
MESA REDONDA

Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional*

Mauricio Raffo La Rosa

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima. Director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal - ADEPRO. Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

Anibal Quiroga León

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nelson Ramírez Jiménez

Abogado titulado por la UNFV con estudios de Postgrado en la PUCP y Universidad de Salamanca en España. Socio fundador del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados.

Ernesto Blume Fortini

Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional PUCP. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el Ex Presidente Constitucional de la República Doctor Valentín Paniagua Corazao.

Héctor Lama More

Magistrado de la II Sala Contencioso Administrativa. Profesor de la Universidad de Lima y de la UNMSM.

Jorge Danós Ordoñez

Profesor del curso de Derecho Constitucional Económico en la Maestría de Derecho Constitucional PUCP. Socio del Estudio Benitez, De Las Casas, Forno & Ugaz.

Siendo el proceso una de las maneras como los individuos a lo largo de la historia han venido procurando resolver sus conflictos intersubjetivos y así contribuir a mantener y mejorar la convivencia social, este no se limita a ser solo un mecanismo heterocompositivo, sino que tiene implícitas pautas que lo convierten en un medio justo e idóneo para cumplir la finalidad para la que fue creado.

Y entonces, sólo cuando una sentencia ha sido cumplida por completo, el proceso alcanza eficacia a la que se supone dirigido. Asimismo, como esta meta que se vislumbra muchas veces lejana en un principio, la solución adecuada estriba en anticiparla o por lo menos asegurarla de alguna manera. Es por ello que las Medidas Cautelares, en tanto anticipan provisionalmente la tutela judicial y el aseguramiento de la pretensión, es una institución de gran relevancia para los sujetos procesales.

De esta manera, conscientes de la importancia de esta vital institución la Asociación Civil Derecho y Sociedad ha organizado la mesa redonda «Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional», contando con la distinguida participación de los doctores:

*Héctor Lama More, Nelson Ramírez Jiménez, Mauricio Raffo La Rosa
Jorge Danos Ordoñez, Ernesto Blume Fortini, Anibal Quiroga León*

Una vez mas esperamos que este espacio de dialogo y reflexión contribuya a dilucidar aquellos conceptos que aún no han sido desarrollados en su plenitud y a mejorar los puntos pendientes en la legislación vigente.

1.- Teniendo en cuenta que las medidas cautelares en el proceso civil pueden ser solicitadas por las partes antes de iniciado el proceso de fondo con cargo a que una vez ejecutadas las mismas la demanda principal se interponga dentro del plazo de días; y que en el proceso constitucional se deberán solicitar las medidas cautelares ya estando pendiente el proceso o por lo menos ya

presentada la demanda. ¿Cuáles consideran que son las razones y límites a la posibilidad de solicitar las medidas cautelares en uno u otro proceso de las formas antes mencionadas?

N. RAMÍREZ: Ante todo muchas gracias por la convocatoria. Es de singular interés hablar de un tema que particularmente genera enorme controversia, y es

* La Mesa Redonda fue realizada el 13 de Octubre del 2005.

curioso porque el proceso cautelar en sí es un instrumento importante, muy importante para la tutela judicial efectiva, y siendo una institución noble, su mal uso particularmente en los tiempos actuales pone al Poder Judicial en entredicho constante. Véase sino los avisos publicitarios a página entera que entidades, personas naturales o jurídicas, afectadas con medidas cautelares arbitrarias, denuncian para llamar la atención del contexto social. Cuando nosotros hablamos de buena fe en el proceso, cuando hablamos de lealtad en el proceso, siempre estamos pensando en la conducta de las partes en litigio, del Derecho Subjetivo que se pretende ver protegido a través del proceso. Pero cuando hablamos de una medida cautelar abusiva o arbitraria, hay un personaje que hace la gran diferencia: el Juez que la otorga; Juez que además tiene frente a sí un poder discrecional muy grande, especialmente en lo que atañe a la fijación de la contracautela, pudiéndola dosificar o precisar, incluso aceptar la simple caución juratoria, que es a mi modo de ver el cáncer de esta institución: la simple discrecionalidad para aceptar caución juratoria es grave. Comúnmente, las medidas cautelares arbitrarias están otorgadas con cauciones juratorias. Dentro de esta problemática, se engarza además una experiencia singular con las medidas cautelares fuera del proceso, con lo cual ingreso al meollo de la pregunta. Precisamente, para que se den cuenta ustedes cómo están «progresando» estas conductas inquietantes, veamos las conclusiones de unos talleres de análisis que organizó recientemente la OCMA sobre la corrupción judicial. La principal conclusión a mi modo de ver es respecto a la corrupción en los juzgados de primera instancia, pues se reconoce que cuentan con una libertad y poder excesivos para dictar medidas cautelares fuera del proceso, lo que permite un tráfico intenso de influencias y mala praxis; es la modalidad más difundida de corrupción judicial. Efectivamente, muchas de esas medidas son concedidas con un criterio francamente arbitrario por no decir delincuencia, lo cual amerita su pronta revisión. Por otro lado, en cuanto al proceso constitucional respecta, encontramos que de su texto pareciera estar vedada la posibilidad de concederse medidas cautelares fuera del proceso, pues debe haber una demanda presentada para intentar obtenerla. Yo creería que no hay diferencia conceptual entre una y otra regulación. La diferencia procedimental se basa, evidentemente, en la naturaleza de los derechos sujetos a protección. Distinto es un proceso civil común, donde podemos estar discutiendo temas patrimoniales, de un proceso constitucional, donde la afectación está vinculada a los Derechos del hombre, donde la tésis normativa, por respeto a Tratados Internacionales, es una protección inmediata, directa, de la libertad del ser

humano. En consecuencia, si éstas son las premisas, y creyendo que la opción del legislador ha sido pensada, meditada, para hacer las diferencias y que no se trata simple y llanamente de una lectura exegética, literal, de los textos normativos, debiéramos entender que en el proceso constitucional es incompatible, estando a la urgencia de la tutela constitucional, admitir una medida fuera del proceso y esperar diez días para que se interponga una demanda cuando lo principal viene a ser un reclamo de tutela inmediata por la afectación de un derecho constitucional. El código procesal constitucional ha tomado otras medidas que indican que efectivamente de lo que se trata, es de preservar el núcleo de los derechos fundamentales. No olvidemos además, que el Perú es uno de los primeros países en el área donde tenemos un código procesal constitucional, que regula los procesos de la libertad de manera independiente de los procesos comunes, desapareciendo la supletoriedad normativa del código procesal civil vigente, que deja de tener trascendencia a estos efectos. Volviendo a la problemática de la medida cautelar, creería que también debiéramos limitar las medidas fuera del proceso en los procesos civiles; la tendencia debiera ser admitirlos en aquellos procesos en los que de alguna manera es difícil exigir una demanda inmediata con una medida cautelar ex – post. Pienso por ejemplo en los procesos de conocimiento, donde en definitiva por la envergadura del proceso, por la naturaleza de la prueba postulable, es difícil tener configurada una demanda para luego recién pedir la medida cautelar, en tales casos creería se justifica la posibilidad de una medida fuera del proceso. Pero en los demás procesos civiles, especialmente en los sumarísimos, al igual que en los procesos constitucionales, por la urgencia o brevedad, no tiene sentido autorizar la existencia de medidas cautelares fuera del proceso. En consecuencia contestando concretamente la pregunta ¿Cuáles considera que son las razones y límites a la posibilidad de solicitar las medidas cautelares en uno u otro proceso de las formas antes mencionadas? Diría concretamente que son razones esencialmente de tésis, apreciando cuáles son las finalidades que buscan cada uno de esos procesos; no hay otras razones.

E. BLUME: En primer lugar, quisiera agradecer, en forma muy especial, la cordial invitación que me han formulado los miembros de la Asociación Civil Derecho & Sociedad para participar en este importante evento académico sobre el interesante tema de las «Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional», compartiendo algunas reflexiones con tan distinguidos colegas, académicos y dilectos amigos,



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

como los que me acompañan en esta mesa; y, a la vez, expresar mi complacencia por encontrarme, nuevamente, en mi alma mater, la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde tuve el privilegio de cursar mis estudios en su Facultad de Letras, en su Facultad de Derecho y en su Escuela de Graduados, a la cual vuelvo siempre con mucho cariño, ya que mi actividad académica docente habitual la realizo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, donde enseño hace nada menos que 28 años.

En segundo término, refiriéndome concretamente a la pregunta formulada y, en el marco de la misma, a su enfoque procesal constitucional, considero que el tema se plantea en el sentido de determinar si, a la luz del Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, del novísimo Código Procesal Constitucional, resulta adecuado que en los procesos constitucionales de cautela y defensa de los derechos fundamentales, llámense de amparo, de hábeas data o de cumplimiento, se exija para solicitar medida cautelar la instauración previa del proceso. Esto es, el haber interpuesto la demanda en el cuaderno principal, promoviendo el respectivo proceso constitucional.

Al respecto, el planteo resulta pertinente, ya que como bien lo ha adelantado el doctor Nelson Ramírez, en lo atinente a las medidas cautelares, a diferencia de los procesos constitucionales en mención, en el ámbito procesal civil existen básicamente dos figuras: la medida cautelar antes del proceso y la medida cautelar post proceso, según aquella se solicite previamente al inicio de un proceso o después de instaurado éste; ello, sin considerar la medida cautelar autónoma. En efecto, en el ámbito del proceso constitucional, no se admiten estas dos posibilidades, toda vez que, necesariamente, debe haberse instaurado el proceso, como requisito previo para solicitar una medida cautelar, lo cual pareciera un tanto ilógico, porque en el campo del Derecho Procesal Constitucional lo que está en juego son los derechos fundamentales de la persona, cuya jerarquía e importancia resultan indiscutibles. Es decir, el bien jurídico protegido es un derecho de carácter fundamental que viene siendo amenazado o violado, por acción o por omisión, frente a lo cual se promueve el proceso constitucional para lograr el cese de esa amenaza o el cese de la violación y la reinstauración del pleno ejercicio del derecho constitucional afectado.

En tal sentido, enfatizo, pareciera hasta cierto punto ilógico en una primera aproximación al tema, que, versando los procesos constitucionales sobre controversias de mayor urgencia y requerimiento de

atención que las netamente civiles o atinentes a derechos de naturaleza infraconstitucional, dada la importancia y trascendencia de los derechos que atienden –derechos humanos, fundamentales o constitucionales, se exija la presentación previa de la demanda.

Al respecto, en la línea de un primer acercamiento a tal aparente contradicción, debo precisar que no participo del criterio que la misma exista, por cuanto conceptúo que el tratamiento diferenciado entre la medida cautelar en el proceso civil y la medida cautelar en el proceso constitucional en cuanto a la oportunidad de su solicitud –pre o post proceso- corresponde, en esencia, a una opción del legislador, que bien pudo optar, valga la redundancia, por una u otra fórmula. Ambas legítimas a mi juicio.

Sin embargo, escudriñando en la problemática que nos ocupa y tomando en consideración la doctrina y la jurisprudencia, que apuntan al carácter especialísimo del proceso constitucional de defensa, rescate y guardianía de los derechos fundamentales, que como bien sabemos es un proceso sui generis y atípico, de atención urgente e inmediata por el órgano jurisdiccional competente y, por lo tanto impregnado de una hiperceleridad, conceptúo que no parece necesario admitir la medida cautelar antes de la interposición de la demanda, ya que ello no tendría mayor sentido, desde que, como repito, estamos frente a un proceso breve y de atención pronta por la autoridad competente; por lo menos en su tratamiento constitucional y legal.

En esa dirección, desde mi punto de vista, por razones de carácter sustantivo, léase derechos constitucionales en juego, y por razones de carácter adjetivo o procesal, léase procedimiento rápido y eficaz para obtener una respuesta jurisdiccional pronta, no sería necesario consagrar la posibilidad para el justiciable de solicitar medida cautelar antes de la instauración del proceso constitucional, vía la interposición de la respectiva demanda. Empero, hago especial hincapié que el asunto corresponde a una legítima opción del legislador.

Ahora bien, lo que si me parece absolutamente pertinente y procedente es que, una vez instaurado el proceso constitucional, se otorgue al demandante la posibilidad de solicitar una medida cautelar ante el juez que viene conociendo de la causa, como está consagrado en la normativa actualmente vigente. Al respecto, no olvidemos, siguiendo la línea trazada por el maestro Calamandrei, que han recogido los autores del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional

en un documento elaborado bajo el rótulo de Estudio Introductorio, que se ha publicado en varios libros, como, digamos, un preámbulo a los comentarios y al texto mismo del Código Procesal Constitucional, que cuando hablamos de la medida cautelar específicamente en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional estamos frente a un proceso de tutela de los derechos constitucionales, de carácter urgentísimo, y, por lo tanto, en el que cabe la medida cautelar sin el requisito de la contracautela, que es propio del ámbito procesal civil, como se va a tratar con mayor detalle en el desarrollo de esta Mesa Redonda.

En consecuencia, resumo mi respuesta en los siguientes términos: si bien estamos frente a una legítima opción del legislador, a la luz de la naturaleza de los derechos que se controvierten y de la especificidad y caracterología propia de los procesos constitucionales, no resulta necesario recurrir previamente a una medida cautelar; por lo que coincido con el legislador en el sentido que la medida cautelar se solicite instaurado el proceso constitucional, sin excluir la posibilidad que se abra una alternativa distinta a futuro.

2.- El Artículo 637° del Código Procesal Civil establece que la petición cautelar será concedida y rechazada sin conocimiento de la parte afectada; asimismo, el artículo 15° del Código Procesal Constitucional señala que las medidas cautelares se dictarán sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo será concedida sin efecto suspensivo. En base a ello, algunos afirman que dicho tratamiento viola el Principio de Contradicción en el proceso. Al respecto, ¿Consideran ustedes que bajo este mecanismo se configura tal violación o quizá debería existir un tratamiento diferenciado, como por ejemplo, reservarse sólo para las medidas conservativas como el embargo y la anotación de la demanda?

H. LAMA: Buenas noches, quiero agradecer a los organizadores de este evento por haber tenido la amabilidad de invitarme a compartir esta mesa de debates o mesa redonda, preocupaciones sobre temas de palpitante actualidad, medidas cautelares en el proceso civil y proceso constitucional. La pregunta tiene que ver, me parece, como se comentaba hace un momento las opciones que el legislador tiene respecto del proceso. Si hacemos una breve referencia histórica, en nuestro país, hasta el año 93, julio del 93, estuvo vigente una norma procesal que permaneció así durante casi 80 años, esa norma privilegiaba la preminencia de las partes en la intervención en el proceso y limitaba

extraordinariamente la presencia del juez en el curso del proceso y la reservaba para que, finalmente cuando estaba para resolver una controversia, expida su fallo y ahí obviamente evaluar todo lo que se había producido a lo largo del propio trámite procesal y por supuesto tenía que evaluar durante la secuela del proceso la conducta de las partes, vigilar que la secuencia del trámite procedimental se ha llevado correctamente según las reglas que se establecían ahí en esa norma. La opción que se tenía respecto al proceso en esa oportunidad no era la de la presencia del juez de manera activa en el proceso sino la de juez observador, del juez distante a la secuencia del proceso, no solamente en su intervención probatoria sino incluso en su intermediación, es decir, en su presencia permanente durante el proceso. Es una opción que creo yo, comentábamos hace un momento, tiene un contenido ideológico, en el sentido de que opta por una pose liberal o liberalista del proceso mismo. Esta corriente, digamos, que se produjo durante el siglo que ha pasado había sido ya superada muchos años antes que cesara en la vigencia este código que acabo de comentar, ya el Código de Procedimientos Civiles Peruano era obsoleto por supuesto y estuvo considerado como obsoleto 30 años de su vigencia, de los 80, 30 años ya era considerado superado por otras disposiciones contemporáneas. Hago alusión a esta norma porque en materia cautelar, por ejemplo, en aquella oportunidad sólo se concedían como uso cotidiano dos medidas cautelares el embargo y anotación de la demanda. También se estableció de manera implícita la posibilidad de que junto con la demanda se solicite, en los casos de impugnación de resoluciones administrativas que se tramitaban en proceso ordinario, la suspensión del acto administrativo que estaba siendo objeto de impugnación y salía junto, el mandato salía junto con el acto admisorio, se admitía la demanda y en un otrosí de la demanda se solicitaba la suspensión del acto administrativo impugnado y junto con el acto admisorio se dictaba la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo. No habían instituciones más desarrolladas en materia cautelar que las que acabo de mencionar, excepcionalmente es posible que en alguna oportunidad se hayan dictado unas medidas distintas, no hay, digamos, una difusión mayor en la jurisprudencia conocida sobre medidas cautelares distintas de las que acabo de mencionar. El nuevo código tiene una opción distinta, me parece a mi, una opción ideológica incluso diferente, apuesta a la participación del juez, le proporciona al juez una mayor intervención en el proceso, sostiene y privilegia la necesidad de que el juez sea un elemento activo de nuestro proceso, imprime las facultades de presencia permanente del juez, de la vigilancia constante de los



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

requisitos para que el proceso sea válido, desde que empieza el proceso hasta que termina. Esta presencia mayor del juez en el proceso es una opción distinta a la que había antes, en esta se le otorga mayores poderes al juez, es un régimen procesal que se conoce en la doctrina como publicístico, es decir la oficialidad, en este caso el Estado representado por el juez tiene una intervención decisiva en el proceso. Por supuesto que el proceso civil actual por más publicístico o por más ingrediente publicístico que se haya introducido siempre permanece en gran medida en los elementos privatísticos se vienen digamos heredando de la escuela anterior y además que eso es sano y positivo, por lo menos en nuestra época, en el sentido que por ejemplo no hay un proceso que se pueda iniciar *de oficio* por el juez sino que ésta debe de iniciarse a instancia de parte, también por supuesto que la controversia tiene que ser fijada por las partes, el juez no puede pronunciarse sobre temas que no han sido alegados, sobre hechos que no han sido invocados, o sobre pretensiones que no han sido puestas a su conocimiento a través de la demanda o de la contestación a la misma o de las reconveniones que se puedan formular. Estas referencias que la ley mantiene como subsistentes hacia las partes y que hacen que el proceso sea de connotación mixta nos da a nosotros la idea de que cosa puede pasar en el proceso cautelar. Cuando se le otorga la capacidad al juez de que él dicte la medida cautelar *in audita parte*, en sentido que al sólo pedido de la parte interesada que tiene una pretensión que quiere asegurar, pueda dictar ese pedido cautelar se está en ese lógica considerando que el juez con suficiente información proporcionada por esta parte puede apreciar que en el caso que esta parte triunfe o tenga éxito, en la eventualidad de una estimación de la medida si es que no se toma la medida urgente esta pretensión triunfadora al final podría resultarse dilutoria. Esta apreciación del juez que se le viene presentada por el demandante o por quien tenga una pretensión que quiera asegurar le permite a él adoptar esta decisión. ¿Por qué digamos, en mi opinión personal, creo yo no se viola el principio de contradicción? Porque la decisión que adopta el juez no es una decisión definitiva es una decisión provisoria, es una decisión sujeta, precisamente, al convencimiento que él tenga de la prueba que le hayan aportado las partes, obviamente que en una primera oportunidad la parte interesada en este caso en la medida cautelar proporcionará los elementos que a su derecho favorezcan para convencer al juez de la apariencia de su derecho, por supuesto que él va a hablar en términos de certeza, el demandante hablará en la convicción de que su derecho le asiste, lo que solamente requiere el juez para atender esta medida

cautelar es advertir la posibilidad. La apariencia del derecho es uno de los elementos básicos para que el juez pueda atender esta medida cautelar y si sólo se considera que la apariencia del derecho es el elemento que le va a permitir, aparte por supuesto del peligro y la demora porque el tiempo es un elemento importante en el proceso, muchas veces el tiempo puede ser el elemento desencadenante de una frustración total o del éxito completo de las pretensiones puestas en debate, el juez en este caso se persuade de los elementos que le proporciona el demandante o la parte interesada con la medida cautelar y sólo con esa apreciación dicta su proveído excepcional. Podría ser que el demandante en la prueba que aporte no sea del todo verdadera o que no sea coherente con los hechos o que no responda a lo que el propio demandante está proponiendo como derecho invocado. Si esto llegara a descubrirse con posterioridad, con información proporcionada por la otra parte, obviamente que el juez podría variar la medida cautelar o dejarla sin efecto, en el instante en que se persuade de que la información proporcionada por el demandante con relación a su derecho no era tal. En el caso del proceso civil obviamente normalmente patrimonial, el juez no podría, digamos, dictar una la medida cautelar bajo la posibilidad de que la información proporcionada por el demandante, por el peticionario, no sea verdadera o no sea coherente con el derecho que él invoca; en cuyo caso, se encuentra un tercer elemento que si bien no es un presupuesto, pero si un elemento importante, le puede permitir resarcir cualquier daño que pudiera causar a la parte afectada a la medida cautelar, en este caso, la contracautela. Es cierto, la contracautela que prevé nuestro código es caución juratoria o llamada contracautela de naturaleza personal o la de naturaleza real. Creo que la famosa caución juratoria, que es un juramento a efectos de comprometerse a resarcir por los daños que pudiera causar su medida cautelar. No tiene, digamos sentido, de su existencia por la misma razón que aún sin contracautela de esa naturaleza, si causa daño inevitablemente va a tener que indemnizar, es decir, la obligación de la indemnización por los daños causados se va a producir independientemente de que él haya jurado resarcir los daños. Y aún cuando el monto que él pueda haber ofrecido como contracautela tampoco va a poner límites si los daños resultan ser mayores.

El juez tiene que tener cuidado y al dictar una medida cautelar ante la eventualidad de que su medida cautelar solicitada por el interesado cause daño a otro porque la información proporcionada no era veraz, puede ser la contracautela efectiva, eficaz, personal,

fianza bancaria o real, digamos gravámenes que viene del demandante o del tercero, que afiancen, digamos en este caso, al peticionante.

La contracautela es el elemento de contrapeso ante la eventualidad de que la información no sea válida.

En todo yo creo que la opción del legislador para proporcionarle esa potestad al juez de dictar la medida cautelar in audita parte me parece a mí, en este caso positiva y constituye un avance del decurso de la evolución que en este caso tiene el proceso en nuestro país. No creo que deba sólo reservarse para las medidas conservativas como el embargo o anotación de demanda como se formula en la pregunta, creo que no hay violación al derecho de contradicción porque el derecho de contradicción va a permanecer inalterable en el proceso principal. Finalmente quiero dejar establecido que en materia de medida cautelar si es que el interesado pretende una medida cautelar específica y el juez considera que la medida cautelar no es la que corresponde dictarse en la forma como está solicitada él puede adecuar la medida cautelar a la que considere coherente con el derecho que está siendo objeto de debate. La discrecionalidad que el juez tiene ahí, en este caso, debe jugar siempre con el principio de razonabilidad, es decir, la imaginación que pueda tener el demandante, la prudencia del juez y la razonabilidad de la medida cautelar puede ser el «kid» del asunto para que no se produzca daños irreparables o irreversibles como consecuencia de la medida cautelar.

N. RAMÍREZ: Con cargo a esta inquietud, hay algunas cosas que quisiera yo expresar. Evidentemente, suspender el contradictorio de la cautelar tiene una explicación vinculada a su eficacia. Si toda medida se concediera previo traslado y que sé yo, es un poco llevar al proceso cautelar toda la problemática de la demora judicial que se presenta en el principal. Y hablar de contradictorio no sólo se limita a decir: «lo debo a Ud. escuchar antes de dar una medida cautelar que lo afecte», porque al escucharlo es probable que el afectado también postule pruebas, ¿y dónde se va a detener el contradictorio?. Al final, vamos a trasladar al proceso cautelar toda la problemática del principal, con lo cual se desnaturaliza su urgencia. Sin embargo creo importante distinguir dos cuestiones: Precisamente porque hay conciencia del peligro de dictar una medida cautelar inaudita parte, se estructura la institución de la contracautela. La contracautela está al servicio precisamente, de mantener la igualdad entre las partes. La idea es: «Si bien, a ti ciudadano no te escucho y

concedo una medida contra ti, te garantizo con la contracautela que estoy exigiendo, que los posibles daños que ello te genere, te serán resarcidos». Esa garantía, sin embargo, desaparece cuando la medida se concede con «caución juratoria». Yo propongo, al respecto, evaluar esta posible variación: Si un juez está dispuesto a dar una medida cautelar exigiendo sólo caución juratoria, creería que en esa hipótesis sólo pueda concederla previo traslado al afectado, porque evidentemente la posibilidad del daño es muy alta, y la posibilidad de resarcimiento oportuno y cabal es casi cero; se habría quebrantado de manera manifiesta la igualdad de las partes. Finalmente, el tema del papel del juez no debe quedar de lado. En el código procesal civil abrogado, el papel del juez, que alguna vez el Dr. César Mansilla Novella graficaba como el juez de las «Tres T», esto es, un juez que a lo largo de toda la secuencia del proceso se limitaba más o menos a proveer los consabidos «Téngase presente», «Traslado», «Tráigase para sentenciar».

El juez proactivo del proceso moderno, evidentemente, tiene una actitud totalmente distinta. Pero en esa misma línea, a la vez que se le da mayor libertad y discrecionalidad, se le exige también prudencia, y creo yo que en toda la problemática del proceso cautelar está presente la imprudencia, especialmente manifestada en la discrecionalidad del manejo de las vejatorias contracautelas juratorias, que, reiteramos, es una afectación a la igualdad en el proceso. Entonces digo, y concluyo a propósito de la pregunta, ¿Consideran ustedes que bajo este mecanismo se configura tal violación? Yo creería que se configura la violación cuando la igualdad que la contracautela pretende, se desnaturaliza con la admisión de cauciones juratorias totalmente desaprensivas. Nada más.

A. QUIROGA: Buenas noches. Muchas gracias por la amable invitación. Yo tendría algunos matices respecto de lo que se acaba de señalar. En primer lugar, la pregunta básica sería ¿De dónde surgen las medidas cautelares, por qué surgen las medidas cautelares? En segundo lugar, debe determinarse si es posible asimilar el concepto del proceso cautelar a la suspensión del acto reclamando en materia constitucional. Y, en tercer lugar, la diferencia del tratamiento legal de las medidas cautelares con «las providencias» cautelares que surgen en el derecho romano para contrarrestar o aminorar uno de los efectos que el proceso tiene y que es inevitable, que es el factor tiempo. El proceso, además de una serie de cosas, insume un tiempo inevitable y esto de alguna manera es lo que hasta ahora no se ha podido afrontar de modo adecuado en la teoría del proceso.



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

Es decir, no hemos inventado una fórmula procesal que haga que el proceso termine de tal manera que no tenga una duración determinada en el tiempo.

Obviamente, antes duraban más tiempo, quince años, diez años o bien duraban menos, 2 años, en promedio, pero sigue siendo un tiempo demasiado largo para el tiempo social de hoy. En Alemania, por ejemplo, un proceso judicial ordinario en primera instancia acaba en 4 meses, y eso nos parece a nosotros extraordinario: cuatro meses, parece algo espectacular.

Sin embargo, los alemanes se quejan de restar la administración de justicia porque 4 meses es demasiado tiempo para el tipo de sociedades que tienen. En consecuencia un tema que hasta ahora no se ha podido evitar es la demora en proceso ¿por qué? Porque entre otras cosas el proceso reproduce hechos del pasado que necesariamente tiene que presentarse y reproducirse ante el juez una realidad que no conoce, y en esta reproducción de hechos siempre se toma en cuenta. En un ejemplo muy simple que podrá graficar esto: si uno tuviera que describir lo que pasa en este ambiente en los últimos treinta segundos utilizaría por lo menos cinco folios, si tenemos a 3 minutos por folio me tomaría 15 minutos describir lo que ha pasado en la realidad en 30 segundos. Eso es un poco el drama del proceso.

Entonces, para poder contrarrestar el inevitable costo que el proceso tiene en el uso del tiempo, surgieron las providencias cautelares para que el juez, haciendo un acto de prejulgamiento que la ley permite, adelantando un criterio porque, la ley se lo permite por excepción, adelanta en todo en parte el sentido de su fallo con cargo a que esta providencia sea similar al fallo final.

Cuando esta providencia es similar al fallo final el derecho se alega y todos aplaudimos. El problema surge cuando esta providencia provisional, (si ustedes me permiten la redundancia) es discrepante con el fallo final porque significa que el juez se ha equivocado y significa que alguien ha sido dañado. ¿Cómo hacer para que esta providencia provisional sea eficaz? Bueno hay una serie de técnicas y requisitos y hay cosas que se han dicho con las cuales no estoy de acuerdo. Por ejemplo, la ley le exige y la técnica le exige que esta providencia cautelar que es excepcional, que por lo tanto tiene que ser analizado excepcionalmente, el género es proceso sin medida cautelar. La excepción es proceso con medida cautelar. Esta medida que es excepcional tenga que ser concedida primero sobre una base de

verosimilitud, es decir, mientras que en las sentencias se le exige al juez certeza, en la providencia cautelar la ley le exige apariencia de hecho, verosimilitud, presunción, prejulgamiento y una cosa de sentido común, al lado de estos elementos concomitantes el tema del peligro en la demora. No basta que la pretensión sea verosímil, no basta que el juez este convencido que los hechos pasaron como los relata el demandante, sino que además de esto de manera copulativa, de manera conjunta tiene que haber un real peligro en la demora, es decir, tiene que haber una exigencia tal que si el juez no adopte esa decisión por excepción, va a ocurrir un daño mayor que aquel que el proceso quiere proteger, por lo que sobre una base de verosimilitud decide que el proceso tiene que trabajar de tal manera que no haga que el medio y su mecanismo de solución hagan sucumbir el derecho que quiere proteger. Y finalmente, el otro requisito es la contracautela. Sobre esto se han dicho algunas cosas y yo quisiera referirme a eso al final. La suma de estos 3 conjuntos, le permiten al juez por excepción válidamente prejuzgar y pasar por encima de los derechos «demandados» y conceder en todo una protección al demandante.

¿Qué ocurre en los procesos judiciales? Bueno quien arranca con un proceso en una medida cautelar prácticamente ha ganado el juicio, porque parte con una gran ventaja, por lo tanto la excepción es mucho mayor. En segundo lugar ¿Esto viola el derecho de defensa del demandado? No, la ley permite en algunos casos constreñir. Capelletti hablaba de la «relativización del contradictorio», constreñir el contradictorio por la alegación de un derecho mayor, y en este caso es preservar un derecho que no se pierde, esto supone una ventaja para el demandante, que se justifica en que supone que la verosimilitud y el peligro en la demora justifican esta ventaja temporal. ¿Y esto desequilibra el proceso?, sin duda alguna que lo desequilibra. Y acá quisiera contarles un anécdota de cómo se manejan las medidas cautelares. Una cosa que no está acá en las preguntas es que las providencias cautelares son solo apelables sin que afecten la eficacia de las medidas cautelares. La medida tiene vigencia cuando sea apelada hasta que la corte la modifique, en consecuencia se expide ad revocationis y no ad referendum, sino que además se dice en el código que no se concede audiencia a la parte contraria y que la apelación no se va admitir si es que la medida no está bien ejecutada. Después, no concede revisión de la medida cautelar hasta que su proyecto cautelar no sea totalmente ejecutable. En un juicio verdadero de una compañía minera, la compañía litigó durante dos años y por supuesto inició el proceso

con una medida cautelar en contra, que transfería acciones, eliminaba libros, emitía acciones, en fin transformaba a todo el mundo el derecho de las pretensiones con la sola demanda y por supuesto la caución juratoria. ¿Uds. saben en que momento se concedió la apelación a esa medida cautelar? Respuesta: Nunca. Nunca se concedió la medida cautelar. Porque cada vez que el demandado quiso apelar el juez siempre le prohibió de la siguiente manera: «No habiéndose terminar de ejecutar la medida cautelar, no ha lugar por ahora». El tema llegó hasta la corte suprema, regresó, el juicio se estancó. Finalmente las partes transigieron y el juez jamás concedió la medida cautelar. ¿Por qué? porque hace una lectura abusiva de esta cláusula, no habiendo terminado yo de ejecutar la medida cautelar no le concedo apelación y jamás la corte suprema pudo revisar esta decisión.

Eso por supuesto es un ejemplo de lo que pasa en la realidad; qué pasa entonces en el Proceso Constitucional. En primer lugar es un muy grande error de concepto transferir los conceptos de la medida cautelar a los procesos constitucionales. Lo que ocurre es que se cree que siempre las medidas cautelares están pensadas en términos patrimoniales, en tanto que los procesos constitucionales versan sobre derechos fundamentales. Ahí hay un tema de partida distinta. En segundo lugar, lo que no se ha dicho y lo que se conoce menos es que la naturaleza jurídica de un proceso constitucional es una medida cautelar. El amparo, el hábeas data, la acción de cumplimiento son una realidad procesos cautelares constitucionalizados. Varias pruebas: en primer lugar hay solamente tres tipos de procesos, el de conocimiento, el cautelar, y el de ejecución, no hay más. En el derecho occidental no se ha creado más tipos de procesos ¿cuál de esos tres es el proceso de amparo? ¿Es un proceso de conocimiento? No porque el juez no puede restringir los derechos fundamentales, el juez no puede crear un derecho fundamental, el juez está subordinado. En tanto que el juez está a la misma parte de la ley que puede generar un derecho, extinguir un derecho, modificar un derecho, hacer de todo un derecho, puede convertir a quien es padre en no padre, bien puede convertir a un hijo en un padre que es quitarle una herencia, puede transferir una propiedad, puede cambiar la propiedad, puede anular un contrato, puede generar un contrato, el juez esta al mismo lado de la ley, el juez no puede generar un derecho constitucional, el juez no puede restringir un derecho constitucional, o sea, hay libertad de opinión pero para usted no, el juez no puede crear un derecho constitucional, el juez esta subordinado. Y por eso mismo el proceso de amparo se dice otra cosa que no

hay etapa probatoria porque no es un proceso de conocimiento, tampoco es un proceso de ejecución, es un proceso cautelar constitucionalizado, y la prueba esta en que yo les invitaría a ustedes en que revisen en que parte del proceso de habeas hábeas existe la medida cautelar. No existe la medida cautelar porque el propio proceso es la medida cautelar, es tan rápido y tan eficaz que no requiere ninguna cautela, por lo tanto no hay un costo en el tiempo. Pero cuando uno traslada matemáticamente, aritméticamente, tozudamente, las categorías del proceso civil al proceso constitucional, incurre en este tipo de yerros.

Entonces, ¿qué pasa? cuando alguna vez la Ley N° 25011 estableció el gravamen, el traslado a la parte contraria por el término de 24 horas para que el juez tuviera mayor audiencia de verosimilitud y supiera de que pasaba, se dijo que esta luz estaba hecha por ignorantes, por apristas, que básicamente es lo mismo, para quien criticaba esto o que se desconocían existencias básicas del proceso judicial. Sin embargo, lo que nunca se quiso reconocer es que el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español dice eso, y lo dice desde 1980, el amparo en España se remite directamente ante el tribunal constitucional ¿Y que cosa dice? Presentada la suspensión del acto reclamado, se corre traslado a la autoridad afectante, y si el Tribunal Constitucional español, que no es poca cosa, así lo juzga pide dictamen fiscal y solo después de eso concede o no, no una medida cautelar sino la suspensión del acto reclamado, es decir saber si protege o no protege por adelantado un derecho fundamental. Pero cuando uno trata el amparo como si tratara un embargo, entonces incurriría en este tipo de yerros, es decir, si hemos de exigir contracautelar o un contracautela «en materia del proceso civil no existe contracautela aunque la ley lo diga ¿quién ha presentado una contracautela distinta a una caución juratoria? Nadie ¿Qué es una caución juratoria? La caución juratoria ni dice nada ni hace nada diferente; porque el solo hecho de que yo pido una medida cautelar me vinculan a la responsabilidad que esta puede generar ¿qué cosa es una contracautela? Es decir señor juez, juro que si causo un daño lo voy a indemnizar. Sin hacer eso, el código civil establece el artículo 1989° que eso va ocurrir si yo causo un daño, por lo tanto es un saludo a la bandera y es parte de un cliché que se repite permanentemente, el que diga lo contrario es un ignorante, ¿no es cierto? y sin embargo no sirve para nada, ¿una responsabilidad civil contra una medida cautelar que se ha dictado impropriamente? Jamás. No claro, la luz va a responder. Tienen responsabilidad civil ¿Cuándo se ha hecho valer esta responsabilidad civil?



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

No he visto jamás un proceso de responsabilidad civil por una medida cautelar mal planteada o mal concebida, y ustedes no lo van a ver tampoco, pero se repite lo mismo. Entonces la pregunta es la siguiente ¿Por qué tratar al proceso constitucional como si fuese un proceso civil? Cuando uno dice: Mire, si usted le concede un traslado por 24 horas a la parte afectante, lo único que hace es que el juez tenga mayores elementos de verosimilitud y va a poder saber si es que concede o no concede la medida cautelar con mayor o menor certeza.

Respuesta, no señor. De esta manera, vamos a permitir que el agravio se haga de lo que se fundamente y lo único que vas hacer es que el daño se haga más irreparable. La Ley 25011 tuvo casi once años de vigencia. Nunca jamás paso eso siempre se ha hecho lo mismo. No. No traslado al afectante porque entonces va ser mas profunda la violación constitucional, y en la realidad paso exactamente lo contrario. Yo nunca he visto que de hecho por 24 horas se ha trasladado el tema, se le haya hecho que el derecho haya sido irreparable, entonces yo creo que habría que poner algunas en su sitio conceptual y poder saber de que se trata esto. En primer lugar, para concluir esta parte, no se puede tratar al proceso constitucional como si fuese un tema civil. En segundo lugar, no necesariamente toda la teoría de la medida cautelar se aplica al proceso constitucional, porque en el proceso constitucional no se habla de medidas cautelares, se habla suspensión del acto.

Resumiendo, el acto reclamado en el proceso constitucional de amparo es muy diferente, teniendo una base común, que el proceso de provisión cautelar. Y los hechos que sustentan un acto reclamado suponen siempre una violación a un derecho fundamental, lo que hace un tema distinto.

Y en tercer lugar: la regulación procesal de la medida cautelar o de una suspensión del acto, reclamando en el proceso constitucional puede tener una variable distinta, y de hecho así ha pasado al final ¿qué cosa ha hecho el congreso? Ha protegidos las regiones y a los municipios, las medidas se conceden sin audiencia a la otra parte y con apelación que no suspende la eficacia, excepto cuando se hacen contra los municipios y las regiones. ¿Por qué? Porque el señor Amprimo lo puso así en el Congreso porque así le convenía, por lo que desde entonces hay dos tratamientos de las medidas cautelares, ¿no es cierto? Yo creo que sería cuestión de uniformizar eso, pero para hacerlo tendría que haber una suerte de sinceramiento conceptual. No es un tema de ignorantes o de burros

conceder traslado en este tema, no es un tema que veces el juez suspenda la eficacia de la medida cautelar porque es mas el daño que causa que el beneficio que trae, y no es un tema similar las medidas cautelares civiles al proceso constitucional pero cuando se analogiza esta manera se tiende a perder el centro del estudio que es como se protege de manera adecuada los derechos fundamentales de una persona que eso trata los procesos constitucionales. Los procesos civiles tratan de las pretensiones civiles, de las pretensiones son derechos disponibles. Los procesos constitucionales tratan acerca de los derechos fundamentales. Un proceso constitucional puede tener salvando la vida de una persona. Una oportuna intervención de un juez constitucional puede hacer que una persona deje de perder la vida o deje de ser torturada. Eso no tiene nada que ver en un embargo, ni tiene que ver con la anotación preventiva de una demanda en el registro público.

3.- **Respecto de la competencia para dictar las medidas cautelares, ¿Es correcto que el juez de la primera instancia sea siempre el competente para conceder o denegar las Medidas Cautelares, incluso cuando el proceso principal está en segunda instancia o en casación, en caso de un proceso civil; y en el tribunal constitucional, en caso de un proceso constitucional; o debería ser el juez que conoce el fondo del litigio al momento de solicitar la medida cautelar el competente para concederlas o denegarlas?**

M. RAFFO: Gracias: Primero, quisiera agradecer la invitación de la Asociación Civil Derecho y Sociedad a esta mesa de debate o mesa redonda sobre el tema de medidas cautelares. Respecto a la pregunta, a ver, el juez de primera instancia es quien conoce o es el competente para conocer las medidas cautelares. La pregunta es debe serlo así cuando luego resuelto el proceso principal, es decir, hay una sentencia, y esta sentencia es apelada y sube a una segunda instancia, si hasta ese momento no se había pedido una medida cautelar y se solicita, debe seguir siendo competente ese juez de primera instancia para conocer esa cautelar o debería serlo la segunda instancia, la sala superior quien va a conocer el expediente quien conozca también del pedido cautelar. Es el supuesto de la pregunta. Considero que no, que el juez de primera instancia debe seguir siendo el competente para conocer la medida cautelar. ¿Por qué? Principalmente por dos razones: La primera porque es el juez de primera instancia el que está más preparado para conocer tanto lo hechos de la controversia, como la prueba que se ha actuado, es decir, cuando ya se expidió sentencia en primera instancia, el

juez ha tenido un conocimiento pleno de los hechos, ha actuado toda la pruebas a través del principio de inmediación y por tanto tiene ya formada una opinión respecto a la controversia, y esa opinión está plasmada en su sentencia, o le dio la razón al demandante o se la dio al demandado. Por tanto, en ese momento, cuando el juez expide la sentencia, y esa es la segunda razón también, se produce si es que ha declarado fundada la demanda se ha producido inmediatamente una verosimilitud del Derecho, o sea, ese derecho que estaba en discusión en primera instancia, al momento de expedirse la sentencia y toda vez que esa sentencia todavía es materia de un recurso impugnatorio de apelación, por tanto, todavía no es firme, todavía no se ha solucionado de manera definitiva la controversia pero ya existe una verosimilitud de que el demandante tiene razón, tanto así que el juez de primera instancia se la dio en su sentencia. Y por tanto entramos ante un supuesto de procedencia casi automático de la medida cautelar, automático entre comillas por supuesto, o sea, ese requisito o uno de los requisitos o uno de los presupuestos para dictar una medida cautelar que es verosimilitud del Derecho se requiere otros adicionales como el peligro o la demora, pero uno de ellos que es la verosimilitud ya se da con el dictado de la sentencia. Si la sentencia declara fundada la demanda, para ese juez es verosímil, más que verosímil, ya le ha dado la razón al demandante en su sentencia y por tanto la medida cautelar para ese juez de primera instancia debería proceder. No le permitiere esto, significaría que un demandante, a pesar que ha ganado en primera instancia, todavía no tendría la posibilidad o por lo menos no serviría de nada que el juez de primera instancia le ha dado la medida cautelar frente a un superior que todavía está revisando esa sentencia. Además, le vamos a pedir a otro magistrado que no ha participado en manera directa a través de la intermediación en la actuación de las pruebas y por tanto el conocimiento de los hechos quien califique esa verosimilitud del derecho. Entonces, quién de los dos magistrados, el de primera instancia o el de segunda instancia está más calificado para conocer los hechos y por tanto calificar la verosimilitud, para mí, el juez de primera instancia. Por tanto, respondiendo la pregunta, es correcto que el juez de primera instancia sea siempre el competente para conceder o denegar una medida cautelar, mi respuesta es que sí.

H. LAMA: Solamente para agregar, que comparto la opinión de Mauricio, para agregar que si la cautelar la concediera la corte superior o la corte suprema habría problemas con el recurso de instancia doble, es decir, no habría, se impediría la posibilidad de la revisión por la instancia superior. La cautelar dictada en el juez

especializado permite recurrir y admite la posibilidad de que la instancia superior pueda evaluar si es que esa medida cautelar sea dictado dentro de los supuestos que la norma establece y la prueba aportada por el interesado.

A. QUIROGA: Muchas gracias. Yo tengo una opinión totalmente diferente, no sólo porque la Ley no impide que esto sea así, sino porque la propia teoría de las medidas cautelares no lo señala así. Lo que se nos acaba de decir es lo siguiente. La Ley le da al juez de primera instancia la competencia porque es el mejor calificado, el órgano superior que es el superior del juez no está calificado para eso; y en segundo lugar, porque eso sí aparece en el texto y porque no habría apelación.

Si la corte procede la medida cautelar, entonces, quien conoce de la apelación. Yo tengo a la mano acá dos textos, el de Manuel Ortells, que es un profesor español de Valencia y el de María Ángeles Jové, que es una joven profesora en Barcelona, y ambos dicen exactamente lo contrario. Concretamente, el profesor Ortells dice lo siguiente: *«partiendo de lo acabado de decir, si la expresión del tribunal que conozca de la segunda instancia entendida como el tribunal que tiene competencia a juzgar para dictar la sentencia, lo mínimo que haría planteado el dilema la solución sería en todo caso perjudicial para la real tutela judicial o bien no sería posible formular solicitud ante el tribunal competente hasta que éste reciba los autos, o bien entenderse la solicitud no ha de esperar en su momento de modo que el tribunal ad quem, el tribunal de la sala de apelación adquiere conocimiento de la sentencia para resolver, los autos principales no se le remiten hasta un momento posterior. A mi juicio, la solución más idónea para la efectividad de la tutela cautelar es la interpretación literal del artículo tal de la Ley de procedimientos civiles en virtud de la cual la competencia corresponde al tribunal ad quo o al tribunal ad quem el cual de ellos estuviera dirigido la tramitación de las actuaciones del recurso al momento de formularse»*. Miren ustedes, la profesora Jové dice lo siguiente: Si la tutela cautelar se da porque hay demora en el proceso y peligro en la demora, eso puede ocurrir en segunda instancia; y si el juez de primera instancia puede conocerla, con mayor razón el tribunal superior. Y si el tribunal superior la concede en primera instancia, de acuerdo a la Ley orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema conoce la apelación; y no pasa absolutamente nada y somos coherentes más bien con lo que está regulado para las medidas cautelares; y si alguien cree que el Artículo 15° del Código Procesal Constitucional restringe esto, está leyendo al revés. El Artículo 15° dice



conoce la medida cautelar la corte superior sólo en los casos de regiones y de municipalidades. Eso es una excepcionalidad y como ustedes saben las excepciones no se pueden dar al revés ni se pueden analogizar ni extender, eso no quiere decir que sólo el juez de primera instancia las conozca en primera instancia, significa que exclusivamente para el tema de regiones y municipalidades, en primera instancia la conoce la corte superior. Pero la medida cautelar normal general superior a todo acto reclamado, no se impide en absoluto que pueda ser conocida por el juez de primera instancia o por la Corte Superior, y si la Corte Superior en el trámite de apelación concede una medida cautelar o expide una resolución de primera instancia será la Corte Suprema la que conozca la apelación de esa medida cautelar específica. Eso está perfectamente regulado no solamente en el propio código sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Gracias.

N. RAMÍREZ: En efecto, yo creería que conceptualmente no debiera existir impedimento en que el juez del principal, cualquiera que sea el nivel de la instancia, sea el juez de la medida que se solicite. Sin embargo, hay una limitación; a mi modo de ver es la Corte Suprema, porque estando el proceso en casación estamos hablando de control nomofiláctico, en que interesa el análisis del Derecho, no de los hechos, primera cuestión; segunda, porque no tendría la Corte el factor tiempo a su favor, razón por la cual lo común es que la parte que viene siendo favorecida por la sentencia de la instancia superior, sea en ésta instancia en que procure obtener la medida y no esperar a buscar obtenerla ante la propia Corte Suprema. Creo que es un tema de tiempo, buscando ser expeditivos.

J. DANÓS: Ante todo mi agradecimiento a la Asociación Civil Derecho y Sociedad por la invitación y poder participar con tan ilustres profesores, colegas sobre esta conversación sobre el tema de medidas cautelares. Yo quiero referirme específicamente puntual porque el tema se me ha merecido en varias intervenciones al régimen que esta consagrado en el código procesal constitucional, y puntualmente creo que Aníbal nos ha referido al artículo 15°. Yo voy a ser muy puntual. El artículo 15° se refiere al juez y yo no tengo dudas a que se refiera al juez de la causa y por lo tanto llámese, quién esté tramitando el proceso, la corte superior e incluso la corte suprema aunque si el problema es si hay o no instancia puntual cabe obviamente verdad la posibilidad de ir al tribunal constitucional por tanto tal y como esta hoy día en el código procesal constitucional. Yo no tengo ninguna duda de que

cuando se refiera al juez, el artículo 15 que regula las cautelares al juez que está conociendo, superior o suprema, inclusive para poder obtener la cautelar. Si lugar a dudas hay algunos caos que son singulares, que es el caso del artículo 51° del código que todos conocemos que se basa en la anterior ley cuando se trata de procesos contra resoluciones judiciales, en estos casos el trámite se realiza ante la corte superior quien es quien conoce en primera instancia y luego la suprema, así que también cabe obviamente en estos casos en la corte superior. Como se ha dicho, me comentaba Aníbal la singularidad del artículo 15° estaba muy referido a este trámite especial respecto de actuaciones, actos administrativos de las municipalidades y las regiones en las cuales se establece un trámite especial cautelar y yo no creo que sea una justificación. Entiendo que podemos discutir lo que ha comentado Aníbal Quiroga que se traslade y se corra traslado a la otra parte para que el juez tenga mejores elementos de juicio para apreciar si hay verdades o no de la similitud del Derecho, pero lamentablemente tal y como ha introducido el artículo 15 este párrafo que establece un procedimiento especial para las cautelares respecto de las municipalidades, no solamente establece verdad con el traslado, pero que además establece: 1) que se debe pedir en corte superior, de acuerdo, con lo cual ahí hay verdad, se divide de lo que es el conocimiento de la causa que va al juez con la medida cautelar que va a corte superior. En segundo lugar, que se debe correr traslado al ministerio público. Es casi la única participación del ministerio público en todo el código procesal constitucional que estaba en riesgo. En tercer lugar, que la apelación suspende la ejecución.

Prácticamente han redimido el régimen anterior solamente respecto de trasladar las actuaciones cautelares que se refieran a actuaciones de las municipalidades o regiones. En realidad yo no encuentro justificación más allá que podamos discutir, como se ha señalado, respecto de algunas de estas regulaciones especiales pero en general no encuentro razón para esta desigualdad que, respecto a actuaciones de todos los poderes del estado y de cualquier entidad de administración sí exista el régimen general pero respecto de las regiones existe un régimen también que sin lugar a dudas mediatiza tal y como está, por el trámite especial de instancia y por el hecho de que la apelación suspende en buena cuenta la exclusión, y la participación del Ministerio Público que dilata bastante además los plazos. Sé que en la práctica se acordó que los jueces de las salas superiores han sido investidos al otorgar medidas cautelares, talvez por una interpretación literal de la norma cuando señala al juez e interpreta únicamente

al juez. Mi posición es que no tengo dudas que dada la naturaleza especial de los procesos constitucionales que como se le ha dicho: de tutela, de urgencia, sumaria, expeditivos, efectivos, obviamente, hay que dar la posibilidad de que los demandantes, el actor tenga, el mayor abanico de posibilidades de solicitar la medida cautelar. Por tanto tal como está regulado en el Código Procesal Constitucional, como he señalado, en verdad se puede solicitar ante los jueces que están conociendo el trámite del principal. Gracias.

E. BLUME: Yo quería acotar también al respecto, sin ánimo de hacer un debate con mis ilustres colegas y dilectos amigos procesalistas civilistas, para coincidir tanto con el doctor Aníbal Quiroga como con el doctor Jorge Danós, en el sentido que no existe asidero sólido alguno, desde mi modesto punto de vista, para sustentar que la medida cautelar en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales sólo, única y exclusivamente se puede solicitar al juez ante el cual se interpuso la demanda.

Sobre tal particular, me parece que lo que trae a confusión es el hecho que la anterior normativa -me estoy refiriendo a la derogada ley 23506, que ustedes recordarán se denominaba Ley de Hábeas Corpus y Amparo- establecía en uno de sus artículos que, en cualquier estado del proceso, podía solicitarse medida cautelar; estipulación expresa que en el Código Procesal Constitucional no se ha consagrado en la literalidad de su artículo 15º, que contiene la regulación de los requisitos para solicitar y para conceder medidas cautelares en los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y de cumplimiento.

Sin embargo, estimo que una interpretación integral y armónica de las disposiciones del referido Código Adjetivo Constitucional, que repruebe un análisis aislado, atemporal e inconexo de su articulado, lleva a entender que cuando el precitado artículo 15º se refiere literalmente en su segundo párrafo a que «El juez al conceder la medida cautelar atenderá a los límites de irreversibilidad de la misma», está refiriéndose al juzgador en general, sea éste un juez en su sentido literal, una persona natural, o un colegiado, como lo es una Sala de la Corte Superior. De lo contrario, estaríamos ante el insólito, por decirlo de alguna manera, que no cabría solicitar medida cautelar en el caso que el proceso de amparo se inicie ante la Sala Civil de turno de la Corte de Justicia respectiva, en el supuesto previsto por el segundo párrafo del artículo 51º del mismo Código Procesal Constitucional, que prevé expresamente que «Si la afectación del derecho se origina en una

resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.» Ello, salvo que se sostenga en este supuesto, que, aunque el proceso se ha iniciado en la Corte hay que solicitarle al juez de primera instancia la medida cautelar; racionio esto último que estaría apartándose del que sostiene que es únicamente el juez, persona natural, que conoce de la demanda el que está habilitado para conocer de la solicitud de medida cautelar y, de estimarlo procedente, dictarla.

De otro lado, en abono de la tesis que la solicitud de medida cautelar puede formularse ante el juez o el colegiado, según quien conozca del proceso y en que etapa se encuentre éste, debo mencionar la naturaleza misma de la medida cautelar, que es una decisión de carácter urgentísimo cuando se produce realmente una situación de emergencia que amerita una reacción inmediata del juzgador. No olvidemos que de por medio están derechos fundamentales, cuya atención obliga a una respuesta jurisdiccional eficaz e inmediata.

Insisto, hay que distinguir que estamos en el área de protección de los derechos humanos, que son anteriores y superiores al Estado, por lo que los procesos constitucionales que los cautelan deben brindar una cobertura cautelar en cualquiera de sus etapas y por la autoridad que se encuentre conociendo de ellos.

H. LAMA: Es bueno ubicar los puntos en su respectivo sitio y en su trascendencia. El comentario que se hizo hace un momento, es cierto, aludía a asuntos de orden patrimonial y en materia de orden patrimonial, dada la característica de la naturaleza de los derechos en debate, el proceso encausa de manera idónea el conflicto que está, digamos, siendo objeto de debate y observando por el juez. Yo creo que en el despacho en medida cautelar, en asuntos patrimoniales, debe de el juez cuidar la secuencia que la norma procesal establece. No comparto el criterio de quienes sostienen que no interesa donde se encuentra el proceso y el órgano jurisdiccional que tiene a cargo el proceso podría dictar la medida cautelar, porque también hay que cuidar el derecho de la otra parte de recurrir en instancia doble. Si el proceso se inició ante el juez especializado obviamente que conocerá en apelación la sala superior. Si se inició en el juez especializado, la sala superior en revisión lo que decida no puede ser objeto de apelación, sólo puede ser objeto de casación. Si el proceso se encuentra en instancia superior en revisión y decidiera él dictar una medida cautelar como si fuera primera instancia, no



puede ser objeto de revisión de la Corte Suprema, porque hasta donde yo conozco la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Corte Suprema conoce en revisión, en apelación, las resoluciones de las Salas Superiores que expiden en primera instancia, no en revisión, porque luego de revisión, el único recurso que cabe es el de casación, y hasta donde yo conozco no es posible revisar en casación una resolución que se expidió en primera instancia en la Corte Superior cuando un proceso estaba en revisión. Eso es estructura normal, eso es lo que secuencialmente debe suceder, eso es lo que de ordinario debe acontecer en el proceso civil, pero todo eso que es normal, secuencial, ordinario en el proceso civil queda totalmente relativizado cuando de por medio hay un derecho fundamental, es decir, cualquier estructura que pudiera establecerse normativamente puede quedar al margen o puede quedar a un lado si de por medio hay un derecho básico que está en juego. El Tribunal Constitucional ha sido bastante claro en reiteradas jurisprudencias en las que cualquier tipo de teoría que pueda aplicarse con relación a la aplicación de la ley en el tiempo, o las normas de orden procesal quedan en orden secundario porque lo prioritario es la protección del derecho básico. No me cabe a mi lugar a dudas que estando en debate un derecho a la vida, por ejemplo, la Corte Suprema no pueda aún conociendo en instancia de revisión, dictar una cautelar porque sabe que la sentencia puede demorar veinte días en expedirse y la cautelar puede dictarla al día siguiente y salvar la vida de una persona. No podría sujetarse al corsé del proceso cuando de por medio hay un derecho de trascendencia mayor. Creo que a nadie se le ocurriría en su sano juicio sujetarse al corsé del proceso por razones de formalidad cuando de por medio hay un derecho que trasciende a la norma objetiva del rango legal, obviamente que en ese caso tendría que producirse una inaplicación de la norma adjetiva y priorizar el derecho fundamental. Creo que ahí está, digamos, la separación de ambas situaciones, de ambos puntos de vista. Por lo demás creo que es cuestión de opción, es probable que se sostenga que en materia incluso patrimonial cualquiera de las instancias pueda darla, obviamente es una opción, y no creo que sea de ignorantes ni tampoco creo que sea de audaces sino como una opción de opciones en el proceso. En mi opinión, si es un asunto patrimonial, creo que por razón de orden debe ser el juez que tuvo la demanda y darle la posibilidad que la otra parte pueda recurrir y no adoptar por una decisión que quede en instancia única, porque también hay un derecho constitucional de la doble instancia - inciso sexto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

4. **Según el artículo 630 del Código Procesal Civil, si la sentencia en primera instancia es declarada infundada, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque en ella cabía una impugnación o apelación, en cambio en el proceso constitucional la medida cautelar se extingue de pleno derecho únicamente cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la condición de cosa juzgada. ¿Cuáles son las razones que justifican tal distinción?**

N. RAMIREZ.: En definitiva siempre habrá posiciones a confrontar porque el Derecho no es una ciencia exacta. Lo que puede dificultar una respuesta precisa, es la posición ideológica que se tenga frente al proceso. Las tendencias no formales en términos de derecho constitucional son hoy en día pacíficamente admitidas. Un proceso pro-libertatis no admite postergación de los derechos anteponiendo cuestiones formales. Hay una tendencia a la desformalización total del proceso. Evidentemente, si los procesos judiciales comunes admiten la flexibilidad de formas, en muchos de los cuales se discuten temas patrimoniales, a fortiori, deben serlo los procesos constitucionales. Sobre lo sustancial de esta pregunta, en lo personal creo que no hay una razón procedimental que justifique tal distinción, veamos por qué. Una medida cautelar importa un pre-juzgamiento basado en una apariencia de derecho. Yo juez, aquí y ahora, frente al petitorio y la prueba aportada, creo que debo tutelar de manera urgente, vía la medida cautelar solicitada, este derecho. Pero si tramitado el proceso en extenso, llega el momento de la sentencia donde ya no hay apariencia, donde ya no hay pre-juzgamiento, pues lo que hay es juzgamiento y por tanto convicción, se declara infundada la demanda, evidentemente no puede prevalecer la medida cautelar que se dictó en base a un pre-juzgamiento preliminar; sería un contrasentido, un absurdo, pues no puede prevalecer frente a la «convicción» expresada en la sentencia, el «prejuzgamiento» expresado en la medida cautelar. Sin embargo, en el proceso constitucional, se ha establecido que solo cuando haya acabado el proceso con calidad de cosa juzgada, declina la medida cautelar otorgada. En consecuencia el pre-juzgamiento tiene preeminencia sobre el juzgamiento, la apariencia seguirá teniendo más valor que la convicción. Si esto no es un contra sentido, habrá que encontrarle una racionalidad. Hay dos líneas argumentales para puede justificar tal opción legal: (1) la naturaleza excepcional del derecho constitucional sujeto a debate; y (2) el objeto mismo de la medida cautelar constitucional, que es reponer las cosas al estado anterior a la violación. Sería muy grave,

que por ejemplo, con una medida cautelar se repongan las cosas al estado anterior a la violación, sale la sentencia que declara infundada la demanda, en consecuencia declina la medida cautelar y se continúa con la situación tal como estaba antes de la demanda y si, supongamos, en corte superior se revoca la sentencia y se le da la razón al demandante, volveríamos otra vez al estado anterior que ya no existiría. Esas marchas y contramarchas son incompatibles con la especial naturaleza del derecho constitucional en debate, lo cual explicaría a mi modo de ver, esta diferencia que la ley regula, salvo que exista alguna otra razón distinta que no conozco ni intuyo. Por supuesto todo esto sea entendido desde un presupuesto en que todos creemos: que la sentencia que dicta el Juez es un acto de convicción.

J. DANÓS: Quiero expresar en este caso, por el hecho de haber participado en la comisión que elaboró el anteproyecto del código que este artículo que está siendo tema de conversación, es el primer párrafo del artículo 15° en contraste con el artículo 630° del Código Procesal Civil. En términos generales creo que en esto, no obstante que discrepa de la regulación que contiene el Código Procesal ha señalado cuales son sus principales fundamentos en buena cuenta, especifica esta medida. De forma tal que la sentencia desfavorable al actor no cancela la medida cautelar sino que se mantiene en todo caso hasta que, como señala expresamente el código, la resolución del proceso adquiera la calidad de cosa juzgada, esto es de un lado como se ha dicho bastante, esto se debe al objeto del proceso cautelar que es la tutela de derechos fundamentales, por tanto la especial protección que se le deben a estos derechos de algún modo pedir lo que puede significar es que se pierda la tutela cautelar, no obstante que en Corte Superior como sabemos si es que se declara fundada la demanda en buena cuenta genera cosa juzgada y no hay posibilidad de acudir al Tribunal y termina el Proceso Constitucional, sólo hay posibilidad de acudir al Tribunal cuando se declara infunda la demanda si admite la pretensión del actor en buena cuenta este ha ganado el proceso constitucional. Pero creo que allí también la propia regulación de aplicación supletoria del Código Procesal Civil proporciona algunas razones prácticas. Primeramente todos sabemos por naturaleza que la medida cautelar es provisoria, instrumental y variable. Consecuencia de este carácter variable, instrumental y provisorio el artículo 617° de aplicación supletoria del Código Procesal Civil dice que el juez ya sea a pedido del demandante o a pedido del demandado puede variar la cautelar. Por tanto aunque el juez de primera instancia declare fundada la demanda y haya

otorgado una medida cautelar y que se mantenga no obstante aquello obviamente en segunda instancia si plantea apelación, la parte demandada puede solicitar ante la sala superior la variación de la medida cautelar o la suspensión o la cancelación de la medida cautelar. Esto está de manera prevista, de manera expresa en la regulación cautelar del Código Procesal de aplicación supletoria, por tanto creo que allí hay una primera garantía en buena cuenta también práctica a considerar. Una segunda que todos conocemos es que el propio artículo 16° del Código Procesal Constitucional también se establece, al estilo del artículo 121° del Código Procesal Civil, cuales son las consecuencias cuando se declara infundada la demanda. Cuando finalmente se concluye que el actor no tenía razón y el proceso se declara infundado ya sea proceso de amparo o proceso constitucional, en esos casos señala el código Procesal Constitucional que el juez puede ya sea encontrar una sanción, disponer responsabilidad civil o patrimonial. Por tanto creo yo que hay de un lado esta posibilidad de variación, un mecanismo práctico que permitiría que la parte demandada pueda solicitar a la sala que conoce en segunda instancia poder variarla.

Por otro lado, a la vez, una garantía es que el demandado puede, en caso que se le declare que no se admita el derecho reclamado por el demandante, puede promover la declaración de responsabilidad la condena de costos y costas y además la imposición de una multa. Pero algo más, no olvidemos que el Código Procesal Constitucional aparte de los requisitos que les restitua el derecho y peligro en la demora también a recogido este principio de adecuación. Corresponde al juez adecuar la medida cautelar, no sujeta a lo que diga el peticionario sino adecuarlo a la necesidad de protección del derecho constitucional que esta en cuestión. Por tanto creo yo que más allá de las razones que se han señalado: la protección de Derechos Fundamentales, el peligro de la afectación de estos si tuviera que esperarse, por el tiempo que demora el proceso, existen las garantías y los mecanismos para que la parte que se pueda considerar afectada solicite a la segunda instancia o a quien conozca en buena cuenta a lo largo del proceso la revisión de esta cautelar o la adecuación de la misma.

5. **Respecto de los Principios de Contradicción o de pluralidad de instancia que se identifica con el derecho de defensa de cada persona y siendo la resolución que otorga una medida cautelar concesoria o impugnabile, ¿debería proceder contra ellas Recursos de Casación o de Agravio Constitucional, respectivamente?**



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

A. QUIROGA: En primer lugar, la Corte Suprema funciona como corte de casación sólo cuando revisa sentencia de la Corte Superior que vienen en revisión, pero eso no quiere decir que sea su única actuación. Cuando la Corte Suprema revisa sentencias o resoluciones de primera instancia de la corte Superior funciona como una corte de apelación, pero también la corte Suprema conoce en Primera instancia. Por lo tanto decir que una resolución en primera instancia que adopta la Corte Superior sólo puede ir en casación a la Corte Suprema no es verdad. La corte Suprema conoce en casación cuando la ley ordena que sea casación, pero si la resolución permite que su trámite y consecución sea dada por la Corte Superior, le corresponde la apelación ante la Corte Suprema, y la Corte Suprema conocerá entonces como tribunal de apelación, y no como tribunal de casación.

En segundo lugar, el Prof. Jorge Danós es una persona muy inteligente, es un gran profesor de derecho administrativo y ha participado en la ley contencioso administrativa, pero el principio de adecuación de las medidas cautelares no fue tomado de la ley contencioso administrativa, sino que ya estaba en el código procesal civil que textualmente dice en el artículo 602º que el juez adecuará, y eso viene de la doctrina procesal, adecuará la medida cautelar a lo que sea necesario en son de la decisión que se quiere proteger.

Ahora, en cuanto a la pregunta en concreto, y con esto tenemos una experiencia lamentablemente desagradable por la Corte Suprema hace algún tiempo, yo no encuentro ninguna razón por la cual la Corte Suprema permanentemente se a negado a conceder casaciones respecto a medidas cautelares. Si por un lado la casación procede contra resoluciones expedidas por corte Superior sin apelación, respecto a procesos terminados, y si por otro lado la medida cautelar da lugar a un procedimiento independiente que tiene vida propia no hay ninguna razón que justifique que la Corte Suprema se niegue a revisar en casación resoluciones cautelares concesorias o denegatorias. Entre otras cosas esto a motivado lo siguiente, un tercio del código procesal está referido a proceso cautelar más o menos, hay un tercio del código procesal donde no hay jurisprudencia de la Corte Superior. O sea yo no sé por ejemplo, que ha querido decir la Corte Suprema en materia de contracautela, yo no sé que ha querido decir la Corte Suprema en materia de verosimilitud de la demora, usted no puede hacer una distinción jurisprudencial porque la Corte Suprema se ha negado hasta ahora a conceder casación respecto a procesos cautelares aduciendo que como es un proceso que está apegado a

otro principal no le corresponde conocer en casación y en mi concepto es un grave error conceptual que nos ha privado de la función nemofiláctica que la Corte Suprema tiene respecto de las leyes procesales en materia de procesos cautelares por lo tanto en medias cautelares sólo hay jurisprudencia de las cortes superiores, no hay jurisprudencia de corte suprema. Eso quiere decir que mi posición es que si debería haber recurso de apelación, eso no quiere decir que se suspenda la eficacia de la medida cautelar significa que la corte suprema revisa la legalidad o ilegalidad de procesos cautelares que en algunos casos son terriblemente irregulares o terriblemente ilegales o terriblemente lesionantes pero como la corte suprema se tapa los ojos, no ve, no escucha, no oye, entonces nada revisa y no pasa nada, y entonces cuando la opinión pública critica el procedimiento del poder judicial se dice «¿Pero no sabemos por qué?»; nosotros trabajamos mucho nos esforzamos ¿por qué la gente nos critica? entre otras cosas por eso, porque hasta ahora la corte suprema no ha revisado nunca en casación procesos cautelares determinando cual es la doctrina vinculante en materia de procesos cautelares, en materia de caducidad de medidas cautelares, en materia de medidas cautelares genéricas o lo que fuere. Simplemente que no hay jurisprudencia y mientras no cambie la mentalidad de la corte Suprema no la va a haber. Ahora, se justifica que en algunos casos haya el recurso de agravio constitucional que es un invento, eso es algo que el Código Procesal Constitucional se lo inventó, no tenía que cambiar la denominación del recurso de revisión pero en fin. Además es un invento tomado, mal tomado de la Ley de Enjuiciamientos Civiles española del 2000. Digo que en algunos casos si se justifica, no tanto la competencia del Tribunal Constitucional, porque como bien señaló Jorge la desigualdad en materia de procesos viene de la Constitución es algo sobre el cual no se a reparado. La constitución establece dos procedimientos distintos en materia de acción de garantías. Cuando gana el demandante el procedimiento se queda en el poder judicial y no hay control del Tribunal Constitucional. Cuando el demandante pierde recién se abre la corte a la competencia del Tribunal Constitucional por qué, porque en la teoría existe lo que se llama constitución negativa de la libertad. El TC solo revisa acciones de amparo, acciones de conocimiento, habeas corpus, habeas data cuando han sido rechazadas por el Poder judicial. Eso quiere decir que el tribunal solo conoce resoluciones denegatorias. Ahí hay una primera desigualdad procesal. Uno puede decir el principio de igualdad de las partes no se cumple, por qué no se cumple, porque detrás de esa desigualdad lo que hay es la protección de un derecho fundamental, desde la

constitución del 79 se creo esta desigualdad por qué, porque lo que se quiere proteger no es un embargo o no es un derecho legal ordinario, sino un derecho fundamental. Entonces, tratándose de derechos fundamentales cuando son acogidos por el poder judicial se quedan en el Poder Judicial. Cuando no son acogidos por el Poder Judicial ahí va en revisión al Tribunal Constitucional. Eso se debe extender a los procesos cautelares en materia de acciones de garantía yo creo que no. Yo creo que no hay ninguna razón para que esto sea así, rechazados o amparados eso se tiene que quedar a nivel de poder judicial. Tema distinto de que no haya jurisprudencia de la corte suprema. En materia procesal civil si surgen algunos casos, en algunos casos se justifica, hay gente que pierde un proceso por una medida cautelar y no tiene como revirla, la Corte Suprema no lo protege o no hay recurso de casación de la Corte Superior ante la Corte Suprema, y está no ve, no escucha, no sabe nada de esto. Por lo tanto desde el punto de vista teórico, desde el punto de vista interpretativo, no hay ninguna razón para que en materia de procesos civiles no exista el control por parte de la corte suprema a través de la casación que no va significar que la medida cautelar se suspenda o pierda vigencia, va significar que estando vigente una medida cautelar la corte suprema que es el máximo tribunal de Justicia de la Republica, ubicado en le vértice superior de la jerarquía judicial, revise la legalidad bajo los criterios de la casación en materia de forma, fondo de si una medida cautelar a sido bien o no o mal concedida y si de respecto a eso cabe la aplicación de un criterio jurisprudencial unificado.

Que pasaría si un juez de paz letrado conoce un proceso principal, y sube al juez de primera instancia en apelación, y al juez especializado se pide medida cautelar, entonces recurrirá a la sala superior y la sala superior tendrá que conocer en apelación una cautelar respecto de un proceso que se inició en el juez de paz letrado. Creo que no, porque la competencia en este caso no la determina al accesorio sino el principal, el principal es el que finalmente decide quien es el competente y los grados en que se requiere. Similar razonamiento se puede aplicar para el caso en que el proceso se empiece en el juez especializado recurre a la sala superior, la sala superior expide la resolución como si fuera instancia primera, la competencia la va a determinar no el accesorio sino la va a determinar el principal. Lo contrario sería no que el accesorio siga la suerte del principal sino que el principal siga la suerte del accesorio lo cual me parece que es mas razonable a mi caso o al revés. Esto obviamente solo es factible pensar en asuntos de orden patrimonial, hemos reflexionado hace un momento que

en asuntos de orden constitucional, de protección derecho fundamentales, las formas quedan a un segundo plano.

El Proceso Constitucional que prioriza la protección del derecho fundamental. Hace un mes hemos sido testigos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de una sentencia de inconstitucionalidad respecto a una ley que equiparaba un día de arresto domiciliario con prisión efectiva. El Tribunal Constitucional decidió en ese caso por razones de interés de la seguridad, invocando por supuesto combate a la corrupción que sofocaba la estructura de la democrática del país, decidió que la ley en materia penal no podía aplicarse retroactivamente favoreciendo al reo porque priorizó un derecho de medio rango relativizó completamente incluso una disposición constitucional. Claro, esto es controvertido, debatible. Ha sido objeto el Tribunal de intensas críticas por ese pronunciamiento. Pero de por medio para el Tribunal está la estructura fundamental del Estado democrático y los derechos fundamentales que se priorizan frente al interés particular de algunos sujetos en el proceso penal. Si nosotros nos ponemos a pensar en el esquema del derecho fundamental o del los derechos constitucionales la forma o incluso las normatividades respecto a las competencias podrían relativizarse. Creo que en el caso que a sido materia de comentario la revisión solamente es posible si la competencia le es asignada en le juicio principal. Si cabe o no recurso de casación o de agravio constitucional, como se indica en la pregunta para el caso de las medidas cautelares, pienso que en el proceso civil la norma es específica, independientemente de que nos guste o no el código civil dice que procede recursos de casación contra las sentencias expedidas en revisión por las salas superiores y así como contra los autos definitivos o que ponen fin al proceso también expedidos en revisión, es obvio que las resoluciones expedidas en cuadernos cautelares no son de aquellas que ponen fin al proceso. El proceso al que se refiere esa norma se esta refiriendo al proceso principal y no al proceso cautelar y aun cuando fuera el cautelar tampoco sería la definitiva porque por su propia naturaleza las medidas cautelares son provisorias podría haber ahora una resolución que da una medida cautelar y mañana podría no haber, es decir se puede mutar, puede cambiar, eso juega en función a la apariencia que pueda haber acreditado el interesado o titular de la medida cautelar. Ese es un elemento que está allí en la ley, nos guste o no nos guste. Ahora, en materia de opciones, es mejor que la Corte Suprema conozca, es mejor que tengamos una jurisprudencia de la Corte Suprema, nos ilustraría mas que lo que nos está ilustrando las cortes



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

superiores, porque si esto fuera así habría que propugnar para que se produzca la modificación legislativa y habilitar a la Corte Suprema para que sin lugar a dudas se vea obligado a conocer las medidas cautelares en sede de casación. La Corte Suprema simplemente a hecho una interpretación casi literal de la norma procesal y a dicho que no, que no ponen fin al proceso y en consecuencia no cabe recurso de casación. Ahora bien, en mi opinión personal, siempre en los términos de opción, creo que en el país, en la actualidad, con la experiencia que se tiene en los recursos de casación no ayudaría mucho que la corte suprema conozca en casación. No creamos que por el hecho de que hayan pronunciamientos de la Corte Suprema nos va a ilustrar mas de lo que nos están ilustrando hasta ahora las Cortes Superiores. Si nosotros analizamos las ejecutorias de casación en los diferentes procesos nos vamos a dar cuenta que los criterios de pronunciamiento sobre diversos temas son completamente disímiles, es decir casi doce años de vigencia del código procesal civil no existe ningún pleno casatorio, no hay en interés de generar doctrina jurisprudencial. La Corte Suprema no ha cumplido el rol de unificación de la jurisprudencia, al contrario la jurisprudencia de casación es dispersa, totalmente dispersa sobre puntos específicos tienen procedimientos completamente diferentes. Y en lugar de unificar a diseminado los pronunciamientos jurisprudenciales a nivel nacional. En diferentes ópticas y en diferentes argumentos y pronunciamientos sobre temas similares. En consecuencia creo que en la actualidad no ayudaría de mucho esforzarnos para que la Corte Suprema conozca en revisión además las cautelares, porque ya tienen una saturación tan grande de carga procesal que hasta hay una propuesta por el CERIAJUS de que se reduzca o se cambie la función o el rol que tiene la corte suprema. La Corte Suprema está propuesta para que sea una Corte Suprema de menos número de integrantes y que se recurra solamente en casos excepcionales donde la Corte Suprema decida que casos pueda revisar. Significa entonces que el modelo de casación desde ese punto de vista no a sido el mas beneficioso para la experiencia jurisprudencial. Creo que tal como se encuentra actualmente el estado de cosas jurisprudencial en materia de medidas cautelares debería mantenerse tal como está por las razones que acabo de comentar.

Con su argumentación, mejor cerramos la Corte Suprema, acabas de hacer una mutación Constitucional, ya no hay jerarquía Constitucional, la jerarquía se acaba en la Constitución. Como la Corte Suprema no sirve para nada, y no a aportado nada y no a hecho nada en casación entonces la jurisprudencia de la Corte Suprema

es mejor. Con eso está abrogando la Constitución, cambiando la estructura del Poder Judicial, y alterando totalmente el sistema de ley. Entonces yo no termino de aclararme. O cumplimos la ley o no cumplimos la ley. Hace un instante para negar que las medidas cautelares se pueden conceder en segunda instancia se lee textualmente la ley y dice no, y utiliza además un ejemplo excepcional y si empieza en el juzgado de paz como se hace la apelación. Y en Derecho hay reglas fundamentales en materia de interpretación. Primero, las excepciones no se pueden analogizar, segundo no se puede distinguir donde la ley no distingue, el código no dice que la Corte Suprema no deba conocer, el código dice lo siguiente: «Autonomía del Proceso: Todos los datos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo para que se formara cuaderno especial. Pregunto cual es la razón por la cual una decisión final en un proceso cautelar no pueda ser revisable. Ah! la variabilidad, si pues la sentencia también puede ser variada, el hecho de que la medida cautelar pueda ser variada por el juez no hace que la decisión no sea una decisión final, susceptible de revisión, no es un proceso autónomo? Yo no encuentro ninguna razón de ser. Y entonces para atacar mucho mas el panorama se dice: pero si la Corte Suprema no sirve para nada, no a hecho nada hasta ahora. La Corte Suprema garantiza mas a los justiciables, entonces abroguemos lo que dice acá artículo 384º «el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema», esto acaba de ser abrogado. Entonces, seamos coherentes al decir vamos a aplicar la ley aunque no nos guste o somos coherentes de decir yo voy a interpretar la ley, entonces voy a ser un juez dinámico voy a ser un juez que vaya mas allá de los fines de la ley, no me voy a concentrar en los tema formales; no hay ninguna razón para que una medida cautelar no pueda ser considerada en segunda instancia y si el peligro o la preocupación es que no haya revisión de eso es muy simple, cuando una decisión se toma en primera instancia por una Corte Superior en ese caso y respecto de esa decisión la Corte Suprema conoce en apelación, es lo que dice la ley orgánica del Poder Judicial, y si el principal va en casación nada obsta para que esa resolución para que se verifique el derecho afectado pueda ser conocida por la Corte Suprema. Así ocurre cuando una causa empieza en la Corte Suprema, es una ficción jurídica, la apelación se define como la alzada a un tribunal superior, por que razón entonces las causas que empiezan en la Corte Suprema van de una sala a la otra si todos tienen el mismo rango, porque eso es una ficción, a una sala del costado se le da un rango superior para una causa específica, y en materia

de casación si la medida cautelar va a tener vigencia, fíjense ustedes, la medida cautelar no va a dejar de tener vigencia y si la medida cautelar esta bien otorgada porque las Cortes Supremas son sabias, cual es el peligro de que la corte suprema la revise, el problema es distinto, el problema que veo yo esta en que la Corte Superior no quiere tener el gravamen de la Corte Suprema sobre medidas cautelares, y eso es algo que contradice toda la jurisprudencia, contradice todo el control judicial, la Corte Suprema esta para algo sino entonces cambiemos la jerarquía judicial, pongamos a la Corte Suprema debajo de los jueces de paz letrados y pongamos arriba a las cortes superiores porque son las únicas que administran justicia y las únicas que hacen la verdadera jurisprudencia en el sentido de la ley.

En el Estado Constitucional debemos pensar en un esquema en el cual la defensa de los derechos fundamentales está sobre todo en que la persona es anterior y superior al Estado, entonces dentro de estas perspectivas se rompe cualquier esquema. Entonces, desde esta perspectiva si una resolución de ultima instancia nacional que no necesariamente tiene que ser una sentencia sino que pone fin a un tema en el cual está de por medio un derecho humano, puede motivar recurrir a la Convención Americana de Derechos Humanos vía una queja ante la Comisión Interamericana y esta revisar el tema e invitar a una conciliación y si no la hay y si ve que hay fundamento emplazar al Estado de infractor y convertir el tema en un problema entre el conjunto de Estados suscriptores que defienden los derechos humanos y el Estado supuestamente infractor y llevar el asunto a una corte Interamericana que va a revisar si a habido o no violación y si ha habido violación va a interesar al sistema peruano el rescate de este derecho fundamental. Entonces estamos frente una situación que evidentemente rompe una serie de esquemas y de parámetros que obviamente nos llaman a un desconcierto que es absolutamente lógico una apreciación de esa naturaleza pero pienso que esto puede ser un poco difícil de asimilar, tenemos que irlo haciendo nuestro en el Perú. El Perú debe ingresar a un largo constitucionalización y en ese proceso de constitucionalización pues agotar los medios para que cuando haya un derecho humano en cuestión hay que acudir a todas las instancias respectivas, ojo que estamos frente a procesos especiales y acaso muy específicos que no tienen que ser abundantes o sea a veces cuando hacemos la lógica de la defensa de los derechos humanos decimos bueno pero habilitar esta formula darle un abanico sentar un volumen inmenso de procesos y va a ser imposible atenderlos, pero si analizamos a fondo la lógica del legislador, que es la

lógica de los proponentes del anteproyecto del nuevo Código Procesal Constitucional de la cual fue parte el Dr. Jorge Danós de lo que es el Proceso Constitucional y, específicamente hablando, del Amparo, ya que estamos hablando de un proceso de carácter residual, que opera cuando se daña un derecho humano y el código a ido mas allá, a penetrado en el núcleo del derecho humano porque si ustedes analizan el artículo 38° del Código Procesal Constitucional y lo armonizan con el inciso primero del artículo 5°, ambos numerales hacen referencia a la afectación directa del contenido constitucionalmente protegido del derecho, entonces allí a tener que construirse una doctrina, una jurisprudencia muy rica siguiendo la doctrina internacional, las reflexiones seguramente son preliminares respecto de lo que es el núcleo duro del derecho en juego y allí esta el proceso constitucional, en ese núcleo, no esta fuera, entonces cuando vía un trabajo jurisprudencial se vaya descartando todo aquello que hoy se ve como un proceso constitucional y que no lo es por este fenómeno de amparización y de exceso de demandas que a traído un volumen inmenso de procesos, vamos a llegar a un punto en el cual se cumpla lo que establece el artículo 38° del Código Procesal Constitucional que dice específicamente «no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo lo que no está protegido o referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo». Ahora si nos preguntamos cual es el sustento constitucional directo del derecho o si nos preguntamos cual es el contenido constitucionalmente protegido del mismo y cuando no es, podemos entrar en una digresión que nos lleva a un debate de hasta una o mas tesis pero esto nos estamos construyendo en el Perú y aqui hay un rol importantísimo para el Poder Judicial, para sus magistrados, para el Tribunal Constitucional, para los profesores, para los estudiantes y para todos los peruanos en ir construyendo una doctrina que delimite cuando estamos en el núcleo del derecho constitucional por lo tanto en un proceso constitucional y cuando estamos fuera. Y por lo tanto yo estoy convencido que allí se reducirán muchísimo los procesos constitucionales pero sí, llegaremos a un punto en el cual cuando se amenaza o viola ese núcleo duro, pues los formalismos quedan de lado y habrá que agotar todos los mecanismos para que se logre rectificar aquella situación de amenaza o agravio del derecho constitucional.

N. RAMÍREZ: Creo que no se equivoca el doctor Lama cuando sustenta las razones por las que no debería proceder recurso de casación contra las resoluciones referidas a medidas cautelares, pero tampoco le falta



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

razón a Anibal desde el punto de vista del reclamo que hace a la falta de control de la Corte Suprema en esta materia. Esa orfandad constituye una frustración para quienes estamos en la actividad judicial, litigamos y sabemos lo que es esto, que la falta de control de la actividad cautelar por la Corte Suprema permite cualquier tipo de barbaridades en los órganos inferiores. Es evidente que el principio de legalidad y el carácter extraordinario de la casación pone límites al acceso a la Suprema. El artículo 386° del Código Procesal Civil señala que el recurso procede contra sentencias y contra autos expedidos en revisión que ponen fin al proceso, es claro que el auto cautelar no tiene opción de llegar a la Suprema, porque sencillamente no pone fin al proceso, dado su carácter variable, contingente, etc. Pero cuidado, sí me preocupa que la Suprema no se preocupe de decir su palabra, de emitir pronunciamientos que señalen el camino, lo cual pueden hacerlo cuando intervienen en apelación, por ejemplo cuando una sala de la Corte Superior es originaria en el conocimiento del proceso cautelar y dicta una medida que es apelada. La Corte Suprema no actúa diligentemente al revisar éstas apelaciones; ese es un problema de la doble personalidad de la Corte Suprema, pues a veces actúa en casación y a veces en apelación y mezcla los papeles. Son pocas las veces en que hemos visto que la Suprema, al pronunciarse en apelación, haya sentado precedentes importantes en la materia. Es lamentable, pues era la oportunidad para que diera luces. Una segunda opción que me parece debiera ser utilizada, porque no hay impedimento para que la Corte Suprema se avoque a conocer procesos cautelares que afecten gravemente el sistema jurídico de la Nación, pues por algo está en la cúspide del Sistema; me refiero al control de la arbitrariedad; allí donde detecte que la medida cautelar es manifiestamente arbitraria la pregunta es por qué la Suprema se niega a conocer. La arbitrariedad es la negación del sistema; no hay peor injusticia que la que se comete a propósito de la administración de justicia y resulta chocante al sentimiento de Justicia, que aún cuando se sabe, se conoce, se aprecian conductas delictuales detrás de una medida cautelar, se abstenga de intervenir bajo el argumento de que lo cautelar no es revisable en casación. Cierra los ojos frente a una medida cautelar manifiestamente arbitraria. Un juez se permitió dictar una medida cautelar en un proceso de desalojo por posesión precaria; le concedió medida cautelar al demandado, cuya esencia era otorgarle posesión directa e inmediata del bien, eso señores, hablando de posesión, es título posesorio, con lo cual no podía ser desalojado en la medida que tenía «título para poseer»; dejó de ser

precario. La pregunta es la siguiente: De acuerdo al sistema posesorio nacional, la posesión inmediata le corresponde a aquel que la ostenta físicamente y la mediata a aquel que la concedió; en este caso el juez se convirtió en poseedor mediato por cuanto otorgó el título posesorio. Es un absurdo, deberíamos entonces plantear interdictos contra el juez porque afectó la posesión de un tercero. Es tan arbitrario que frente a este dilema, la pregunta es ¿Qué espera la Suprema para intervenir?. Cerrar los ojos no es lo prudente. Terminó mi intervención cuestionando el concepto de proceso autónomo que se asigna al proceso cautelar. ¿En realidad es un proceso autónomo? Creo que es un procedimiento autónomo, porque si persistimos en la idea de que es un proceso autónomo fijense lo que puede suceder. Imaginemos el siguiente tracto: concesión de la medida cautelar, ejecución de la medida; inercia subsiguiente porque el objeto del proceso cautelar se ha logrado. Entretanto, todo el debate se centra en el expediente principal. Pasan 4 meses sin actividad en el proceso cautelar, por ende, ¿Podemos pedir el abandono del proceso? Quienes se aferran a su naturaleza autónoma dirán que si hay abandono, pues su trámite no depende de nada, no tiene carácter accesorio y por ende, la inactividad debe castigarse. Si lo calificamos como un procedimiento autónomo, pero cuyas preces están sometidas al principal donde aún se mantiene el contradictorio, sin paralizaciones, lógicamente debemos decir que no hay abandono. Un tema conceptual que genera discusión.

H. LAMA: Escuché que puede variarse la sentencia, hace unos días una Sala Suprema varió la sentencia y la han destituido tengo entendido. Las cautelares se pueden variar pero las sentencias solo pueden apelar por el superior, el propio órgano que le expidió no le puede decir te voy a variar obviamente, y allí se diferencia entre el auto cautelar y la sentencia de un auto final que pone fin al proceso. Creo que los comentarios respecto a que si las opiniones que se viertan acá importan la derogación de las norma, o la Abrogación o la supresión de la corte Suprema por ser incompetente en conocer los casos, yo creo que son comentarios que deben ubicarse mas bien en el tema de si la opción de que la Corte Suprema pueda o no conocer en casación resulta ser válida. No entro en duda en casos excepcionales donde la arbitrariedad digamos es el elemento esencial. Creo que la arbitrariedad puede generar casos de excepción, pero en el caso de las cautelares dictadas en un proceso civil no pueden llegar a la Corte Suprema por las razones que se ha expuesto hace un momento.

Ahora, la pregunta sobre si, estamos en la opción de que la Corte Suprema conozca en casación, en principio tendríamos que modificar esa norma, luego abrir la puerta para que la Corte Suprema lo haga. Sin embargo creo que esa opción no es buena por ahora en la realidad en que vivimos, no porque la Corte Suprema sea inepta, incapaz o incompetente no, sino porque la propia realidad judicial así lo ha demostrado. Por lo demás creo que incluso en el caso de la cautelar existe un elemento que es importante que es la vigilancia de la Corte Suprema sobre la aplicación correcta de la ley. Recordemos que la cautelar se dicta sobre la base de la evolución de las pruebas. Es decir, el juez evalúa la prueba y con la prueba aportada por las partes dicta la cautelar en una apreciación de apariencia del derecho. Si la Corte Suprema tuviera que revisar tendría que revisar el tema de la prueba misma y para analizar la prueba ya se va a convertir en una instancia mérito y no sería un recurso de casación sino un doble recurso de apelación. Es decir un recurso ordinario como el de la apelación que tendría que constituirse en una tercera instancia. Creo que eso no es lo que se desea.

6. Se afirma que la postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia justifica postergar el derecho de defensa de la parte sobre la cual recae la medida cautelar. ¿Cuáles consideran ustedes que son las razones de dicho traslado ó cuál sería otro medio para permitir a la contraparte ejercer su derecho contradictorio sin postergación?

M. RAFFO: Bueno, esa pregunta tiene mucho de parecido con la pregunta dos, referida al tema del principio de contradicción.

Para no repetir lo que ya se ha discutido aquí, simplemente recordar que el proceso cautelar es un proceso de tutela urgente y, por tanto, para este tipo de procesos se utilizan determinadas técnicas legislativas que se enmarcan dentro de lo que se denomina «Técnicas de Aceleración de la Tutela». Dentro de estas técnicas se encuentran, entre otras, la actuación de la sentencia de impugnada, las medidas autosatisfactivas, el juzgamiento anticipado, o, también, el diferimento del contradictorio a una etapa posterior del proceso, como puede ser el caso de las medidas cautelares. En este último caso, no es que no exista contradictorio sino que el contradictorio va a ocurrir después. No es que no exista un derecho de defensa del afectado, sino que el derecho de defensa se va a ejercer después de dictada la medida cautelar. ¿Cuál es la razón de esto? Principalmente un tema de urgencia y un tema de eficacia.

¿El traslado de la solicitud cautelar afecta la urgencia y la eficacia de la medida cautelar?, pues casi podemos verlo en cada caso. Un ejemplo para graficar nuestra respuesta podría ser la necesidad de asegurar los bienes de un deudor para que éste no transfiera la posesión y propiedad de dichos bienes en perjuicio de su acreedor. Si permitiéramos por ejemplo, en ese supuesto, el traslado de la medida cautelar, pues justamente estaríamos dándole la oportunidad al deudor de transferir esos bienes, por tanto afectaríamos no solamente el tema de urgencia, sino el tema de eficacia de la medida cautelar.

Es cierto que pueden haber supuestos en que el traslado previo de la solicitud cautelar no va a afectar efectivamente el tema de la eficacia, pero debe verse cada caso concreto. Sin embargo, poner una regla general en un tema cautelar que permita en todos los supuestos un traslado de la solicitud cautelar, en mi opinión, puede afectar la esencia de la eficacia y de la urgencia que requiere todo proceso cautelar.

Quería hacer un par de comentarios sobre el tema anterior de la casación en los procesos cautelares.

Primero, sin ánimo de generar todo un debate sobre lo que es la naturaleza de la casación, yo tengo mis dudas de que la casación sirva para revisar temas como pueden ser las medidas cautelares.

Los fines de la casación, bueno, todos los conocen y ustedes mejor que yo, son la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, la unificación de la jurisprudencia y la justicia del caso concreto, existiendo toda una discusión sobre si éste último es un fin de la casación, es decir si los temas del debido proceso deberían llegar a la corte casatoria ó no, toda vez que ya se está respetando el derecho a la doble instancia que tendría cada justiciable.

Otro tema en materia de casación con el que hay que tener mucho cuidado, en caso se considere procedente el recurso de casación para temas cautelares, es el de los efectos del concesorio en un recurso de casación. Conforme al Código Procesal, el efecto de conceder un recurso de casación es suspender la ejecución del auto o de la sentencia que estamos impugnando vía casación. Eso sería nefasto para un tema cautelar. Justamente la eficacia de la medida cautelar permite que ésta, una vez aceptada o concedida por un juez, sea ejecutada inmediatamente a pesar de su impugnación. Si el Juez de primera instancia otorga una medida cautelar, esa medida cautelar es apelable sin



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

efecto suspensivo, es decir, que la apelación no va a afectar la ejecución. Pero lo que resuelva esta corte superior respecto a la apelación de la cautelar es materia de un recurso de casación, el concesorio de éste si suspendería inmediatamente la ejecución de la cautelar, por mandato expreso del artículo 393 del Código Procesal Civil, que dispone que la interposición de la casación suspende la ejecución de la decisión impugnada. Esto último, si afectaría gravemente la eficacia de la medida cautelar, por lo que hay que tener mucho cuidado en la utilización del recurso de casación en estos casos.

7. **Respecto a la contracautela. Teniendo en cuenta que en el Proceso Civil la contracautela es una garantía ante un eventual daño de la parte sobre la cual recae la medida cautelar. Por otro lado, en el Proceso Constitucional esta figura jurídica es inexistente. ¿Consideran ustedes que en ambos es pertinente la contracautela? O ¿Cuáles son las razones fundamentales que justifican tal distinción?. Por otro lado, ¿Consideran que la responsabilidad civil debe estar mejor delimitada en el caso de las medidas cautelares?**

H. LAMA: A lo largo de esta conversación que hemos tenido; parece que en algunos momentos se han mezclado las figuras civiles, propiamente dichas, de las constitucionales, propiamente dichas. Entonces pareciera como que estamos hablando en idiomas distintos.

Claro, desplazar los principios o las reglas procesales que se establecen en el proceso civil al proceso constitucional, sería una locura; porque los derechos que están en juego son completamente diferentes.

El proceso civil está pensado principalmente para asuntos, principalmente digo, no necesariamente siempre, para asuntos de orden patrimonial o por asuntos que no siendo de orden patrimonial son derechos que están regulados en la ley.

Excepcionalmente podría en un proceso civil, conocerse en un asunto de derecho lesionado por alguna persona que tenga rango constitucional, pero esa no es la regla. digamos eso podría presentarse, y en cuyo caso el juez civil también es un juez en estricto constitucional, por la facultad que le ha concedido el artículo 138; el juez ordinario, el juez del Poder Judicial, cualquier órgano del Poder Judicial, puede llegado el momento preferir la Constitución ante la norma legal;

cuando hay incompatibilidad, y eso es lo que se conoce como Control Difuso, Control Disperso de la Constitución, inaplicando la Ley para el caso específico.

Por lo demás, si el objeto del proceso es la tutela de un derecho Fundamental, creo que las reglas o principios son totalmente diferentes, y si bien se aplica supletoriamente la norma procesal o, digamos en general, en caso de que no se pudiera regular in extenso, o no se hubiera regulado la norma procesal constitucional, podría tomarse la ayuda de la norma procesal civil, sólo en los casos de vacío.

En materia de contracautela, es obvio que si el asunto es patrimonial y es posible que la medida cautelar cause un daño, ese daño puede ser asegurado en el momento en que se evidencie.

Si el elemento adicional a la verosimilitud y al peligro en la demora es la contracautela, este debe ser eficaz. Se ha conversado hace un momento que la caución juratoria es un saludo a la bandera porque aún sin caución juratoria, decíamos hace un momento, si hay daño se tiene que indemnizar, esa es la obligación: todo que cauce daño tiene que indemnizar, si por dolo o culpa causa daño se tiene que indemnizar. Esa es la regla; no es una regla reciente, es regla muy antigua.

Entonces no necesito ni siquiera decir caución juratoria, en realidad es como un prometer que va a pagar y de repente no paga o de repente paga, si tiene patrimonio pagará, o si lo esconde, bueno, será difícil encontrarlo y seguramente no paga.

No es cierto que todas las medidas cautelares dadas en el Poder Judicial han sido con caución juratoria, eso es una exageración.

Hay medidas cautelares, un gran número de medidas cautelares dictadas en sede judicial han sido conferidas o concedidas con cartas fianzas bancarias en unos casos o con garantías reales en otros casos.

Es cierto, no voy a tapar el sol con un dedo, hay algunos jueces que han hecho uso y abuso de las medidas cautelares, y eso no es de ahora, eso ha sido de siempre; incluso cautelares en Amparos. Se desprestigió tanto la cautelar en Amparo que tuvo que haber una modificación, y se hizo la cautelar en Amparo completamente ineficaz. Recordemos que antes que se produzca la modificatoria de la cautelar, la cautelar era *inaudita pars* en Amparo y el juez lo dictaba a solicitud del interesado y muchos procesos de Amparo quedaban

solamente en cautelares porque se restituía el derecho, y el principal quedaba paralizado y se quedaba allí abandonado porque digamos, del principal, el cautelar ya había resuelto el problema. Casi una medida auto-satisfactiva, es decir casi el proceso terminaba con la cautelar y ya el Amparo quedaba allí votado y nadie se interesaba en moverlo. A eso se puso coto porque se hizo uso y abuso de eso, y finalmente se terminó modificando la Ley, llegando hasta el otro extremo. Incluso se decía que la medida cautelar no debía importar la ejecución del principal cuando el cautelar generalmente....las medidas cautelares de suspensión del efecto contienen una pretensión cautelar similar a la ineficacia o a la dejación o la invalidez del acto que está siendo objeto de impugnación en el principal, entonces son similares la cautelar con la principal y los órganos jurisdiccionales terminaron denegando la mayoría de las cautelares en los Amparos hasta noviembre del año pasado.

Rara vez se dictaban cautelares en el Amparo, no solamente porque se corría traslado o porque no se ejecutaba de inmediato, o que intervenía el fiscal, era notificado el fiscal, sino porque generalmente el juez salía con la norma del artículo 30 que decía: «importando el pedido cautelar cumplimiento del principal, improcedente la demanda». Lo cual era un contrasentido porque precisamente el cautelar era una especie de anticipo, algo que se iba a producir en el principal. Fue totalmente ineficaz ese sistema de medida cautelar y también había allí la famosa caución juratoria o declaración bajo juramento que se pagarán los daños en caso que se produzcan. Creo que en el proceso cautelar en el Amparo, no debe imponerse la condición o requisito de la contracautela porque el derecho que está en debate es un derecho extrapatrimonial, un derecho fundamental que no requiere que la persona tenga patrimonio para poderla hacerla valer, porque se entiende que está siendo afectado en un derecho básico, en un derecho esencial que prioriza la Constitución en su seguridad y en su protección. En consecuencia la naturaleza de ese derecho es lo que hace que no sea necesaria o no sea exigible la contracautela en el caso de las medidas cautelares de los procesos constitucionales. No sucede lo mismo en el caso de los procesos civiles en incluso de los contencioso-administrativos. El contencioso-administrativo es un primo hermano del Amparo. Sin embargo allí se discuten asuntos patrimoniales; hasta donde yo conozco, las contracautelas que allí se solicitan son generalmente capacidad bancaria, solidarias, irrevocables, de ejecución inmediata, generalmente por el monto de la obligación. En consecuencia el emplazado se encuentra

asegurado de la eventualidad de que la cautelar pudiese producir un daño, llegando el momento en que el derecho del demandante no se pueda hacerse realidad. La justificación es obvia, mientras que en uno se discuten asuntos patrimoniales en el otro se discuten sobre derechos fundamentales; en el primero si es necesario que haya una contracautela eficaz y en el segundo el derecho trasciende al patrimonio

N. RAMÍREZ: Si me permiten un comentario muy breve. Hay una pregunta dentro de este punto siete que me genera particular interés. ¿Consideran que la responsabilidad civil debe estar mejor delimitada en el caso de las medidas cautelares?. Este es el talón de Aquiles del sistema. Junto con la caución juratoria este es el talón de Aquiles, por eso es que Anibal Quiroga se preguntaba ¿Qué casos conocemos en que una medida cautelar arbitraria haya generado una indemnización posterior? Y no es porque no falte derecho, no es porque el hecho no sea fácilmente demostrable, sino porque sabemos que ganar esa incidencia es posible, pero ejecutarla, fundamentalmente ejecutarla, es tarea vana, calendas griegas, por eso no nos animamos, pero no es porque no estemos indignados con la arbitrariedad. Y esta es la tarea que le falta cumplir a la legislación y a la doctrina; hay que reconocerlo, porque en este punto somos subsidiarios de la tesis dualista de la responsabilidad civil del código sustantivo, contractual y extracontractual.

Creo que el problema tiene su propia personalidad, sus propias características; por ende, debe tener una respuesta también originaria, quizás una posición ecléctica, porque señores, hay casos, por ejemplo, un proceso en que el demandante ha tenido la razón sobre el fondo, pero el éxito no se obtiene por una cuestión meramente formal.

Por ejemplo un proceso ejecutivo, cuyo título valor recaudado es discutido sobre la base de su invalidez formal. Pierde mérito ejecutivo, pero la obligación causal persiste. Si en este proceso se dictó una medida cautelar y al final perdió el demandante. ¿Tendríamos que condenarlo a pagar daños y perjuicios, de todas maneras? Diría que no, porque tuvo y tiene razones para haber solicitado y obtenido la medida cautelar, aún cuando el proceso de cobro se perdió.

En otros casos, es tan absurda la pretensión, y la medida que la acompaña, que definitivamente *ope legis*, objetivamente, debería concederse una indemnización sancionatoria. Este es un tema álgido, y creo que definitivamente el Código Procesal Civil no lo ha



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

enfrentado y ahí está parte también de este gran problema.

E. BLUME: Quería ser muy breve en este tema de la pregunta siete relacionado con la contracautela, y quería coincidir con el Doctor Lama More, que es un ilustre magistrado del Poder Judicial, en el sentido de que el señala que no corresponde exigir la contracautela dada la naturaleza del proceso constitucional, y simplemente para reafirmar que en este concepto hacer dos citas. La primera, la de los propios autores del anteproyecto, los doctores Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danos Ordoñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Ore Guardia, quienes en el estudio introductorio que han elaborado al anteproyecto y al propio proyecto del texto de la ley vigente, señalan : « Por cierto, se elimina la exigencia de contracautela, no solo porque no corresponde su empleo en sede de derechos constitucionales presuntamente afectados, sino porque en estricto la contracautela no es un presupuesto para la obtención de la medida sino un requisito para su ejecución...» y en esta misma dirección el Doctor Mesias anota que «(...)con la diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho por la el principio de la gratuidad y por la naturaleza de los derechos a proteger, el que solicita la medida cautelar o la suspensión del actos violatorios no esta obligado a ofrecer contracautela(...)». Simplemente agregar que en este tópico el Código Procesal Constitucional ha dado un avance, porque no olvidemos que la legislación anterior procesal constitucional si establecía la exigencia de la contracautela aunque en la practica, particularmente no conozco casos que en procesos constitucionales se haya exigido la contracautela y en todo caso me imagino que de haber ,deben haber sido muy pocos. Osea, en la practica los jueces optaron por dejar del lado esta exigencia e inclusive los propios demandantes y los propios demandados no se preocupaban del tema de la contracautela, porque ciertamente, como ya se ha reiterado en varias oportunidades, estamos frente pues , a derechos de una naturaleza muy especial y que por lo tanto es procedente la exigencia de la contracautela. Eso es todo.

8. La Reforma Italiana , mediante la Ley 80, estableció que las medidas cautelares anticipatorias ya no son instrumentales ,en cuanto no pierden su eficacia si es que el actor no instaura el proceso principal o si es que este se extingue por causa distinta de la sentencia de fondo. De lo expuesto, consideran ustedes que en el Perú se debería transformar la tutela

cautelar en una tutela meramente provisional y ya no instrumental, ¿De ser afirmativa su respuesta ,qué medidas se deben tomar en cuenta para delimitar su regulación?

M. RAFFO: La instrumentalidad de las medidas cautelares es una característica esencial de éstas. Una medida cautelar es instrumental porque sirve a un proceso principal. Recordemos que la medida cautelar asegura la eficacia del proceso principal, la misma que se puede ver afectada por el transcurso del tiempo. Osea, la demora en el tiempo que dura un proceso regular ocasiona un peligro de eficacia en el proceso principal.

La medida cautelar justamente esta prevista para asegurar la eficacia de ese proceso principal, es decir, la medida cautelar sirve al proceso principal, y por tanto esa es la razón de ser de su característica de instrumental. Si le quitamos a la medida cautelar esa característica deja de ser en esencia una medida cautelar.

Si podemos hacer dos grandes clasificaciones de la tutela jurisdiccional o de los tipos de tutela jurisdiccional diríamos que la tutela jurisdiccional puede ser «Tutela Satisfactiva» si lo que se busca es la satisfacción de los derechos sustantivos en controversia o en conflicto, ó «Tutela Asegurativa» si lo que se busca es asegurar la eficacia del proceso.

La medida cautelar es una tutela asegurativa, no es una tutela satisfactiva, pues la medida cautelar no tiene la finalidad de satisfacer los derechos sustantivos que se discuten dentro de un proceso sino solo asegurar la eficacia del resueltazo del proceso.

Si le quitamos la característica de instrumental a la medida cautelar lo que estamos haciendo es convertir a la medida cautelar en una tutela satisfactiva y por tanto ya no es una tutela cautelar.

Hoy en la doctrina, por ejemplo, existen lo que se denomina las «Medidas Autosatisfactivas». Hay quienes confunden a dichas medidas autosatisfactivas con una medida cautelar.

¿En qué consisten las medidas autosatisfactivas? Son un pedido de tutela urgente a un juez, que se dicta sin conocimiento de la parte contraria ante una situación de urgencia. Hasta ahí se parece muchísimo a la medida cautelar. La gran diferencia entre una u otra es que con la medida autosatisfactiva busca la satisfacción de un derecho sustantivo, la medida cautelar no.

Y por tanto, si le quitamos la característica de instrumentalidad a la medida cautelar, repito, estaríamos desnaturalizando ésta y estaríamos ante un supuesto de tutela satisfactiva y ya no de tutela asegurativa.

A. QUIROGA: No alcanzo a entender un poco la formulación de la pregunta porque hay que hacer una diferencia entre lo que es una tutela cautelar meramente provisional y ya no instrumental. Bueno, lo provisional es la instrumentalidad, o sea, lo que la teoría de la medida cautelar señala es que una medida cautelar es prejuzgativa, que es provisional, instrumental, variable y transitiva. ¿Por qué? Porque se puede adoptar quitar, extender, reducir, conceder, no se puede conceder, y de ahí viene la posibilidad inclusive, por la propia doctrina de que eso se pueda conocer en la Corte Superior o la Corte Suprema, pero ese es un debate que ya hemos hecho.

Lo que quiere señalar la pregunta es que si es posible una medida cautelar autónoma. Yo no coincido con la profesora, en no considerar la tutela autosatisfactiva como una medida cautelar. Es una medida cautelar, ¿lo que ocurre es que es una medida cautelar sin proceso principal, como lo es el amparo por ejemplo. El Amparo es un proceso cautelar de orden constitucional autónomo, sin un proceso al costado. Lo que hay al costado es el cumplimiento de la Constitución. Por lo tanto ahí hay un matiz teórico de diferencias, ¿no?. De alguna manera lo que se haría sería regular el tema del proceso cautelar autónomo o lo que se llama las medidas de urgencia o la tutela autosatisfactiva. Quiero referirme para poder ser un poco más explícito a un ejemplo de la realidad que me tocó vivir con el Doctor Ramírez, pero creo que ya se olvidó del tema, porque aquí casi desfallecimos con la corte suprema, que fue el siguiente:

«Una compañía va al juez y le dice: Mire Señor Juez, hay una laguna que está a punto de colapsar porque mi vecino que es otro minero está haciendo excavaciones por debajo del lecho de la laguna, más allá de lo permitido. Si esto sigue así eso va a colapsar. La Laguna va a reventar, y eso va a ser un peligro porque se va a inundar mi mina y se va a inundar la del vecino también, así que ordénele usted que paralice, que deje de hacer lo que está haciendo porque sino va a ver una desgracia. El juez inicialmente le concede una tutela, no había proceso al costado, no era una medida cautelar anticipada, era una medida cautelar pura, por sí sola: autónoma, y Nelson no me va a dejar mentir que fue así.

El juez le concede esto y la Corte Superior revoca la decisión. Se interpone la casación y la Corte suprema dice: Yo no lo veo, no me corresponde verlo porque esto interpretándose rigurosamente la ley y sin ir donde no se distingue, no obstante que se dice que el juez tiene que ir en base a la ley, y ser un creador del derecho, que el juez es gestor del proceso y que la ley no puede ser un corsé para él. Hay dos discursos en eso. Cuando conviene el juez está amarrado a ley y cuando conviene el juez está por encima de la ley. Por eso yo pido que haya un poquito más, digamos, de uniformidad en el criterio. Pero en todo caso la Corte suprema se negó a ver esto. Pasaron seis meses, y efectivamente la laguna colapsó y no solamente se inundó la mina del vecino, y se inundó la mina del peticionante sino que además murieron doce obreros mineros. Si la Corte Suprema hubiese amparado esto, habrían doce personas que estarían con vida hoy día, y doce familias que no se hubieran visto afectadas por esta decisión formalista porque no lo vieron, porque la ley era muy estrecha, entonces la tutela cautelar de urgencia trata de eso; la Corte Suprema no lo quiso ver y la Corte Superior entendió que eso no estaba regulada en el Código Procesal y que por lo tanto no le correspondía conocer ese tipo de realidades y finalmente como se había señalado en el recurso de urgencia; la mina colapsó porque se hicieron más huecos de los necesarios y el lecho de la laguna fue mucho más fuerte y el tema por gravedad inundó todo lo que estaba hacia abajo y en el camino se llevó a doce mineros.

¿Esto tiene que regularse o no? Yo creo que sí tendría que regularse, en verdad no tendría que estar regulado específicamente porque debería ser una materia de interpretación a la luz de la regulación actual, pero como quiera que se necesita para una cosa que haya una ley específica, tendría que regularse específicamente. Y en ningún caso prohibir la participación de la corte suprema, yo no creo poner una instancia de revisión, y dije claramente, y repito si no se escuchó, que no va a suspender la eficacia de la medida cautelar. Entonces, cuando se conceda una casación no significa que la medida tenga que suspenderse, el que la casación se haga con suspensión de la sentencia, no significa que tenga que ser igual respecto a la medida cautelar; eso no se ha dicho acá. La medida cautelar en este caso tendría vigencia y la casación se concedería exactamente igual que una apelación sin efectos suspensivos, sin afectar la vigencia. No hay que entender que la casación siempre tiene que suspender el tema.



Medidas Cautelares en el Proceso Civil...

Con la revisión de la corte suprema el tema sería mucho más claro.

Hay una institución que el derecho procesal de la cual no se ha hecho uso que se utiliza en México que es muy importante; es la facultad de atracción o la facultad coacción que implica lo siguiente, que se puede aplicar perfectamente a los procesos cautelares. Cuando una corte superior está conociendo un proceso de importancia. Este proceso tiene mucha trascendencia y que genera mucha polémica, la Suprema Corte de la Nación de México absorbe el proceso, lo chupa, se lo quita en competencia a la corte superior y hace de corte de apelación. Nos puede parecer un tema que horroriza a la gente, ¡no cómo va a ser eso!. La corte suprema sólo funciona en casación y la corte superior solamente en apelación, pero eso está en la teoría del proceso y es una opción legislativa; cuando se trate de una causa constitucional o un tema de trascendencia o un tema de complejidad la Suprema Corte Mexicana absorbe un proceso, se lo quita a la corte superior y funciona como una corte de revisión y no pasa absolutamente nada; lo que pasa es que una lógica correcta, nos tiene que llevar a decir si la corte superior sentencia bien, la corte suprema sentencia mucho mejor pero acá hemos invertido un poco la jerarquía y los principios y pensamos que la corte suprema actúa mal y que solamente la corte superior las hace bien. Eso posibilitaría que en algunos casos, en los casos de trascendencia o en los casos polémicos o en los casos de una grave injusticia o de una grave arbitrariedad, la corte suprema pueda revisar algunos procesos cautelares, por ejemplo si es que no se quiere revisar todo y nos proporcione como nos tiene que proporcionar una adecuada interpretación; que eso va a significar hechos, que eso va a realizar los hechos, nadie ha dicho eso, yo quiero saber qué cosa significa en materia de unicidad de interpretación unívoca, por ejemplo; contracautela; qué quiere decir en materia legislativa, caducidad; qué quiere decir por ejemplo la ley sustantiva en materia procesal respecto de una medida cautelar genérica, qué quiere decir por ejemplo hasta dónde alcanza la discrecionalidad de un juez, hasta dónde alcanza la posibilidad de extender el concepto de verosimilitud: yo necesito saber eso para saber en qué márgenes voy a actuar y no estar interpretando e inventado a cada rato el derecho, cuando me conviene me ajusto a la ley, cuando no me conviene me extiendo sobre la ley; no hay ninguna razón, ni siquiera la eficacia de la medida cautelar ni ninguna otra, excepto el querer mantener el status quo actual que impida el control de la corte suprema o que impida que se conceda medidas cautelares por la corte superior o que impida un tratamiento mucho más racional de las providencias

cautelares; nadie quiere que no exista y nadie quiere que éstas no tengan vigencia pero hay que ubicarlas en su contexto pues son medidas excepcionales. La regla general es que las personas tienen que ser oídas hasta el final y que la declaración de certeza sólo viene con la sentencia. La excepcionalidad implica adelantar una opinión bajo premisas que la ley específicamente señala y que el juez está autorizado para hacer; no es la regla general, por lo tanto las excepciones son taxativas y se interpretan restrictivamente y se respeta siempre la regla general a menos que uno esté facultado a aplicar la regla excepcional; por esas razones yo creo que podría perfectamente ser una reforma legal a un tema que conceden en algunos casos, como el ejemplo que puse hace un rato, que es de la vida real, un proceso real, que llevó la defensa el Doctor Ramírez; de poder regular medidas cautelares en procesos autosatisfactivos, autónomos o como se les quiera llamar; sin necesidad de que en algunos casos siempre haya al costado un proceso principal, tal como ocurre en las garantías constitucionales. Todos los procesos de garantía; los cuatro, son procesos cautelares, cautelan la vigencia de un derecho fundamental y de hecho están regulados por el artículo 25 del Pacto de San José, en tanto que el proceso judicial está regulado por el artículo 8, las acciones de garantía están regulados por el artículo 25 y nadie impide para que esto sea tratado de esa manera.

N. RAMÍREZ: Me permites un comentario por favor. Al Doctor Quiroga gracias por recordarme ese caso, porque para mí, en particular, fue una experiencia muy dura de asimilar y solamente quiero expresar un par de cuestiones, en el afán de que ustedes, estudiantes de derecho aquí presentes, se lleven una lección de vida, que les pueda ser útil en el futuro.

Solamente para dimensionar la idea de lo que paso. Cuando se desfondó la laguna se produjo un efecto tipo «tina», esto es, una especie de remolino que se forma cuando destapamos la tina llena de agua. En la superficie de la laguna, que estaba coronando la montaña se produjo ese remolino lo cual permitió advertir la gravedad del hecho y avisar a las galerías de la mina, lo que permitió que salieran la gran mayoría de trabajadores. Si no hubiera sido por ese aviso previo, hubieran muerto muchos más trabajadores. Un segundo aspecto que estimo vital expresar, ¿saben qué me pasó con esta experiencia? Me frustró mucho el saber que el derecho no tiene una respuesta adecuada a una cuestión gravísima, que reclamaba tutela urgente; la respuesta, siempre ortodoxa, casi exegética, que no es a la que uno aspira idealmente, fue rendir culto a la indiferencia. Como estudiantes de derecho quisiera que aprecien este sentir,

pues hay una cuestión que marca mucho mi fe en el sistema. Cuando me cruzo por las calles con el abogado de la parte contraria, que me «ganó» el proceso, porque logró que la medida autosatisfactiva otorgada en Cerro de Pasco sea, en mayoría de votos, revocada por la corte de Huanuco, me pregunto, si dicho Abogado puede dormir tranquilo; me pregunto si el ejercicio del derecho que él conoce, ese derecho objetivo, es el derecho idealista con el cual nos formamos; me pregunto si la defensa apoyada en la ley exegéticamente considerada, por encima de valores, como en este caso, se puede anteponer a la vida humana que estaba comprobadamente en peligro. Esa es precisamente la necesidad que existe, por eso es importante este debate, para saber si efectivamente nos atenemos al texto frío de la ley o en el caso concreto lo llenamos de los valores que no son meras ideas o ideales, que deben tener corporeidad en el caso concreto, porque sino señores, somos meros abogados sin ideales. Gracias.

H. LAMA: Sí, yo creo que no hay lugar a dudas y todos coincidiremos que en los casos excepcionales donde hay de por medio una afectación inmediata a un derecho fundamental o a un valor básico que el sistema protege, cualquier tipo de disposición normativa que impida su protección debe ser superada. El Código Procesal Civil es una norma de rango legal y si esa norma impide la protección de un derecho fundamental debe inaplicarse y tiene que aplicarse la constitución. Yo creo que para eso no se necesita mas que aplicar la constitución, y creo que cualquier puede hacerlo en aplicación del artículo 138 de la carta magna. Hace unos años tuve la oportunidad de presenciar un proceso en que el juez había declarado improcedente *in limine* la ejecución de un laudo arbitral, porque consideraba de que el título de ejecución no

contenía la suma ilíquida, es decir que no era liquidable por operación aritmética porque los árbitros habían decidido que la suma debería establecerse por pericias, la parte vencida debería pagarle a la vencedora en el proceso arbitral una suma equivalente al valor de un inmueble, que tenía que fijarse con peritos y la parte vencedora debía pagarle a la parte vencida, en ese caso hubo reconvencción, una suma de dinero que equivalía a la inversión que había hecho en un negocio, que también debía fijarse por peritos, no había operación aritmética. El juez dijo no. La ley dice que haya operación aritmética, que debe haber operación aritmética y tiene que haber operación aritmética en consecuencia es improcedente la demanda. Pero un momento, efectivamente la norma procesal dice que tiene que ser liquidable por operación aritmética pero el tema es de tutela judicial efectiva; este señor ha ganado, tiene un laudo arbitral que equivale a una sentencia y tiene derecho a que esa sentencia se ejecute en los propios términos que el propio fallo así lo ha establecido, en este caso el laudo arbitral. En revisión, la corte superior inaplicó la norma procesal que establece ese mecanismo rígido y dijo que el derecho a la tutela judicial efectiva prevalece sobre esa norma y dispuso que el juez practique las pericias, establezca la suma líquida por pericia y no por operación aritmética y la ejecute después, para eso no necesita de una norma especial, para eso no necesita de una regulación expresa. Para eso necesita que el juez advierta la prioridad del derecho y que haga prevalecer el derecho fundamental sobre el derecho que establece la norma de rango inferior. Cuando estamos en debate no podemos entrar en las excepciones de los casos en los que de por medio existen derechos de rango constitucional, porque siempre va a ser ese derecho, el que va a prevalecer y si algo en la norma no lo permite, esa norma debe apartarse, debe de dejarse de lado y priorizar el derecho fundamental 