municipales y Regionales dispuesto en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional tiene como características:

a) El otorgamiento de audiencia a la parte demandada

b) La intervención del Ministerio Público

c) La posibilidad de solicitar informe oral

d) La concesión de recurso de apelación con efecto suspensivo.

Es probable que:

Estas características defectuosas de la legislación resulte ineficaz para garantizar el cumplimiento de la resolución definitiva y limita la tutela judicial efectiva, en los procesos constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales en los Juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco el año 2007.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variables	Indicadores	Subindicadores	Técnicas	Instrumentos
1. Eficacia Cautelar Constitucional	a) A Nivel Doctrinario	- En la Dogmática Jurídica - En la Jurisprudencia Constitucional	- Observación Documental - Observación Documental	- Ficha Documental - Ficha Documental
	b) A nivel Normativo	- Constitución Política del Estado - Código Procesal Constitucional - Ley N° 28946	- Observación Documental - Observación Documental - Observación Documental	- Ficha Documental - Ficha Documental - Ficha Documental
	C) A nivel Operacional	- Procesos Constitucionales contra actos administrativos municipales y regionales - Procesos cautelares contra actos administrativos municipales y regionales.	- Observación Documental - Observación Documental	- Ficha Documental - Ficha Documental
2. Tutela Judicial Efectiva	a) Acceso a los órganos de justicia.	- Aplicación de la jurisdicción del estado a un caso concreto mediante una sentencia a través de un proceso.	- Observación Documental	- Ficha Documental
	b) Eficacia en el proceso	- Medidas adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución definitiva.	- Observación Documental	- Ficha Documental

3. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

3.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS

3.1.1. Para la variable: “Eficacia Cautelar Constitucional”. Se analizará la dogmática jurídica, las jurisprudencias del Tribunal Constitucional, La Constitución Política del Perú, Código ^Procesal Constitucional y la ley numero 28946.

3.1 2. Para la variable: “Tutela jurisdiccional Efectiva” se efectuará un análisis de los expedientes cautelares constitucionales que se tramitan en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco en el año 2007.

3.2. CAMPOS DE VERIFICACIÓN.

3.2.1. UBICACIÓN ESPACIAL

Los expedientes sobre procesos Constitucionales y de las medidas cautelares constitucionales contra Actos Administrativos Municipales y Regionales.

3.2.2. UBICACIÓN TEMPORAL.

La recolección de la información se efectuará en los expedientes de los procesos constitucionales y cautelares tramitados en el año 2007.

3.2.3. UNIDAD DE ESTUDIO.

Para la investigación documental, las unidades de estudio están constituidas por expedientes judiciales tramitados en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de justicia del Cusco, sobre procesos constitucionales y medidas cautelares constitucionales contra actos administrativos Municipales y Regionales, y al haber sido identificados. El universo objeto de estudio serán la totalidad de los expedientes constitucionales y cautelares tramitados en el año 2007, que cuantificados son de 253 expedientes que no presentan dificultad para ser analizados en su totalidad, por tanto no es necesario recurrir a la muestra.

3.3. MEDIOS

a) Recursos humanos

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y ejecución	1	20.00	150	3,750.00
Colaboradores	2	40.00	90	3,600.00
Digitador	1	10.00	10	100.00
TOTALES	6	70.00	250	7,450.00

b) Recursos materiales, bienes y servicios

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	35.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	1200	120.00
Cartucho tinta de Impresora	02	200.00
Copias Fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	25.00
Uso de Computadora	01	100.00
Movilidad	-----	200.00
TOTAL		710.00

c) Costo total del proyecto y ejecución de investigación

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
- Recursos Humanos.	7,450.00
- Recursos Materiales de Bienes y Serv.	710.00
COSTO TOTAL	8,160.00

1. CRONOGRAMA DE TRABAJO - 2007

TIEMPO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE
ACTIVIDADES						
Preparación de Proyecto	XXXXX					
Aprobación de Proyecto		XXX				
Recolección de información		XXXX	XXXXX	XXXXX		
Análisis y sistematización de datos			XXX	XXXXX	XXXXX	
Conclusiones y Sugerencias					XXXXX	
Preparación del Informe					XX	
Presentación del informe final						XXXX

ANEXOS

1. Fichas de recojo de información

FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TITULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:

FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TITULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACION:

FICHA DE OBSERVACION:

Datos obtenidos de Los expedientes de procesos constitucionales respecto de la eficacia cautelar constitucional en los juzgados civiles de la sede de la Corte Superior de Justicia delusco en el año 2007

Número de Expediente:

Fecha de inicio:

Tipo de delito:

Forma de Conclusión del Proceso:

Estado del proceso:

Fecha de Conclusión del proceso:

Observaciones:

.....

.....

FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA
EXPEDIENTES DE PROCESOS CONSTITUCIONALES

FICHA NRO.....

Fecha.....

I.- DATOS DEL RESPONSABLE:

Nombres y apellidos:

Día:

Hora de inicio:

Hora de término:

FICHA DE OBSERVACION ESTRUCTURADA

1.- Datos del expediente:

Nro del expediente:

ORGANO QUE EMITE LA RESOLUCIÓN:

Juzgado:

Tipo del proceso:

Pretensión:

Demandante:

Demandado:

TIPO DE RESOLUCIÓN

Fundada:

Infundada:

Inadmisible:

Improcedente:

Fecha de la resolución

Fecha de solicitud

Fecha de informe oral

Fecha de Dictamen Fiscal.....

**RECURSOS IMPUGNATIVOS EN LOS PROCESOS CAUTELARES
CONSTITUCIONALES CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS
MUNICIPALERS Y REGIONALES:**

Apelación:

Queja:

BIBLIOGRAFÍA

1. ABAD YUPANQUI, DANOS ORDOÑEZ EGUIGUREN PRAELI, GARCÍA BELAUNDE, MONROY GÁLVEZ Y ORE GUARDIA, Código Procesal Constitucional, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico. Palestra Editores, 2004, p. 95 y ss.
2. ABAD YUPANQUI, Samuel. “El Proceso Constitucional de Amparo”. 1° ed. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2004, Pág. 572.
3. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. p. 86.
4. ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico – Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial”. América Editores – Buenos Aires.
5. ANGELES JOVE, María. Medidas cautelares anónimas en el proceso civil”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela – Caracas.
6. ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el procesos garantista”, ponencia presentada en el Primer Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.
7. ARIANO DEHO, Eugenia. “La sentencia Exp. N° 0023-2005-PI/TC; cuando las garantías procesales valen solo para algunos”..
8. AZULA CAMACHO, Jaime. “Manual del Derecho Procesal Civil Editorial Tecnos S.A. Santa Fe – Bogotá – Colombia.
9. BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española. En: CARBONELI, Miguel (compilador) “El principio de igualdad constitucional”. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003. pp. 114.
10. CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Buenos Aires. 1942.
11. CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Buenos Aires.
12. CALDERON CUADROS. “Las medidas cautelares”, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Editorial Bibliográfico – Buenos Aires.

13. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I, Palestra Editores, Segunda Edición, Lima, 2006, p. 417.
14. PÉREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Tecnos. Madrid, 1993. pp. 20-22.
15. SAMUEL ABAD YUPANQUI. “El Proceso Constitucional de Amparo”, Gaceta Jurídica.
16. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2.
17. STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25.
18. CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituciones del Derecho Procesal Civil”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1940.
19. DE CASTRO, Federico. Derecho Civil, p. 462; citado por GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, Civitas, Madrid, 1986. p. 24.
20. GARCÍA MORILLO, Joaquín. La cláusula general de igualdad. En: AA.VV. “Derecho Constitucional”. Valencia, 1991. p. 144.
21. GONZALES MOLLIN. “Notas acerca del secuestro o embargo preventivo” Revista de Derecho Público y Privado N° 104. Febrero 1997. Pág. 97 Montevideo.
22. GOZONI, Carli. “Titularidad en las Medidas Cautelares”. Barcelona – España. 1995.
23. HERNANDEZ LOZANO, Carlos. “Código Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.
24. HURTADO REYES, Martín, Tutela jurisdiccional diferenciada. Tesis y monografías, N° 11, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 179 y ss.
25. JOVE ANGLÉS, María. “Medidas cautelares innominadas en el Proceso Civil” J.M. Busch Editores S.A. Barcelona.
26. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual del Derecho Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas. Europa – América, Buenos Aires – Argentina.
27. MARTINEZ BOTOS, Raúl. “El proceso cautelar”. Editorial Universidad 1994. Pág. 52 Buenos Aires.
28. MARTINEZ MORÓN, César: “Medidas Cautelares”. PUCP Julio 2006.

29. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, segunda reimposición, Lima, 2005, p. 157.
30. MONROY GÁLVEZ, Juan (2007). Teoría General del Proceso. EN: Biblioteca de Derecho Procesal, N° 6, Palestra Editores, Lima, p. 276.
31. MONROY PALACIOS, Juan José. “Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud menor caución y viceversa”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° VIII, 2005, Palestra Editores, Lima, pp. 237 – 263.
32. MORETTI, Raúl. “Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares”. Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo – Uruguay. Julio – Setiembre 1962.
33. MORETTI, Raúl: “Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares”. Revista Derecho Montevideo Uruguay.
34. ORTELLES RAMOS, Manuel. “La Tutela Cautelar del Derecho Español Granada – 1996 Pág. 29.
35. ORTELLS RAMOS, Manuel. “El Proceso Cautelar Civil (una aproximación a su teoría general)”. En: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 28.
36. ORTELLS RAMOS. “La tutela cautelar del Derecho Español”. Madrid. 1996.
37. PETZOLD-PERNÍA, Hermann. La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. En: “Anuario de Filosofía Jurídico Social”, N° 10, Argentina, 1990. pp. 211-212.
38. PRIORI POSADA, Giovanni, La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental. ARA Editores, Lima, 2006, p. 34.
39. RENGEL ROMBERG, Arístides. “Medidas cautelares innominadas”. En: Moroy Palacios, Juan José (Dir). Revista Peruana de Derecho Procesal, N° IX, 2006, Palestra Editores, Lima, p. 493
40. SORIANO TORRES, Martha. La igualdad constitucional de derechos- Barcelona- España