

LA ACTUALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR Y SU MODIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ANIBAL QUIROGA LEÓN (*)

Lima, Octubre de 2010

(*) Profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUC* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

“También la tutela ordinaria puede tener un objeto preventivo; también la providencia definitiva (no cautelar), puede, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegue sin retardo. Pero, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (prevención y urgencia) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del periculum in mora; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinaria, la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera”.

***Piero CALAMANDREI
Introducción al Estudio Sistemático
de las Providencias Cautelares***

ÍNDICE

I.	EL PROCESO Y EL TIEMPO.....	5
II.	CLASES DE PROCESOS.....	9
II.1.	EL PROCESO DE CONOCIMIENTO.....	9
II.2.	EL PROCESO DE EJECUCIÓN.....	10
II.3.	EL PROCESO CAUTELAR.....	12
III.	EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR.....	15
III.1.	EL DEBIDO PROCESO EN LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	15
III.1.1	UNIDAD DEL PODER JUDICIAL.....	16
III.1.2.	DERECHO AL JUEZ NATURAL.....	17
II.1.3.	AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.	21
III.1.4	PUBLICIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	23
III.1.5	MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES...	25
III.1.6	LA OBLIGACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA AÚN EN DEFECTO DE LA LEY APLICABLE.....	27
III.1.7	INDUBIO PRO REO.....	28
II.1.8	DERECHO DE DEFENSA.....	30
III.1.9	COSA JUZGADA.....	32
III.1.10	LIBERTAD PROBATORIA.....	33
III.1.11	EJECUTABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	34

III.1.12	ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	35
II.1.13	DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL.....	36
III.1.14	CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.....	40
III.2.	LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR..	45
IV.	CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR.....	51
IV.1.	CARACTERÍSTICAS.....	51
IV.2.	PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR.....	52
IV.3.	LEYES MODIFICATORIAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL..	53

I.

EL PROCESO Y EL TIEMPO

Aún cuando resulte común identificar como sinónimos *acción, proceso, procedimiento, juicio y forma procesal*, cada uno de estos términos son diferentes y deben ser diferenciados entre sí, no obstante su íntima relación, por lo que es menester identificar cada uno de dichos conceptos en el margen de la sutileza que ello suponga.

El proceso judicial supuso ser aquella elaboración socio-jurídica que permitió desde antiguo la superación del mecanismo de la autodefensa, de la acción directa, de la justicia por mano propia, de *manu militari* y de la ley del Talión (autotutela) como medio de solución de los conflictos, haciéndose necesaria la intervención del Estado en la solución de los conflictos de intereses de los particulares con el propósito de lograr un desarrollo social en justicia y paz a través de la cautelación de las relaciones jurídicas y la sanción de sus contraventores. Ello corre a cargo del Órgano Jurisdiccional, y éste a su vez funciona válidamente bajo una concatenación de actos jurídicos-procesales cuya culminación es la solución de la controversia bajo presupuestos, unánimemente acatados, de equidad y justicia. Esto segundo es el proceso.

CARNELUTTI ⁽¹⁾ dice que según la acepción común, proceso, como procedimiento (de *procedere-Pro-Caedere*), indica *ir-hacia-adelante-* mediante una serie, secuencia o cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad. Es, pues, el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. UGO ROCCO ⁽²⁾ lo define como el conjunto de las actividades del estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechas por falta de actuación de la norma de que derivan. CALAMANDREI ⁽³⁾ indica que el proceso judicial, civil o penal, consiste en una serie de actividades realizadas por el hombre, que colaboran para la consecución del pronunciamiento de la sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva. COUTURE ⁽⁴⁾ lo define a su vez como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. MICHELI ⁽⁵⁾ nos dice que por proceso se entiende una serie de actos, realizados por varios sujetos, unificados estructural y funcionalmente por la unicidad del fin que la ley atribuye al conjunto de los actos mismos y, precisamente, la actuación en concreto de una cierta forma de tutela jurisdiccional. El proceso por antonomasia es, en efecto, el proceso jurisdiccional en el cual intervienen un órgano del Estado (el juez) en el ejercicio de la función jurisdiccional.

(¹) CARNELUTTI, Francesco.- **Sistema de Derecho Procesal Civil**; Tomo I y II, Ed. UTEMA, Buenos Aires, 1994; p.48 y p. 396.

(²) ROCCO, Ugo.- **Teoría General del Proceso**, Ed. Porrúa Hnos., México D.F., 1994; cit. por PEÑA DUEÑAS, Hernán.- **Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal**; Ob. Cit. p. 67.

(³) CALAMANDREI, Piero.- **Instituciones del Derecho Procesal Civil**; p. 67.

(⁴) COUTURE, Eduardo.- **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1985, p. 121-122.

(⁵) MICHELI, Gian Antonio.- **Curso de Derecho Procesal Civil**; Tomo I, Eds. Jurídicas Europa-América; Bs. Aires, 1971; p. 6.

Los seguidores de GOLDSCHMIDT ⁽⁶⁾ lo conceptúan como el método que siguen los jueces para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente y para otorgar amparo en el caso que tal derecho exista. Finalmente, los adscritos a la escuela de CHIOVENDA ⁽⁷⁾ precisan que es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar o satisfacer coactivamente los derechos consagrados en ella.

Etimológicamente Proceso proviene de los términos *pro-caedo*, *pro-caedere* que significan *marchar hacia delante*.

El proceso se constituye así como una concatenación lógica de actos jurídico-procesales organizados racionalmente y orientados hacia la finalidad de la decisión *meritum causae* en la resolución de la controversia de que trate. El Proceso conlleva la idea de una realidad dinámica extendida en el tiempo opuesta a lo inmediato o instantáneo y que, además, requiere de la conexidad de tales actos, pues en caso contrario, tampoco se podría hablar de proceso.

Ahora bien, de la misma manera se ha visto anteriormente que el concepto jurisdicción tenía dos acepciones, una genérica y otra específica, igualmente el concepto del proceso puede estar referido a cualquiera de las dos acepciones comúnmente referidas como proceso jurisdiccional, en sentido lato y, proceso judicial en sentido estricto. Sin embargo, es adecuado dentro del derecho procesal referirse en sentido estricto al proceso como el proceso jurisdiccional-judicial o proceso jurisdiccional a secas.

ALZAMORA VALDEZ ⁽⁸⁾ nos dice que, el proceso, se traduce en constante dinamismo del órgano jurisdiccional del Estado y de las partes, se desarrolla en el tiempo, que ejerce trascendental influencia sobre él. Los hechos y los actos jurídicos, vistos desde las otras esferas del derecho, tienen cierto sentido de validez atemporal, pero dentro del proceso, que significa sucesión y continuidad, el tiempo es casi constitutivo de tales hechos. Triple es la relación del proceso con el tiempo: en primer lugar, el tiempo es el marco de la actividad procesal; en segundo lugar, es su ordenador; y, en tercer lugar, constituye una condición formal.

En efecto, el proceso como actividad dinámica, fluye y se desarrolla en un período o espacio de tiempo. En este sentido, se cumplen los distintos actos procesales que constituyen el proceso, desde el inicio hasta el final. La duración del proceso es un valor esencial de la justicia, es decir, la duración del conflicto de intereses debe llegar con la mayor celeridad. Asimismo, la excesiva limitación en el tiempo del proceso o de los actos procesales, puede llegar a lesionar el Debido Proceso Legal (derecho de defensa) que constituye un derecho fundamental y una garantía constitucional. La limitación de los plazos que disponen las partes para ser escuchadas y probar sus afirmaciones, límites excesivos, puede constituir una negación del derecho de defensa. Es necesario resaltar que dichos actos procesales se produzcan en ciertas circunstancias de tiempo para que sean válidos. En consecuencia, los que se hagan

⁽⁶⁾ Citado por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p. 79.

⁽⁷⁾ Op. Cit.

⁽⁸⁾ ALZAMORA VALDEZ, Mario.- **Teoría del Proceso Civil**; p. 297-298.

fuera de aquellos lapsos serán inválidos, es decir, nulos. Conforme VESCOVI ⁽⁹⁾ existen espacios de tiempo hábiles, genéricamente, para realizar actos del proceso en general (días y horas hábiles). Pero además, y según el contenido y la función (finalidad) de cada acto, habrá un lapso de tiempo determinado para que dicho acto pueda cumplirse. Esto es lo que se llama plazo. COUTURE ⁽¹⁰⁾ nos dice que el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales.

En este sentido, el principal defecto del proceso es el tiempo. El proceso toma tiempo. Esta situación plantea una paradoja: el ordenamiento prohíbe la autodefensa, de la acción directa, la justicia por mano propia; por otro lado, el ordenamiento jurídico confiere al particular un medio de protección del conflicto de intereses, sin embargo, ese medio de protección no actúa de manera inmediata, sino que requiere que transcurra el tiempo para que la mencionada protección sea efectiva. Pero esa demora genera un peligro, y muchas veces termina por producir la amenaza de lesión o una mayor lesión, muchas veces irreparables. De esta manera, el tiempo que toma la demanda de resolución de un conflicto de intereses que se encuentre lesionada o amenazada puede terminar por premiar a quién produjo la lesión o mantiene la amenaza y por perjudicar a quien el ordenamiento jurídico desea proteger. Tal como mencionamos, la relación entre el proceso y el tiempo, se centra en hacer que el proceso fluya dentro del tiempo necesario para que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa y para que el Juez pueda adoptar una debida decisión, y a su vez, evitar que ese tiempo termine por perjudicar la declaración de una sentencia eficaz.

⁽⁹⁾ VESCOVI, Enrique.- *Teoría General del Proceso*, Editorial Themis, Bogotá, 1984, p. 283-284.

⁽¹⁰⁾ COUTURE, Eduardo.- Op. Cit. p. 148.

II.

CLASES DE PROCESOS

II.1. EL PROCESO DE CONOCIMIENTO.-

II.1.1 DEFINICIÓN.-

El proceso de conocimiento lleva al Juez a *conocer* una determinada controversia entre sujetos y a resolverla, estableciendo cuál sea la situación jurídica entre las partes litigantes, es decir, a establecer quien entre los justiciables tiene la razón, mediante una resolución de fondo, generalmente una sentencia imperativa e inmutable, a la cual se le atribuye la calidad de cosa juzgada. CARNELUTTI ⁽¹¹⁾ señala que, la fórmula del proceso de cognición asigna al proceso el contenido de conocer. *Conocer y juzgar*, en el terreno lógico, son la misma cosa.

En efecto, a través del proceso de conocimiento se pretende que el Juez, previo conocimiento del litigio resuelva la pretensión discutida. Los procesos de conocimiento pueden concluir con la decisión del Juez de constituir una nueva relación jurídica, de ordenar una determinada conducta a alguna de las partes, o de reconocer una relación jurídica ya existente. Estos diversos resultados pueden ser alcanzados a través del proceso de conocimiento.

Por otra parte, los códigos imponen una aplicación subsidiaria de las reglas del proceso de conocimiento a los otros procesos; resulta la vía de mayor amplitud para resolver los conflictos de intereses.

II.1.2 CARACTERÍSTICAS.-

Una de sus principales características resultan los plazos amplios que se reflejan en todas sus etapas. A manera de ejemplo, el plazo para contestar la demanda, plazo para recepcionar y calificar la prueba y en el término para dictar sentencia, el proceso de conocimiento es aquel que tiene como objeto una pretensión inicialmente incierta tendiente a lograr que la Judicatura que conoce la causa, conozca a fondo el problema, reciba la prueba y dicte sentencia de mérito, decidiendo de forma definitiva la cuestión.

II.2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN.-

II.2.1 DEFINICIÓN.-

El proceso de ejecución es la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional del Estado para conseguir el cumplimiento de una obligación que consta en un título

(11) CARNELUTTI, Francesco.- *Derecho y Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, p. 77.

ejecutivo o de ejecución, es decir, que se haya predeterminada por el Estado o predeterminada por la ley. El título ejecutivo en mención, puede ser judicial y extrajudicial, y éste último puede ser, a su vez, convencional y administrativo. El título ejecutivo judicial es la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*). Asimismo, el título ejecutivo convencional es el que resulta del reconocimiento hecho por el deudor a favor del acreedor de una obligación cierta y exigible, reconocimiento al cual la ley le atribuye efectos análogos a la sentencia. En tanto, el título administrativo es el que tiene su origen en un acto de la administración pública.

Conforme el Art. 688° del Código Procesal Civil ⁽¹²⁾, son títulos ejecutivos los que a continuación indicamos: 1) Las resoluciones judiciales firmes; 2) Los laudos arbitrales firmes; 3) Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley; 4) Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia; 5) La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia; 6) La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido; 7) La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta; 8) El documento privado que contenga transacción extrajudicial; 9) El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual; 10) El testimonio de escritura pública; 11) Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

II.2.2 CARACTERÍSTICAS.-

CARNELUTTI ⁽¹³⁾ señala que la finalidad característica del proceso ejecutivo consiste, pues, en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido la satisfacción *sin o contra la voluntad del obligado*. En el proceso ejecutivo se contraponen también, como en el jurisdiccional, dos partes, y entre ella se interpone un tercero, que es el órgano del proceso, pero el fin a que tiende cada una de estas *dramatis personae* es esencialmente distinto del que caracteriza el proceso de conocimiento. No nos encontramos ya antes dos partes que se disputan la razón y un juez que busca cuál de las dos la tenga, sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla, en tanto que el órgano del proceso se la quita a ésta para dársela a aquella.

Entre las características del proceso de ejecución podemos indicar las siguientes: 1) El proceso de ejecución, al igual que el proceso de conocimiento, requiere de la interposición de la demanda, 2) A diferencia del proceso de conocimiento, la iniciativa puede corresponder al acreedor o al deudor, cualquiera de ellos puede entablar la demanda, *contrario sensu*, en el proceso ejecutivo la demanda solamente puede ser interpuesta por el acreedor, 3) No persigue que se declare la existencia o certeza de la obligación, sino el cumplimiento de la misma, 4) Aunque no persigue la declaración de la existencia y certeza de la obligación sino su cumplimiento, es un proceso contencioso porque la ley permite al demandado contradecir la ejecución y, la contradicción se somete a trámite concluyendo con la sentencia, 5) Las partes están

⁽¹²⁾ Artículo Modificado por el Art. Único de D. Legislativo N° 1069, de 28/06/2008.

⁽¹³⁾ CARNELUTTI, Francesco.- ***Instituciones de Derecho Procesal Civil***, Tomo III, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Harla, México, 1997, p. 35

en situación de desigualdad, el acreedor está en situación de ventaja frente al deudor, por el mérito que la ley le confiere al título ejecutivo, pues es parte de la existencia de la obligación, por ello el Juez al proveer la demanda y admitiendo la ejecución no corre traslado de la demanda sino que ordena el cumplimiento de la obligación, 6) Es un proceso breve, 7) Es un proceso que admite diversos procedimientos en atención a la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se persigue.

Cabe mencionar, la reflexión y pregunta de ARIANO DEHO ⁽¹⁴⁾ respecto de si nos encontramos frente a un proceso o procesos de ejecución. En tal sentido, estamos frente a un proceso de ejecución si nos referimos a la necesaria diversidad que asume la ejecución en función al derecho a satisfacer. Proceso de ejecución si con ellos nos referimos al presupuesto fundamental de la ejecución: el título ejecutivo. El origen judicial o extrajudicial del título no debería ser la base para diferenciar los procesos de ejecución, como lo hace nuestro Código. El mismo cuerpo normativo, sigue la primera orientación, porque en verdad, la acción ejecutiva no es otra cosa que una suerte de ejecución general, y por ello, reúne los títulos judiciales y extrajudiciales, dándole un tratamiento unitario. Ninguna razón científica aconsejaba mantener el dualismo, y preponderantes razones de orden práctico recomendaban la supresión de acciones especiales, ya considerablemente multiplicadas en el derecho nacional. Lamentablemente nuestro legislador no siguió esta orientación y perdimos la oportunidad histórica de introducir en nuestro sistema procesal un proceso de ejecución auténticamente autónomo.

II.3 EL PROCESO CAUTELAR.-

II.3.1 DEFINICIÓN.-

Las medidas cautelares son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso al expedirse una sentencia favorable que el derecho controvertido sea iluso al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso. A tal efecto, la normatividad procesal (y la doctrina) nos otorga una serie de providencias cautelares a efectos de obtener la finalidad descrita con anterioridad. Por ello, el juzgador –antes de resolver la concesión o no de una medida cautelar – deberá ponderar los derechos afectados (en una eventual ejecución de la misma) con el interés particular del solicitante de la medida.

Como se puede apreciar, las medidas (o providencias) cautelares tienen su fundamento en función a un hecho determinante de la realidad jurídica: el tiempo en el proceso. En efecto, el proceso –como cualquier obra humana- es imperfecto, al ser un acto con proyección temporal que requiere del desarrollo de diversos sub-actos en el tiempo. ⁽¹⁵⁾ En tal sentido, la dilatación del proceso puede impedir la efectividad del derecho solicitado por quien solicita tutela jurisdiccional, lo cual constituye un obstáculo que impide su realización inmediata, retrasándolo o volviéndolo ilusorio.

En este contexto, la doctrina procesal (y la jurisprudencia naciente) tendieron a evaluar y analizar instrumentos por los cuales se evitará este perjuicio inherente al proceso. A tal efecto, después de años de desarrollo, nace la institución de las medidas

⁽¹⁴⁾ ARIANO DEHO, Eugenia.- *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, 2003, p. 331-332.

⁽¹⁵⁾ RAMOS MÉNDEZ, Francisco y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel.- *Las medidas cautelares en el Proceso Civil*. Barcelona: Industrias Gráfica M. Pareja, 1974, p. 11.

cautelares, que intentan evitar los peligros implícitos a la imperfección del proceso, procurando garantizar desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones con anterioridad a ésta, la efectividad del derecho afirmado en la demanda.

En ese orden de ideas, las medidas cautelares tienen un rol importante en la eficacia del proceso y la realización del derecho material, más aún teniendo que el paso del tiempo dentro del proceso puede distorsionar el objeto del mismo, lo cual –finalmente– vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la persona que requiere de la actividad jurisdiccional con la finalidad que su derecho no sea vulnerado.

No obstante lo expuesto, la doctrina procesal (y la jurisprudencia procesal civil nacional) ha “malinterpretado” la finalidad y el objeto del proceso cautelar a través de lo que podemos denominar “*garantismo procesal activo*” en donde se pretende privilegiar única y exclusivamente al solicitante de la medida cautelar, sin tener en consideración la posición del afectado con la misma, máxime si existe el principio procesal “*igualdad de armas*”.

No negamos que el procedimiento cautelar exista una *relativización del contradictorio* por su objeto y finalidad (inaudita pars); pero ello sólo se circunscribe a la afectación del derecho de defensa en aras de la tutela judicial efectiva del solicitante de la providencia cautelar, más no a otros mecanismos de defensa procesal.

CARNELUTTI ⁽¹⁶⁾ nos dice que, a diferencia del proceso jurisdiccional, el proceso cautelar no conduce ni a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa; a la cosa juzgada, porque su finalidad consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes; a la restitución forzosa, porque no tiene por finalidad remediar la lesión de una pretensión; por el contrario, mediante él se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el ejecutivo. En virtud del proceso cautelar, la *res*, no es, pues, *iudicata*, sino arreglada de modo que pueda esperar el juicio; a este arreglo, cuyo concepto se aclara comparándolo con el vendaje de una herida, le cuadra el nombre de *medida cautelar*, la que a su vez presupone el *proveimiento cautelar*, o sea el acto mediante el que el oficio dispone el arreglo provisional del litigio.

El proveimiento cautelar es, por tanto, el *tertium genus* junto al proveimiento jurisdiccional y al proveimiento *satisficiente*, y corresponde al tercer género de proceso por razón de la finalidad. Sin embargo, ésta es una clasificación de los proveimientos desde el lado *funcional*, y no debe ser confundida con otras distinciones que más adelante veremos y que lo consideran, en cambio, desde el punto de vista de la estructura.

El proveimiento cautelar consiste, ante todo, en una decisión del oficio, o sea en la determinación del estado jurídico impuesto para el arreglo provisional del litigio; y puede consistir, además, cuando haya necesidad de ello, en la ejecución forzosa de la decisión misma; se diferencian por ello el proveimiento cautelar *decisorio* y el proveimiento cautelar *ejecutivo*. En este sentido, no hay que confundir el proveimiento *decisorio* con el *jurisdiccional*, ni el proveimiento *ejecutivo* con el *satisficiente*; el proveimiento jurisdiccional es una subespecie del proveimiento decisorio, como proveimiento satisficiente es una subespecie del ejecutivo; hay, por tanto, un

⁽¹⁶⁾ CARNELUTTI, Francesco.- Op. Cit. p. 124.

proveimiento decisorio jurisdiccional y uno cautelar, y de la misma manera, el proveimiento ejecutivo satisfactorio se distingue del ejecutivo cautelar.

II.3.2 CARACTERÍSTICAS.-

Entre las características del proceso cautelar, de conformidad con el Art. 612° del Código Procesal Civil, podemos mencionar las siguientes: 1) Importa un prejuzgamiento y es provisoria; 2) Es instrumental y variable.

Importa un prejuzgamiento porque la finalidad de la medida cautelar es asegurar el cumplimiento del fallo definitivo, por tanto, el Juez, al acceder al pedido de la parte y dictar la providencia cautelar, está anticipando el posible resultado del proceso, en tal sentido, la anticipación es el resultado de un prejuzgamiento provisional y no definitivo, porque puede ocurrir que el fallo definitivo sea distinto y hasta contrario a la providencia cautelar.

UGO ROCCO ⁽¹⁷⁾ señala que, la medida cautelar no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro.

Este carácter, que atañe a la naturaleza jurídica de la providencia jurisdiccional cautelar, lo acompañan otras características, que aún no siendo propias y determinantes de la naturaleza de la providencia cautelar, sino comunes a otras providencias no cautelares, se encuentran, sin embargo, normalmente, en ellas, a saber: a) la cognición sumaria; b) el carácter de *urgencia*; c) el carácter de *provisoriedad*, o mejor, de *temporaneidad*; d) la autonomía, ya en orden a las relaciones de derecho sustancial a que la providencia se refiere, ya en orden a la existencia de una subsiguiente providencia de determinado contenido, que eventualmente puede resultar de la providencia final de mérito a la cual es aquella correlativa, pero no necesariamente preordenada y vinculada; e) el carácter *preventivo*, ya que tiende a obviar un peligro.

⁽¹⁷⁾ ROCCO, Ugo.- *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo V, Parte Especial, Proceso Cautelar, Ed. DEPALMA, 1977, p. 89-90.

III.

EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR

III.1 EL DEBIDO PROCESO EN LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.-

Los elementos esenciales que en conjunto dan realidad al Debido Proceso o Tutela Judicial Efectiva, esto es, aquellos principios y presupuestos procesales ineludibles que han de garantizar y hacer práctico, se encuentran en gran parte contenidos en la normatividad de la Constitución Peruana de 1993 a partir de sus Arts. 138 y siguientes, en el Capítulo VIII -Poder Judicial- de su Título IV -De la Estructura del Estado-, habiendo tenido como impronta los Arts. 232° y siguientes de la Constitución Política del Estado de 1979(D). Sin embargo tal relación, ayer y hoy, debe ser entendida como meramente ejemplificativa o enumerativa, y no taxativa o **numerus clausus**, pues los instrumentos o instituciones de orden fundamental pueden ser muchos y más variados, teniendo como base interpretativa el **Principio Pro Libertate** y constituyendo un absurdo pretender encerrar en una interpretación restrictiva las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia a sólo las que allí aparecen consignadas.

La Constitución establece un mínimo, y no un máximo, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repute como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un Debido Proceso Legal. La relación de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia no se agota en sí misma y es susceptible de ampliación doctrinaria o interpretativa.

Para poder ubicar al Debido Proceso Legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva dentro de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, podemos hacer una primera sistematización que facilite su estudio. En esto podemos seguir la pauta que para el efecto traza FIX-ZAMUDIO ⁽¹⁸⁾.

III.1.1 UNIDAD DEL PODER JUDICIAL.-

Parecería que las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia se inician en el numeral 139° de la Carta Fundamental de 1993. Sin embargo, en el Art. 138°, primera parte, ya se sientan las primeras bases de lo que vendría a ser la primera de ellas cuando expresamente se sostiene que:

“Art. 138°.- La potestad de administrar Justicia emana del pueblo y se ejerce a

⁽¹⁸⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- ***EL Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre...; Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial; La Protección Procesal de los Derechos Humanos; y, III Jurisdicción como función esencial del Estado Moderno.***

través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

(...)"

Esto es lo que recibe la denominación del Principio de Unicidad del Poder Judicial y que ya se encontraba contenido en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial(D) promulgada mediante Decreto Ley 14605 de 25 de julio de 1963, hoy repetida por el Art. 1ero. Del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992. Dentro de un esquema democrático de Estado de Derecho la potestad jurisdiccional debe ser siempre una sola, no sólo para el mejor desenvolvimiento de la dinámica del Estado sino como efectiva garantía para los justiciables de certeza en su camino procesal. Obviamente esto surge en los inicios de la teoría de la separación de los poderes que inspirara el Barón de Montesquieu para la Revolución Francesa, en base a la filosofía de John Locke, en una reformulación aristoteliana de Política, y que condensara magníficamente Duguit ⁽¹⁹⁾.

El ejercicio del atributo jurisdiccional está revestido de un necesario halo de legitimidad democrática sobre cuya base se produce la aceptación ciudadana a los fallos judiciales. No cabe, pues, dentro de la estructura de nuestra Constitución otra concepción que aquélla que determina que la tarea juzgadora se ejerce a nombre del pueblo, aun cuando los operadores jurídicos de la administración de justicia no sean directamente elegidos por éste. En ello hay un principio de legitimidad democrática indirecta o derivada, donde es la Constitución la que distribuye y reconduce la legitimidad popular de su contenido hacia los agentes judiciales.

Y como toda estructura organizada, la del Poder Judicial se encuentra sometida a una organización jerarquizada. Nuestra Constitución dispone que el Poder Judicial sea siempre un cuerpo unitario integrado por juzgados y tribunales de justicia integrados en una pirámide de poder, en cuya base se hallan los mayores agentes judiciales (los jueces de paz no letrados) y en cuyo vértice superior se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la República como lo dispone la Ley orgánica del Poder Judicial. La separación competencial entre unos y otros estará sustentada en un principio de legalidad, pues es la ley la que distribuye lo que le corresponde a cada quien en cada momento, por las distintas especialidades y dentro de las funciones y procedimientos que la propia Constitución y las leyes de la materia establezcan. Es precisamente dentro de este concepto de Unicidad del Poder Judicial que toca con el aspecto administrativo de su organización y que, como apunta FIX-ZAMUDIO es uno de los sectores menos explorados por la doctrina tradicional pero que ha asumido una gran importancia debido al incremento de los conflictos jurídicos socialmente trascendentes de nuestra época y la tecnificación de los mismos por los acelerados cambios sociales, económicos, políticos y culturales, que ha obligado a la diversificación de los órganos de solución de los propios conflictos, determinando la necesaria y creciente especialización de los tribunales de justicia para poder resolver las controversias así planteadas, si se toma en cuenta que, como lo ha apuntado CAPPELLETTI ⁽²⁰⁾, el proceso moderno es también un fenómeno de masas.

⁽¹⁹⁾ Citado por PAREJA PAZ SOLDAN, José.- ***Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979***; J. Valenzuela, Ed., Lima, 1980; t. I, pp. 396.

⁽²⁰⁾ CAPPELLETTI, Mauro.- ***Proceso, Ideologías, Sociedad...*** EJE A, Bs. As., 1974; pp. 131-138.

Es necesario además, dejar anotado que dentro de los problemas propios de la organización del aparato de justicia de una Nación como la nuestra, hay dos sectores esenciales que deben ser objeto de profunda reflexión y permanente estudio y que van a determinar la realidad de la Unicidad del Poder Judicial, cuales son: a) la necesaria capacitación y preparación judicial a través de estudios especializados de las Escuelas Judiciales ⁽²¹⁾, así como la revisión de los sistemas de selección y nombramientos; y, b) el necesario estudio y perfeccionamiento de los sistemas de gobierno de la judicatura que tradicionalmente se han encargado a los tribunales de mayor jerarquía ⁽²²⁾.

III.1.2 DERECHO AL JUEZ NATURAL.-

Señala el Inc. 1 del Art. 139° de la Constitución:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...)”.

El principio del Derecho al Juez Natural, apunta FIX-ZAMUDIO ⁽²³⁾ forma parte del derecho de defensa de los justiciables y es piedra angular del concepto del Debido Proceso Legal, y se encuentra íntimamente ligado al concepto desarrollado en el punto precedente. Sin embargo, resulta importante realizar su capital diferencia, pues una es la Unicidad del Poder Judicial como estructura del Estado a través de su manifestación jurisdiccional (característica estática) y otra es la reserva que la Constitución hace para dicha estructura de la actividad juzgadora (característica dinámica). De acuerdo con nuestra Carta Constitucional la función jurisdiccional en el Perú sólo la puede ejercer el Órgano Jurisdiccional desarrollado sobre la base del propio esquema constitucional. Pero en un segundo momento determinamos que esa actividad juzgadora no sólo es intrínsecamente exclusiva, sino extrínsecamente excluyente, para nada ni nadie puede suplirla o hacerla suplir. En consecuencia, el principio del Derecho al Juez Natural, consagrado en las Cartas Internacionales ⁽²⁴⁾ determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural,

⁽²¹⁾ QUIROGA LEON, Aníbal.- **Escuela para los Jueces.** editorial del diario El Comercio; Lima, 17 de febrero de 1986.

⁽²²⁾ A diferencia de lo preceptuado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963(D), la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, estableció un Consejo de Gobierno del Poder Judicial que haría diferente el actual sistema de gobierno de nuestro Poder Judicial a través de la Presidencia y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ver CATAFORA GONZÁLES, Manuel y otros.- **Nueva Estructura del Poder Judicial;** pp. XLI y ss. y 26 y ss.

⁽²³⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- **Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre...**; p.39.

⁽²⁴⁾ QUIROGA LEON, Aníbal.- **Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las ...”**; pp. 126-131.

a la vez que dentro de la misma nadie puede ser derivado del juez natural que conforme a la ley de la materia le corresponda de modo previo y objetivo.

Evidentemente esto se cautela a través del principio de legalidad que determina no sólo la estructura judicial, sino los diferentes órdenes competenciales en que se distribuyen eficientemente el trabajo judicial los diversos agentes jurisdiccionales. Así como sólo por ley se puede determinar o alterar la estructura judicial, en sintonía con el texto constitucional, así también sólo por ley se ha de determinar a quien -dentro de esa estructura judicial- corresponde qué en cada momento, de manera que el justiciable pueda acceder al conocimiento previo y determinable, dónde y ante quién se ha de ventilar sus derechos subjetivos en litigio. El precedente inmediato a este principio se halla contenido en el del Art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992. Es GONZÁLEZ PÉREZ ⁽²⁵⁾ quien explica que el Derecho al Juez Natural comporta algo más que el derecho a formular una pretensión jurídica determinada con el acceso a la jurisdicción: **comporta que ese proceso a iniciarse para ventilar tal pretensión sea decidido por el juez ordinario prefijado por la ley de modo previo y objetivo. Añade que no sólo se vulnera el derecho cuando se modifican (arbitrariamente) las leyes de competencia, a fin de que corresponda conocer la pretensión a un órgano que, aun siendo propiamente judicial, no sea el que debía conocer con arreglo a las normas vigentes en el momento de producirse los hechos, sino también cuando se modifican las normas reguladoras del nombramiento de los Magistrados, o, sin modificarlas, se aplican de tal modo que tratan de evitar que el órgano judicial competente esté formado por aquellos Magistrados que deberían formarle de no haberse alterado el procedimiento formal de nombramientos** ⁽²⁶⁾.

El Derecho al Juez Natural tiene básicamente dos alcances: uno primero lato, pero fundamental, constituido por la imposibilidad de ser sometido a juicio ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en sentido procesal estricto⁽²⁷⁾), para cuyo efecto no sólo se prohíben los tribunales especiales fuera del aparato judicial y los juicios por delegación o comisión (tribunales Ad-Hoc, las “comisiones investigadoras”, “tribunales revolucionarios”, “tribunales del pueblo” , etc. creados por el poder político en nuestras convulsionadas realidades sociales); sino también la imposibilidad de crear “fueros” especiales en razón de las personas o colectivos de personas por sus “especiales” condiciones personales o sociales como antaño. Hay sólo, señala taxativamente la Constitución, dos excepciones a esta regla general: la jurisdicción militar que se rige por la Ley Orgánica de la Justicia Militar ⁽²⁸⁾ y el Código de Justicia Militar ⁽²⁹⁾ como rezago moderno de un típico “**Fuero de Casta**” que se mantiene vigente en la mayoría de las naciones y que está referida al juzgamiento en sede administrativa del personal militar en servicio sobre una base disciplinaria y sólo por los actos del servicio o función militar, siendo por tanto una especialidad administrativa que constituye un fuero privativo en razón de la actividad pública del Estado que realizan los funcionarios militares con la finalidad de la preservación de la disciplina militar. La segunda está referida a la denominada “jurisdicción arbitral” que en puridad

⁽²⁵⁾ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.- *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*; p. 90.

⁽²⁶⁾ Ob. Cit. P. 91 y cita N 76.

⁽²⁷⁾ QUIROGA LEON, Aníbal.- *Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal* ...; pp. 262 y ss.

⁽²⁸⁾ Decreto Ley N 14612 de 25 de julio de 1963.

⁽²⁹⁾ Decreto Ley N 14613 de 25 de julio de 1963.

no es una jurisdicción diferente a la del Poder Judicial ⁽³⁰⁾. Sin embargo, las excepciones a la regla general no están a su vez exceptuadas del cumplimiento de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia ni de los principios básicos del Debido Proceso Legal, de tal modo que no podrá existir juzgamiento militar válido ni soportable por nuestra estructura constitucional (recordemos que las dos excepciones están igualmente sometidas a la autoridad de la Constitución) si es que en su realidad se han incumplido las reglas esenciales del juzgamiento justo que precisamente la Constitución y los Pactos Internacionales prescriben de modo imperativo. E igual principio debe regir también en las reglas procesales que terminen siendo pactadas dentro de un compromiso arbitral.

En su segundo alcance el Derecho al Juez Natural tiene como base un principio de legalidad: los órdenes competenciales de esos jueces y tribunales jerárquicamente integrados, que están necesariamente predeterminados por la ley y no por el arbitrio de un acto de autoridad o de las partes involucradas. Producido un conflicto de interés el justiciable debe estar en la posibilidad de poder determinar de antemano y en forma objetiva cuál es el orden jurisdiccional que ha de conocer su asunto litigioso, lo que preserva el irrenunciable derecho al juez imparcial, atributo y garantía del Debido Proceso Legal. Son las reglas de competencia las que defienden el principio del acceso libre del justiciable al Juez Natural en defensa de los principios de equidad e imparcialidad.

No existe juicio justo, y por ende válido, sin reglas de competencia adecuadamente determinadas. Esto constituye un presupuesto del proceso judicial eficaz. En otras palabras: no hay juicio justo sin Juez Natural porque debajo de este capital presupuesto hay un principio procesal subyacente e ineludible que se gráfica en el principio ***Nemo iudex in Re Propria***. El derecho al Juez Natural, esto es, el Derecho al Juez verdaderamente competente, garantiza objetivamente el derecho al juzgamiento imparcial por parte del operador de justicia abstracta y objetivamente predeterminado por el texto de una ley previa. No es posible concebir una actuación judicial válida sin la existencia de la imparcialidad entendida como la característica básica al atributo juzgador, a la esencia de la posición del juez, definida como su posición objetiva frente al objeto y sujetos del litigio, el no estar involucrado objetiva o subjetivamente con los actores ni con el drama judicial, de modo que su participación pueda ser lo más transparente posible en la aplicación de los principios rectores de la justicia inmanente en las normas de derecho material que ha de aplicar. Es CALAMANDREI ⁽³¹⁾ quien señala que históricamente la cualidad preeminente de la

⁽³⁰⁾ Los procesalistas en general no aceptan el concepto de jurisdicción arbitral como un orden y estructura jurisdiccional diferente de la del Poder Judicial. Los contractualistas, como el caso del Dr. Aramburú Menchaca - quien afirma ser el constituyente autor de esta nomenclatura constitucional- sostienen lo contrario. Ver CHIRINOS SOTO, Enrique: La Nueva Constitución al alcance de todos; Ed. Andina, Lima, 1979; pp. 264-265. Ver igualmente RIVADENEYRA SANCHEZ, Juan: **¿Jurisdicción Arbitral?**: en Thémis Revista de Derecho N 11, Lima, 1988. El arbitraje está considerado como un mecanismo heterocompositivo no procesalizado para la composición de la litis mediante un acuerdo de partes que se remiten a un tercero, todo ello bajo la tutela y permisibilidad del aparato judicial que le da protección, cabida y cobertura. No es acertado, pues, referirlo como una "jurisdicción" independiente de la que ejerce el Poder Judicial. Ver para este efecto la Ley No. 26572 **Ley General de Arbitraje**; y QUIROGA LEON, Aníbal.- **Conciliación y Arbitraje en el Perú**; en: DERECHO PUC No. 53, Facultad de Derecho de la PUC del Perú, F. Ed. PUC; Lima, 2001.

⁽³¹⁾ Así, da cuenta de que en la edad primitiva, el juez se confunde con el sacerdote o brujo, que requiere de la ayuda de inspiración de la superstición o magia y hallará la

idea de juzgar, desde los albores de la civilidad ha sido la imparcialidad ⁽³²⁾. El juzgador, dice, debe ser siempre y en todo momento un extraño a la contienda, no estar involucrado en las pasiones que animan el litigio, debe ser un *terzo inter-partes*, o *meglio supra-partes*.

II.1.3 AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.-

El Inc. 2 del Art. 139° de la Constitución señala que:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...).

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendiente ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

motivación de sus fallos en el vuelo de las aves o en las vísceras palpitantes de la víctima inmolada. El juicio de dios, la prueba del fuego, etc., serán expedientes para introducir en el juicio la garantía de la imparcialidad, entendida como una fuerza superior a todo cálculo humano y a todo poder terrestre, como la indiferencia de los dioses y la suerte ciega. También el método seguido por el famoso juez Bridoye di Ravelais que metía en una balanza los escritos de los litigantes dando la razón a los que pesaran más, o como la justicia del Cadí Turco que decidía a ojos cerrados. Cuenta también la experiencia de un etnólogo viajero que presencié en una tribu africana, habitante en las orillas de un lago: cuando se producía una disputa, los litigantes se ataban a dos palos erigidos en la proximidad del lago, a igual distancia el uno del otro con respecto al agua, quedándose allí a la espera de la sentencia. Al cabo de un rato el oleaje anunciaba la presencia del juez: un viejísimo cocodrilo, muy enterado en aquellos menesteres, que después de haber sopesado muy seriamente la cuestión, se acercaba muy lentamente a uno de los palos. El litigante devorado había perdido la causa, con la evidente condena de su especie vital. CALAMANDREI, Piero.- *Processo e Democrazia*; CEDAM, Padova, 1954; pp. 46-49; también editado bajo el título *Proceso y Democracia*; EJEA, Bs. As., 1960; con la traducción de Héctor FIX-ZAMUDIO.

⁽³²⁾ Es interesante ver la digresión del concepto que realiza Aragonese entre *imparcialidad* e *impartialidad*, el primero como atributo diferenciador de las partes y el segundo respecto del objeto del litigio; ver ARAGONESES ALONSO, Pedro.- *Proceso y Derecho Procesal*.

(...)”.

Resulta evidente que el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional requiere de plena autonomía en su funcionamiento estructural, pues ello mismo responde al esquema constitucional democrático que para el Poder Judicial se ha diseñado. Esta disposición constitucional recoge un principio que se hallaba regulado en el Art. 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽³³⁾, y soporta una evidente racionalidad: la independencia del Poder Judicial frente a las demás manifestaciones políticas del Estado garantiza, precisamente, la característica excluyente de la función jurisdiccional analizada en el punto precedente. De nada servirá una estructura judicial jerárquicamente integrada y exclusiva en los juzgamientos si en todo, o en parte, resulta sometida al ejercicio de las demás manifestaciones políticas del Estado.

Es una constatación fácil, lamentablemente, el que en nuestro medio judicial la independencia no ha sido precisamente una manifestación permanente. El sojuzgamiento del aparato judicial por el poder político del ejecutivo o por los excesos del legislativo -que no es casual y tiene una raíz histórica en el Moderno Estado de Derecho- ha sido un comportamiento reiterado. La propia Constitución procura reforzar el principio de la autonomía e independencia del Poder Judicial al consagrar en los Arts. 138°, 142°, y 143 el mandato de que la Corte Suprema de Justicia de la República tiene iniciativa en la formulación de su propio presupuesto, pudiendo sustentarlo en todas sus etapas ⁽³⁴⁾, la garantía a los Magistrados judiciales de su independencia con privativa sujeción a la Constitución y a las leyes, su permanencia en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función hasta los 70 años de edad, la imposibilidad de ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento, una remuneración digna de su misión y jerarquía, así como la incompatibilidad del ejercicio jurisdiccional con cualesquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria, prohibiéndoseles a la vez participar activamente en política ⁽³⁵⁾, el derecho de sindicalización y el de huelga. FIX-ZAMUDIO ⁽³⁶⁾ señala que tal como debe entenderse el conjunto de instrumentos

⁽³³⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial: “Art. 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señale.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del poder judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. (...)”.

⁽³⁴⁾ Hoy la Constitución del 1993 ya no señala un mínimo del presupuesto de los Gastos Corrientes del Gobierno Central. Esto se consigna en la Constitución de 1979(D), y desde su promulgación jamás se cumplió este postulado constitucional por parte de la autoridad administrativa responsable. Mucho han bregado los miembros del Poder Judicial por hacerlo efectivo, pero ha habido un reiterado incumplimiento constitucional que no ha sido posible ni remediar ni sancionar. Compete al poder político el que dotar a la Corte Suprema de Justicia de la República del presupuesto necesario para hacer plenamente efectivo este postulado.

⁽³⁵⁾ Se entiende que es a una participación activa, esto es, a postular o ejercer cargos políticos, puesto que nada impide su participación política pasiva en tanto ciudadanos con el pleno ejercicio de sus derechos y deberes políticos. Pueden -y deben- elegir, pero no pueden ser elegidos.

⁽³⁶⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Los Problemas Contemporáneos del ...*; p. 19.

que se traducen en la permanencia de los Magistrados ya sea por un período determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, sea por retiro o fallecimiento, a no ser que incurran en un motivo de responsabilidad que implique su remoción a través de un proceso disciplinario, penal o de un juicio político. Precisamente, acota, la forma más perfeccionada radica en la inamovilidad que significa que una vez designado el Magistrado permanente indefinidamente en el cargo hasta su fallecimiento o retiro forzoso a una edad determinada. En los ordenamientos angloamericanos se ha establecido, además, un principio que ha tenido influencia en Latinoamérica sobre el desempeño de los cargos judiciales en tanto que los miembros de la judicatura observen una buena conducta (**Good Behavior**).

III.1.4 PUBLICIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.-

Señala el Inc. 4 del Art. 139° de la Constitución:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...).

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la Ley.

(...)”.

Siendo una disposición básicamente aplicable el proceso penal, no lo es en modo exclusivo. La publicidad de los procesos judiciales responde a un principio procesal, dentro de los llamados principios formativos del proceso, cual es el principio de la oralidad íntimamente ligado con el principio de la inmediación, pues no puede entenderse una audiencia pública en la que las partes no estén en directo contacto con sus juzgadores.

La publicidad en juicio es una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia pues permite el control social, a través de los medios de comunicación social, de la actividad jurisdiccional. El juzgamiento en reserva, de modo privado, pertenece a una etapa inquisitorial, del proceso judicial, alejada en un Estado Moderno de Derecho organizado bajo una estructura democrática donde precisamente al ciudadano se le permite la mayor participación en las decisiones trascendentales de la Nación. Precisamente la publicidad en juicio permite la participación ciudadana, de modo indirecto, controlando la labor judicial dentro de lo que se considera como la opinión pública. Es una garantía para el justiciable, pues su causa judicial y el comportamiento de los agentes de la justicia no sólo estará limitado por los márgenes legales y constitucionales, sino por la participación ciudadana a través de su acceso libre e irrestricto a las formas judiciales. En otros medios jurídicos nacionales esto es mucho más patente a través de los Jurados de hecho a los Jurados Escabinados que reúnen en un mismo tribunal a Magistrados y ciudadanos. Obviamente al igual que en las Cartas Internacionales, el principio de la publicidad en juicio como Garantía de la Administración de Justicia tiene excepciones, como el caso del derecho de los menores, razones de moral, de orden público o de seguridad nacional. Sin embargo, la propia Constitución ha hecho reserva respecto de los casos de responsabilidad de

funciones públicas, delitos de prensa y Derechos Fundamentales, en donde siempre debe presentarse la publicidad sin que tenga lugar la situación de excepción ⁽³⁷⁾.

El antecedente más próximo se haya en el Art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽³⁸⁾ que denota la garantía de la publicidad de los juicios in-generis. En estricto sentido y por su propia racionalidad esta garantía no tiene por qué considerarse referida únicamente al juzgamiento penal. Es bien cierto que es allí donde se requiere con mayor énfasis el acceso público al proceso como garantía del Debido Proceso Legal, pero ello no limita a que eso mismo se realice respecto de todos los demás órdenes jurisdiccionales.

III.1.5 MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES.-

El Inc. 5 del Art. 139° de la Constitución estatuye que:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: Son garantías de la administración de justicia:

(...)

4. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan.

(...)”.

El antecedente inmediato de esta disposición aparece evidente en el Art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽³⁹⁾. La fundamentación y razonable motivación de toda decisión jurisdiccional, no sólo de los fallos definitivos o declaraciones de certeza, constituye una de las principales Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia en la conformación del Debido Proceso Legal y tiene una necesaria raíz común con el punto anteriormente descrito de la publicidad de los procesos judiciales, pues allí deriva.

El derecho del justiciable le alcanza para reclamar del estado no sólo la tutela Judicial Efectiva sino también para exigir que la misma termine materializada en una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en su fundamentación.

⁽³⁷⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- Ob. Cit.; pp. 35 y ss.

⁽³⁸⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial: “Art. 10.- Toda actuación judicial es pública, con las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan. Tienen el mismo carácter los registros, archivos y copias de los actuados judiciales fenecidos que se conserven, de acuerdo a Ley. Toda persona debidamente identificada puede acceder a los mismos para solicitar su estudio o copia certificada, con las restricciones que establece la ley. (...)”

⁽³⁹⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial: Art. 12.- Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en los que se sustenta pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado.”

Sólo así el ciudadano puede acceder al esquema de razonamiento en la aplicación de la ley que el agente judicial puede haber seguido en la solución del conflicto de intereses sometido a su consideración y resolución. FIX-ZAMUDIO ⁽⁴⁰⁾ acota que el artífice del fallo es el juzgador y de su preparación, capacidad y sensibilidad jurídicas - también humanas- dependerá el resultado que se alcance en la conclusión del proceso, que se gráfice en la declaración de certeza o sentencia final y su consecuencia lógica y necesaria que es la ejecución.

También esto sirve de control público para evitar la desviación de la decisión jurisdiccional por el indebido uso de la facultad **Ultra Petita Partium** en mérito de la cual se termina sentenciado por más de lo que ha sido demandado originalmente como excepción al principio de la **litis-contestatio** generándose una indebida indefensión por cuanto se termina resolviendo por más de lo que fue objeto de la controversia y por sobre lo que no ha habido un efectivo derecho de defensa, excepción hecha con la materia laboral en que se permite la facultad de **ultra-petita** sólo cuando beneficie al trabajador.

También el principio de la justicia profesional, íntimamente vinculado con el de la especialización judicial, está presente en este punto, pues la administración de justicia está a cargo de los Peritos, y no de legos en derecho, de modo que el sistema judicial no se estructura sobre la base de quienes no fueran versados en derecho, ya que en ese caso este principio no tendría posibilidad de cumplimiento, así como tampoco podría tener realidad el diferente orden especializado de los diferentes juzgados y tribunales.

La motivación de todas las decisiones judiciales, cualquiera sea la instancia en que ello se produzca, impone la necesidad de una justicia profesional y especializada y, por ende, tecnificada en el más amplio sentido de la palabra.

Entre la norma constitucional y la ordinaria contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 hay una diferencia que hace más amplia la primera sobre la segunda. En efecto, mientras que tradicionalmente se entendió que el principio de la fundamentación regía sólo para las sentencias (tanto en su sentido material -definitorias- como en su sentido formal -interlocutorias-), la Constitución de 1979 amplía la base del concepto a todas las resoluciones. Esto obliga a que todas las resoluciones, todo el accionar jurisdiccional esté rodeado de un necesario principio de razonabilidad que involucre el razonamiento y discurso judicial. Mientras que frente a la fundamentación hay posibilidad de refutación, y por lo tanto de un más amplio ejercicio del derecho de defensa, frente a la decisión inmotivada ello no es posible. Esto hace que, por ejemplo, que tanto en el derecho comparado como en el nacional, en materia penal se haga necesario instruir al acusado con la mayor explicitud de los cargos que contra él se han formulado. La excepción está dada con las resoluciones judiciales de mero trámite que no requieren (ni es posible darle) fundamentación alguna, o de las actuaciones judiciales incluidas dentro del trámite administrativo judicial o dentro de la denominada jurisdicción voluntaria ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ FIX ZAMUDIO, Héctor.- **La Fundamentación del Fallo**. En: **Ejercicio de las Garantías Constitucionales...**; p. 47.

⁽⁴¹⁾ Código de Procedimientos Civiles (D): Art. 1073.- Las resoluciones judiciales, según su objeto son: decretos o providencias, autos y sentencias. Para la observación de los trámites prescritos por la ley o para cautelar el derecho de una de las partes, dicta el juez decretos. Por medio de autos se resuelven las excepciones y los incidentes. Sentencia es la decisión que pone término a la instancia o al procedimiento no contencioso".

Finalmente, como lo señalan RUBIO Y BERNALES ⁽⁴²⁾, las resoluciones judiciales tienen un necesario valor pedagógico y creativo fundamental dentro del derecho, pues son la aplicación concreta y material de la legislación vigente, de la realidad social y una evidencia palpable de la verdadera capacidad del aparato jurisdiccional para resolver los conflictos sociales con equidad y justicia. Es precisamente esto lo que permite a la Corte Suprema de Justicia de la República cumplir con el rol nomofáctico en la aplicación de la jurisprudencia nacional, procurando unificar los criterios jurisprudenciales de interpretación, aplicación y vigencia normativa dentro del Sistema Jurídico Nacional.

III.1.6 LA OBLIGACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA AÚN EN DEFECTO DE LA LEY APLICABLE.-

El Inc. 8 del Art. 139° de la Constitución establece que:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

(...).”

Esta norma tiene su antecedente en el Art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 -ahora derogado- en una versión aparentemente menos amplia que la que ahora se reseña, pero que sin lugar a dudas gozaba de una mayor precisión conceptual. El actual Código Civil de 1984 repite casi literalmente la norma constitucional en el Art. VIII de su Título Preliminar, con la sola diferencia del adverbio “tal” que es utilizado allí en plural.

Esta es una norma tuteladora de la Tutela Judicial Efectiva que recusa el principio **NON LIQUET**, y que obliga al juez a otorgar siempre esa tutela sin que pueda eximirse en la ausencia de la norma de derecho material que le permita resolver *meritum causae* la controversia. En este sentido, el operador de la administración de justicia jamás podrá negar la Tutela Judicial Efectiva a través del Debido Proceso Legal pretendiendo escudarse en el defecto o en la deficiencia de la ley, esto es, en la inexistencia real o aparente de la norma que recoja el supuesto fáctico en dispuesta (*fattispecie*) o en su oscuridad. La Constitución resulta así compulsiva con el juzgador. Así como nadie que no sea juez puede arrogar la atribución del juzgador, aquél que es juez no puede jamás declinar en su función. Toda acción judicial deberá ser siempre resuelta por el Órgano Jurisdiccional en Declaración de Certeza fundada en derecho. CHIRINOS SOTO ⁽⁴³⁾ señala que, en su concepto, esta norma corresponde al Código Civil, sin fundamentar bien el por qué de esta postura. El

Referido lo segundo a, por ejemplo, las diligencias preparatorias, las inscripciones de partidas, inventarios, autorizaciones judiciales, etc.

⁽⁴²⁾ RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique.- **Constitución y Sociedad Política**. Mesa Redonda Eds., Lima, 1985; pp. 417-418.

⁽⁴³⁾ CHIRINOS SOTO, Enrique.- **La Nueva Constitución al ...**; p. 268.

desarrollo de los conceptos precedentes contradice, sin duda alguna tal afirmación. Precisa además que fue CORNEJO CHÁVEZ el inspirador de la misma recogiendo del Título Preliminar del Código Civil de 1936. No hay ninguna razón atendible para constreñir una norma de esta naturaleza e importancia al ámbito de las relaciones civiles, tanto más si su naturaleza de garantía de la Tutela Judicial Efectiva resulta obvia. Hay, sin embargo, un extremo de la crítica a esta disposición que resulta atendible y que está referido a aquéllos que se pretenden denominar Principios Generales del Derecho que preferentemente inspira el Derecho Peruano, como se señalaba en la Constitución de 1979(D), o del Derecho consuetudinario, como señala la Constitución de 1993 ahora. En cuanto panel, conferencia, escrito o trabajo que se ha hecho, se ha criticado esta disposición ya que nadie sabe a ciencia cierta cuáles son esos Principios Generales que privativamente inspiran nuestra autóctona tradición jurídica y que puedan ser distintos de los Principios Generales del Derecho de validez universal ⁽⁴⁴⁾. Hay un evidente exceso de celo nacional que no se condice con el propio espíritu constitucional de integración, pero que en modo alguno ha de resultar trascendente o perjudicial para el derecho del justiciable en juicio y que accede a un tribunal de justicia en el Perú.

III.1.7 INDUBIO PRO REO.-

El Inc. 11 del Art. 139° de la Constitución establece que:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

11. La aplicación de lo más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

(...)”.

La aplicación de este principio aparece limitada en un primer momento al ámbito penal de la administración de justicia. Constituye un principio general del derecho de reconocimiento universal el que nadie pueda ser condenado si no es mediando prueba evidente y eficiente de los hechos imputados. El antecedente legislativo puede hallarse en el Art. 3 del Código Penal de 1924 ⁽⁴⁵⁾ que establece el principio de legalidad en material penal (***Nullum Crime, Nullum Poena, sine Legge Scripta***) y que obliga a la interpretación restrictiva del tipo legal aplicable a las acciones materia del juzgamiento y que también se haya contenido en el Inc. 20 del Art. 2 de la propia Carta Fundamental.

Hasta ahora el principio así formulado no había tenido una expresa formulación normativa y jurisprudencialmente se aplica sobre la base del principio general del derecho que lo contenía. Y del mismo se deriva el principio de la retroactividad

⁽⁴⁴⁾ Hay que acotar, sin embargo, que RUBIO, Marcial (Para Leer el Código Civil III - Título Preliminar) al revisar el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil sí acepta la existencia de tales principios, pero tampoco, pero tampoco señala o sistematiza alguno de ellos; Fondo Editorial de la PUC del Perú, Lima, 1986.

⁽⁴⁵⁾ Código Penal: “Art. 3.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieran calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles”.

benigna de la ley más favorable contenido en los Arts. 7 y 9 del Código Penal de 1924, y que en otras materias también tiene expresión constitucional cuando los Arts. 57, in fine, y 187, 2 párrafo, de la Carta Política garantizan los principios Indubio Pro-Operativo e Indubio Pro-Debitori referidos a material laborales y tributarias, respectivamente.

En materia civil el principio Indubio Pro-Reo tiene también expresión dentro de los juzgamientos, puesto que el principio de la carga de la prueba obliga a que un demandante acredite con eficacia y eficiencia lo que es objeto de su pretensión jurídica, pues en caso de no hacerlo o de hacerlo dudosamente (duda razonable) el juez está en la obligación de absolver al demandado. Esta aparece evidente de la interpretación sistemática de los Arts. 337 y 338 del Código de Procedimientos Civiles, y sólo admite la excepción de la inversión de la carga de la prueba acontecida frente a las presunciones legales *luris Tantum* o frente al mandato expreso de la ley de excepcional y expresamente produce esa inversión ⁽⁴⁶⁾.

II.1.8. DERECHO DE DEFENSA.-

El Inc. 14 del Art. 139° de la Constitución establece dos garantías con la siguiente normatividad:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(....)

14.El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o de las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

Muchos son los antecedentes de una normatividad como la reseñada, pero quizás el más cercano sea el contenido en el Inc. b) del Art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D) ⁽⁴⁷⁾. Se gráfica en esto el principio ***Nullum Poena Sine Iudicio*** no sólo constreñido al ámbito penal, sino que proyectado por sobre toda la actividad judicial. En consecuencia, dentro del espíritu de la Constitución de 1979 nadie puede ser objeto de una atribución, restricción, modificación y privación de derechos si no es en virtud de un mandato judicial, consentido y ejecutoriado, contenido en una declaración de certeza y que emane de un Debido Proceso Legal.

⁽⁴⁶⁾ Código de Procedimientos Civiles: “Art. 337.- Las partes deben probar los hechos que alegue, excepto aquellos que se presumen conforme a la ley”. “Art. 338.- Si el demandante no pruebe su acción, será absuelto el demandado”.

⁽⁴⁷⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial 1962(D): “Art. 3.- Son garantías de la administración de justicia: (....) b) El Derecho de defensa del que nadie puede ser privado; (....)”.

La continuación del principio ***Nullum Poena sine Iudicio*** en la protección del derecho de defensa manifiesta otro de los grandes principios del Derecho Procesal: el Principio del Contradictorio (***Contradictio Audiatur et Altera Pars***) que para el Debido Proceso Legal es un problema medular. Para que se puede hablar con certidumbre de Debido Proceso Legal las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citados, oídos y vencidos mediante prueba evidente y eficiente, de modo que se proscriba la sentencia o resolución judicial ***Inaudita Pars***, esto es, la sentencia de oficio o por el sólo pedido de una de las partes. Así como nadie puede sustituir al Legitimado ad causam en el inicio de un proceso judicial (Libertad de la Demanda), ni sustituirse en su defensa (Libertad de la Prueba), nadie tampoco puede sustituirse en el derecho de impugnación de su propio fallo (Libertad de la Impugnación). Todo ello termina siendo una derivación del principio romano ***Nemo Iudex sine Actore*** que tiene su reflejo en nuestro Derecho Procesal de hoy y que se grafica en la concepción del Derecho de Acción como un derecho Público-Subjetivo ⁽⁴⁸⁾.

Pero el derecho de defensa también significa que en un medio jurídico y judicial especializado, profesionalizado, donde los agentes de la justicia son lusperitos y donde la intervención de las partes está mediatizada por la Defensa Cautiva ⁽⁴⁹⁾, la asistencia letrada de las partes en juicio termina siendo un elemento que incide en el derecho de defensa, de modo que su ausencia determina una desigualdad procesal y propicia la indefensión constitucionalmente reprobada. FIX-ZAMUDIO ⁽⁵⁰⁾ señala que el asesoramiento técnico tiene una proyección más amplia que el campo procesal pues puede asumir un carácter preventivo en cuanto al surgimiento de conflictos, litigios o controversias, de acuerdo con lo que en el ***Common Law*** se clasifica como ***legal advice***, concepto dentro del cual quedaría incluido la de naturaleza procesal o judicial (***legal aid***). Señala que desde el punto de vista del derecho constitucional de acción, la socialización jurídica del estado contemporáneo ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo por todos los ciudadanos, y no sólo por aquéllos que cuenten con recursos económicos mayores y con el mejor acceso al asesoramiento a la adecuada prestación jurisdiccional. En otras palabras, sostiene que de un simple derecho formal la acción procesal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su eficaz ejercicio.

Ahora bien, la igualdad de las partes en el proceso judicial es una garantía fundamental del Principio de Equidad que preserva el Debido Proceso legal donde compete al juzgador el equilibrio de la posición objetiva con que las partes se aproximan al proceso judicial. Por eso el Estado tiene la obligación de procurar la defensa letrada a la parte que carezca de la misma o que no pueda costársela. Para el cumplimiento de ello el Código de Procedimientos Civiles contiene normas referidas al Beneficio de Pobreza (Beneficio de Gratuidad en Juicio), así como el Código de

⁽⁴⁸⁾ Ver sobre el particular y la “relatividad del contradictorio” o “el nuevo significado del principio de igualdad de las partes”: CALAMANDREI, Piero: ***La relatividad del concepto de acción***. en Estudios sobre el Proceso Civil; Bib. Omeba, Bs. As., 1961; pp. 133 a 160.

⁽⁴⁹⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial: “Art. 313.- En los lugares donde hay tres o más abogados en ejercicio los tribunales, juzgados y autoridades no admitirán escritos sin que estén autorizados por abogado, salvo casos en que la ley exima expresamente de este requisito”.

⁽⁵⁰⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- ***Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial***. pp. 24 a 26.

Procedimientos Penales de 1939 se refiere a la institución de los Defensores de Oficio y que fue modificada por la Ley 24388 de 5 de diciembre de 1985.

III.1.9. COSA JUZGADA.-

La Constitución señala en el Inc. 13 del Art. 139° lo siguiente:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(....)

11. La prohibición de revivir procesos fenecidos con Resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de Cosa Juzgada”.

La autoridad de la cosa juzgado o **Res Iudicata** es el principal efecto y eficacia de la actuación jurisdiccional graficada en la sentencia o Declaración de Certeza, así como su principal atributo y eficacia, lo que aparece reconocido desde los albores mismos de la civilización ⁽⁵¹⁾. El proceso judicial vincula cuando menos a dos partes y en sus efectos jurídicos deben alcanzar cuando menos a esas dos partes (**Res Inter Alios Iudicata**) que se hayan sometidas a un proceso, sólo a uno, de manera que sea imposible discutir la misma pretensión jurídica de modo indefinido.

Del principio de la cosa juzgada como Garantía Constitucional de la Administración de Justicia se deriva otro principio igualmente importante y que aparece de la redacción de la norma bajo comentario: el **Non Bis In Indem** que se materializa en la prohibición de someter a nadie a una duplicidad de procesos judiciales basados en los mismos hechos.

El atributo jurisdiccional está definido por la facultad exclusiva y excluyente para determinar el derecho mediante una Declaración de Certeza, en un caso concreto, de modo válido y definitivo. Es precisamente esta definitividad la que le otorga el atributo de la cosa juzgada como autoridad y eficacia de la sentencia judicial cuando no existan medios que permitan modificarla, de allí que sus tres principales características estén definidas por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Por la primera se entiende la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión, por la segunda la imposibilidad de ulterior modificación y por la tercera la posibilidad de cumplimiento, exigencia y ejecución.

La garantía de la cosa juzgada como elemento fundamental del Debido Proceso Legal tiene un necesario sustrato en el que aparece la necesidad jurídica de que la sentencia judicial, la Declaración de Certeza, asegure a las partes en conflicto una solución cierta del interés en disputa y, en función de ello, se otorgue al medio social la necesaria paz colectiva que asegura las relaciones de los ciudadanos en conjunto.

⁽⁵¹⁾ “¿Crees que puede persistir, sin arruinarse, aquella Ciudad en que las decisiones judiciales nada pueden y en que los particulares las anulen y depongan a su señorío?”; CRITÓN, 50; SÓCRATES; citado por COUTURE, Eduardo J.- **Proposiciones Axiológicas de Derecho Procesal**. En: **Fundamento del Derecho Procesal Civil**; p. 492.

III.1.10 LIBERTAD PROBATORIA.-

El Inc. 12 del Art. 233° de la Constitución de 1979 (D) señalaba lo siguiente:

“Art. 233°.- Son Garantías de la Administración de Justicia:

(....)

12. La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas.

(....)”.

Esta Garantía Constitucional de la Administración de Justicia de orden implícito tiene su origen en uno de los tres elementos contenidos en el **Principio del Contradictorio** ⁽⁵²⁾, así como la proscripción explícita que hacía la Constitución de 1979(D) de la tortura o maltrato físico o psíquico como medio para obtener medios de prueba en juicio, contenida tanto en su Art. 234, como en los Incs. 8, 20, apartados e), j) y k) del Art. 2 referido a los Derechos Fundamentales de la Persona -libertad de correspondencia, libertad y seguridad personales-. Hoy, en la Constitución de 1993 ya no se contiene esta garantía en su Art. 139, Garantías Judiciales, pero aparece consignado en su Art. 2do., Inc. 24, Párrafo “h” in –fine –Derechos Fundamentales de la Persona.-

Si bien esto aparece inicialmente ceñido al ámbito penal en donde tienen vigencia el principio procesal de la **“Libertad de la prueba”** en contraposición al ámbito civil en que los medios de prueba están legalmente señalados, constituyen principios de alcance general para todos los juzgamientos determinando la ineficacia jurídica de medios de prueba obtenidos en contravención a estos principios fundamentales del Debido Proceso Legal.

A pesar de no haber sido incorporada en la actual Carta Constitucional, debemos tener presente que esta Garantía Judicial debe ser respetada, habida cuenta que se encuentra en el apartado de Garantías Judiciales del Art. 8 del Pacto Interamericano de San José, y dado que los derechos fundamentales contenidos en una Carta Constitucional no han sido desarrollados de modo taxativo, sino meramente enunciativo.

Como consecuencia de lo antes expuesto, podemos señalar respecto a esta Garantía Judicial, así como a las demás que no hayan sido incluidas en la Constitución de 1993, que actualmente tienen la naturaleza de **garantías innominadas** puesto que son **normas inmanentes** o **intrínsecas**, que consagran derechos fundamentales y como tal no pueden ser suprimidas del Derecho Constitucional Procesal peruano, pudiendo en consecuencia ser invocadas por cualquier justiciable y bajo cualquier circunstancia.

III.1.11 EJECUTABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES.-

La Constitución de 1979 (D) preveía en el Inc. 13 del Art. 233° literalmente:

⁽⁵²⁾ Ver Supra 4.9.

“Art. 139°.- Son garantías de la administración de justicia.

(....)

13. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que se le requiere en los procesos.

(....).”

Se puede afirmar que el antecedente inmediato de esta disposición se encontraba en el Inc. h) del Art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽⁵³⁾. La Constitución vigente sólo mantiene el Inc. 9 del Art. 118°, que en la Constitución de 1979 (D) era el Inc. 12 del Art. 211°, donde se establece que el Presidente de la República, como titular del Poder Ejecutivo, tiene la obligación de:

“Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.”

Son las facultades de **coertio** y **executio** de la facultad jurisdiccional las que aparecen aquí graficadas. De nada valdría la fuerza del derecho material impelida por una decisión judicial si no tuviese o contase con el respaldo de la fuerza real del Estado para hacerla efectiva. El juez no cuenta con más fuerza que su decisión fundamentada en el derecho y la fuerza moral vinculante con la sociedad en su tarea (legalidad y legitimidad), pero esa fuerza jurídica y moral sucumbirá ante la resistencia física de los justiciables que puedan usar en su contra ante una disconformidad, de modo que a la labor judicial debe de dotársele de una fuerza efectiva a través de la Administración del Estado para poder vencer también la resistencia física a un desacato y poder imponer con eficacia la decisión judicial cuando no sea voluntariamente aceptada.

Es por ello que la autoridad administrativa se haya en la obligación constitucional de prestar su fuerza real a la fuerza jurídica de las decisiones judiciales, con la finalidad de dotar a la Tutela Judicial de la necesaria efectividad que le caracteriza, de modo que el derecho determinado en los tribunales pueda ser materializado y no sea una mera ilusión.

III.1.12. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.-

El Inc. 17 del Art. 139° de la Constitución señala que:

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(....)

⁽⁵³⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (D) señalaba: “Art. 3.- Son garantías de la administración de justicia: (...) h) La obligación del Poder Ejecutivo de hacer cumplir, bajo responsabilidad, las resoluciones y mandatos judiciales. (...) Art. 9.- La resoluciones judiciales deben cumplirse de acuerdo con sus propios términos y las autoridades llamadas a hacerlas efectivas están obligadas a facilitar su ejecución, sin que les corresponda calificar su fundamento, bajo responsabilidad”.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

(....)”.

Esta es una Garantía Constitucional de la Administración de Justicia novedosa (⁵⁴) y hasta cuestionable como tal. Puede inscribirse dentro del concepto genérico del “control público” de la judiciabilidad y legalidad de los fallos y decisiones judiciales.

El respeto a la autonomía y exclusividad en la función jurisdiccional no implican infabilidad en la función, y aunque la cosa juzgada (Res Iudicata) protege la imperatividad de los fallos judiciales haciéndolos siempre y en todo momento ejecutables, ello no impide que el justiciable, dentro de los límites que la ley impone (respecto a las personas, al orden público, a las buenas costumbres y a la propia cosa juzgada) que pueda formular un público análisis y crítica de lo que pueda considerar errado. Será de opinión pública la que determine la corrección o incorrección del proceder judicial, pero en ambos casos esa misma opinión pública accederá al conocimiento del juzgamiento y eso solo, por sí mismo, ya es un efectivo mecanismo de control de la actividad jurisdiccional.

Por un fenómeno curioso y contradictorio son precisamente los juzgadores los menos receptivos de la crítica ciudadana. Esto es, los profesionales de la administración de justicia, quienes han hecho del juzgamiento ajeno una labor cotidiana son, precisamente, los más expuestos al juzgamiento público y a la vez los menos receptivos de la crítica ciudadana. Hay en esto una suerte de impermeabilidad que hace difícil la tarea aceptada del análisis y la crítica de las resoluciones judiciales. Esto último sólo puede hacerse, con grandes limitaciones en las aulas universitarias y sólo para efectos didácticos. Sin embargo, una disposición de esta naturaleza bien empleada por la propia Magistratura (⁵⁵), por el Foro y por las actividades académicas de las universidades ha de posibilitar la diaria mejora de la administración de justicia.

Esto obviamente toca con los aspectos de la especialización, capacitación, profesionalización y mejora de la administración de justicia, en permanente estado de “reforma”, a la par que con la necesaria función de nomofilaquia que a través de una adecuada hermenéutica jurídica debe realizar permanentemente la Corte Suprema de Justicia de la República.

II.1.13 DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL.-

Señala el Inc. 6 del Art. 139° de la Constitución que:

(⁵⁴) No hay precedente normativo de esta disposición. Ver: QUIROGA LEON, Aníbal.- **“Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las....”**, pp. 153-154.

(⁵⁵) No es casual, por ejemplo, la reticencia del más alto Tribunal de Justicia del país a la publicidad de las Ejecutorias Supremas, a la gran dificultad para su análisis en revistas y estudios y la poca iniciativa en la actualización de los Anales Judiciales que condensan toda la labor jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República en un Año Judicial; lo que, sin embargo, en los últimos tiempos se ha relativizado en parte debido al auge de la cibernética y a su uso por parte de diversos servicios de la Administración de Justicia, que permiten transparentar las resoluciones judiciales y facilitan su mejor acceso.

“Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...).

6. La pluralidad de la instancia.

(...)”.

Con este precepto queda zanjado dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico nacional un debate de la doctrina procesal: el derecho al recurso y la prescripción de la instancia única, puesto que ello no aparece contenido del Art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni en ningún otro dispositivo legal. Es por tanto una normatividad novedosa. Lo que hasta antes de la Constitución de 1979 aparecía era la regulación concreta, el ejercicio de la instancia plural como un principio general del Derecho Procesal, más no su positivización en texto normativo alguno.

Y es que una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia se gráfica en la posibilidad que tiene todo ciudadano, siempre y en todo momento, de poder recurrir de una decisión judicial, esto es, de poder cuestionar la misma dentro del propio Órgano Jurisdiccional, ante una autoridad judicial de mayor jerarquía y con facultades rescisorias, esto es, con el poder jurídico de dejar sin efecto lo originalmente dispuesto, ordenado o sentenciado. Sin embargo, qué es lo que se preserva con el derecho a la instancia plural, o como lo denomina la doctrina del Tribunal Constitucional español y que recoge Cano Mata ⁽⁵⁶⁾: el derecho al recurso. Lo que resulta cautelado en el presente caso es la garantía de que los jueces y tribunales, una vez terminado el proceso, sean pasibles de ulterior revisión de su actuación y decisión (errores in-iudicando e inprocedendo) sólo si la parte afectada con la decisión así lo solicitase, pues el derecho a la instancia plural es también un derecho público-subjetivo inscrito dentro del principio de la Libertad de la Impugnación ⁽⁵⁷⁾.

Ninguna persona es infalible en su proceder y los jueces y tribunales están compuestos por personas que tampoco escapan a esta inexorable regla general. Para ello son diversos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales. Desde la reposición o reconsideración o súplica (de acuerdo a la nomenclatura de la doctrina procesal española) que se interpone ante el propio juez a-quo que expide la resolución recurrida, pasando por la apelación que permite la revisión total del fallo impugnado y que es materia de un conocimiento ad-quem (verdadero ejercicio del derecho a la instancia plural), hasta llegar a la casación mediante la cual se accede al máximo tribunal de justicia que permite corregir los errores in-procedendo e in-iudicando, y que en nuestro ordenamiento jurídico procesal recibe la denominación de recurso de nulidad.

CALAMANDREI ⁽⁵⁸⁾ es quien señala que la institución de la apelación, mediante la cual se ejerce el derecho a la instancia plural, se consolida en el proceso civil y penal conforme le llega su modernización y dentro de lo que modernamente se conoce como un proceso justo o de equidad, que es lo que le da razón de ser y existencia al Debido Proceso Legal (***Due Process of Law***). Con esto se llega a la conclusión de que por más reglas de procedimiento que intenten cumplir, por más cuidado que se tenga en la

⁽⁵⁶⁾ Cano Mata, Antonio.- ***El derecho a la Tutela Judicial efectiva***; p. 15

⁽⁵⁷⁾ Ver Supra 4.9.

⁽⁵⁸⁾ CALAMANDREI, Piero.- ***Vicios de la sentencia y medios de gravamen.*** en: ***Estudios sobre el Proceso Civil***; pp. 422 y ss.

estructura y selección de la organización judicial, por más disciplina interna que se logre imponer, es imprescindible darle al justiciable la posibilidad de acudir a la instancia superior para que revise su proceso emitiendo un segundo pronunciamiento que pueda ser impuesto al primero cuando existan discrepancias.

Cabe comprender que la instancia única, el juzgamiento singular, no garantiza plena y efectivamente la Tutela Judicial Efectiva al no permitir que la justicia o injusticia de una decisión judicial sea convalidada o corregida, según sea el caso. Sólo en la antigüedad en que la concepción de la justicia estaba sacralizada, el fallo de Dios no podría ser recurrido pues por encima de éste ya no había nadie. Hoy se entiende que la justicia, lamentablemente, no es un acto divino sino una obra humana y por lo tanto susceptible de errores. Esto no significa en modo alguno que la instancia plural evita todos los errores judiciales y posibilita siempre el acceso a la justicia, sino que la instancia plural permite una mayor aproximación a ello siendo, por tanto, sólo un cálculo de probabilidades. COUTURE⁽⁵⁹⁾ anota que es curioso comprobar cómo la permanente lucha entre la justicia y la certeza de la sentencia es una lucha histórica. En un primer momento, en una concepción rudimentaria de la justicia, la celeridad gana paso a la certeza (como en el proceso germánico primitivo con una gran tonalidad religiosa), pero cuando el proceso se moderniza y se hace actual la pretensión de celeridad cede paso a la certeza judicial, posibilitándose la desdeificación del fallo judicial y la posibilidad de su ulterior revisión. Pero no sólo los procesalistas encuentran en la instancia plural una Garantía Constitucional de la Administración de Justicia. PIZZORUSSO⁽⁶⁰⁾ sostiene en sus consideraciones acerca de las funciones jurisdiccionales civiles y penales, y sobre los principios fundamentales del Derecho Procesal, que a los órganos de justicia integrados en la magistratura ordinaria se les confía el ejercicio de las manifestaciones básicas de la función jurisdiccional representadas en sus dos vertientes principales: la civil y la penal. En todas se dan rasgos comunes como la subordinación del juez a la ley, la imparcialidad del mismo frente a las partes y su conflicto, y la obligación de que sus decisiones sean debidamente motivadas. En ello conviene hacer alusión a los sistemas de recursos frente a los actos jurisdiccionales, vías de impugnación que permiten a las partes derrotadas hacer examinar la sentencia por parte de otros jueces, con la introducción consiguiente de la jerarquía entre éstos. Y añade que aunque en el sistema italiano el principio de la doble instancia de la jurisdicción no ha quedado consagrado constitucionalmente, las decisiones expedidas en una primera instancia quedan normalmente sujetas ante un juez jerárquicamente superior para un nuevo examen que se ha de considerar como una reconsideración de tendencia general de las cuestiones de hecho y de derecho (*meritum causae*) y no como una simple *querella nullitatis*⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ COUTURE, Eduardo J.- **Los Recursos” en Fundamentos del Derecho Procesal...** pp. 339 y ss.

⁽⁶⁰⁾ PIZZORUSSO, Alessandro.- **Lecciones de Derecho Constitucional**; t. II, XXXII, Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1984; pp. 83-90

⁽⁶¹⁾ Esto también se ha repetido en el caso de la Constitución española de 1978 cuyo Art. 24, que consagra el Derecho de la Tutela Judicial Efectiva como la doctrina de su Tribunal Constitucional lo ha precisado (ver supra III y Cita N 34), no aparece consagrado explícitamente el Derecho de Recurso o Instancia Plural. Sin embargo, la doctrina lo considera como el “derecho innominado”. QUIROGA LEON, Aníbal.- **El Derecho al Recurso en el Art. 24 de la Constitución Española**; monografía, Cursillo del Doctorado “Tutela Judicial Efectiva. El Art. 24 de la Constitución” a cargo del Dr. Enrique Alonso García, Curso 84/85, fotocopia, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; 1985.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional el derecho a la doble instancia siempre está presente. Todo fallo es susceptible de revisión ante un juez o tribunal colegiado de orden jerárquico superior y con plenas facultades rescisorias, tanto en la forma como en el fondo. Sin embargo, esto no debe llevar a pensar que siempre debe ser posible acceder a la Corte Suprema de Justicia de la República, pues para que el derecho a la instancia plural se entienda cumplido bastan dos decisiones judiciales expedidas en un mismo procedimiento por autoridades judiciales de diferente jerarquía, de modo que las causas que se inician ante un Juzgado de Paz No-Letrado concluyen válida y definitivamente en un Juzgado de Paz Letrado, las que se inician en éste concluyen definitivamente ante el Juzgado de Primera Instancia, las de éste ante la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de que se trate, las causas originarias en ésta (que las hay, como en el caso de los Amparos contra resoluciones judiciales (62) o en el caso de **exequatur** (63) son apelables ante la Corte Suprema de Justicia de la República. Y también hay causas originarias en la propia Corte Suprema de Justicia de la República (64) para las que también se rige el derecho a la instancia plural. En ese caso la propia Ley Orgánica del Poder Judicial prevé (65) que el juzgamiento se inicia en la Segunda Sala (se entiende que Civil) en tanto que la Primera Sala (Civil) actúa como tribunal de apelación. Aún en este caso, en el más alto Tribunal de Justicia de la Nación, se da cumplimiento a la Garantía Constitucional de la Administración de Justicia del Derecho a la instancia plural, aun cuando desde un punto de vista objetivo ello sea innecesario por la calidad de los juzgadores o del hecho del artificio que supone darle una distinta jerarquía a Magistrados que en puridad tiene el mismo rango, y sólo para los efectos de un juzgamiento concreto.

III.1.14 CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.-

El Art. 138°, segunda parte, de la Constitución estatuye:

“Art. 138°.-

(...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Esta es una norma constitucional de garantía de la constitucionalidad de la ley (en su sentido formal y material) por cuanto lo que se pretende cautelar es el Art. 51 de la propia Constitución que establece lo que se ha dado en conocer como la pirámide kelseniana de estructuración del orden jurídico interno.

(62) Ver el Art. 29, in fine, de la Ley 23506, modificada por la Ley 25011.

(63) Ver el Art. 1161 del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

(64) Ver el Art. 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(65) Ob. Cit. in-fine.

Los antecedentes inmediatos a esta disposición constitucional que consagra la **Judicial Review** ⁽⁶⁶⁾ se halla tanto en el Art. XXII del Título preliminar del Código Civil de 1936 -ahora derogado (67)-, como en el Art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D) (68). En el actual Código Civil de 1984 -en vigencia- ya no se ha contenido precisamente por su elevación al rango constitucional, en tanto que el principio ha sido extensamente desarrollado por el Art. 14 del TUO de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, cuyo texto señala:

“Art. 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.”

⁽⁶⁶⁾ Ver QUIROGA LEON, Anibal.- **Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano.** En: DERECHO PUC No. 50, Fac. de Der. PUC del Perú, F. Ed. PUC, Lima, 1996

⁽⁶⁷⁾ Código Civil de 1936: **“Art. XXII.- Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.**

⁽⁶⁸⁾ Ley Orgánica del Poder Judicial (D): **“Art. 8- Cuando los Jueces y Tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese el recurso de nulidad. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”.**

En esta facultad judicial del control de la constitucionalidad se inscribe dentro de lo que se denomina el Sistema Americano del Control de la Constitucionalidad de las Leyes, Control Difuso o Judicial Review ⁽⁶⁹⁾. Es decir, se inscribe en la facultad-potestad de que sea el propio Órgano Jurisdiccional -en ejercicio de una función interórganos- al que corresponda cautelar la constitucionalidad de las normas jurídicas con rango de ley que se deban aplicar en la solución material de fondo de los conflictos sometidos a su conocimiento, como uno de los mecanismos de la Justicia Constitucional o instrumentos del Derecho Procesal Constitucional ⁽⁷⁰⁾.

El concepto de Justicia Constitucional -o Jurisdicción Constitucional ⁽⁷¹⁾- surge del proceso mismo de constitucionalización del Estado Moderno de derecho, cuando el avance del constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de mecanismos de defensa de esa categoría especial de normas -las constitucionales- dentro del Ordenamiento Jurídico Nacional. Hoy podremos hablar de Derecho Procesal Constitucional, pues como ha señalado con acierto GONZÁLEZ PÉREZ ⁽⁷²⁾:

“Si parece no ofrecer duda que las normas reguladoras del proceso constitucional deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales, no está tan claro que el Derecho Procesal Constitucional, como el Derecho procesal administrativo, el Derecho procesal laboral y otras ramas del Derecho procesal, deben considerarse autónomos entre sí. (...).

A solución análoga ha de llegarse respecto de Derecho procesal constitucional. Partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce. (...).

Siendo el Derecho Procesal Constitucional una rama del Derecho procesal, no ofrecerá distintos problemas la determinación de su naturaleza jurídica

⁽⁶⁹⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*; Inst. de Inv. Jur., UNAM, México, 1968. Ver también QUIROGA LEÓN, Aníbal: *“La Justicia Constitucional”*, en DERECHO N° 41, Rev. de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, diciembre de 1987; pp. 323 a 351; también en *Lecturas de Derecho Constitucional 3*; Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; también en Acta Académica N 3, Universidad Autónoma de Centro América UACA, San José, Costa Rica, 1988.

⁽⁷⁰⁾ QUIROGA LEON, Aníbal.- *“Derecho Procesal Constitucional Peruano”*; Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de la Nación de México, 3t., Ed. Porrúa S.A.; México, 2002; p. 1183 y ss.

⁽⁷¹⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco años de Evolución...*; p. 12.

⁽⁷²⁾ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.- *Derecho Procesal Constitucional*; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

que la del Derecho procesal en general.
(...)

Tradicionalmente ha sido considerado el Derecho procesal como un Derecho de carácter secundario instrumental respecto del derecho material. De aquí que se haya llegado a designar "Derecho adjetivo" o "Derecho formal". Y, concretamente, el Derecho Procesal Constitucional, las normas reguladoras del proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en Derecho constitucional, se ha considerado como instrumental. Su papel es la defensa de la Constitución.)"

Por su parte, GARCIA BELAUNDE ⁽⁷³⁾ ha precisado sobre este particular que:

"Durante el periodo que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema, se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y FIX-ZAMUDIO, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o "jurisdicción constitucional orgánica" y de "jurisdicción constitucional de las libertades", o de la "libertad", como prefiere FIX-ZAMUDIO. Y dentro de esa línea, se agrega a "jurisdicción constitucional transnacional", para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario.

(...).

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida que hablemos de "jurisdicción" o "justicia constitucional" o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza

⁽⁷³⁾ GARCÍA BELAUNDE, Domingo.- *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Ed. Grijley, 2000.

de las cosas, se va a un "Derecho Procesal Constitucional".

(...).

Y tal clasificación tripartita, iniciada por Cappelletti, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando. Y el Derecho Procesal Constitucional sólo se entiende desde una Teoría General del Proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carrnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina".

La Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del siglo XIX luego de la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, a la par con el proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1658. Es FIX-ZAMUDIO ⁽⁷⁴⁾ quien señala que en un principio fueron los alemanes, a partir de Schmitt, quienes utilizaron primero el término Defensa de la Constitución (*Der Hüter der Verfassung*) para luego variarlo por el de Justicia Constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) a partir de la Constitución del Weimar de 1919. Fueron los franceses los que utilizaron preferentemente el concepto de Control de la Constitucionalidad, en tanto que un sector de los juristas italianos se refieren a la *giurisdizione costituzionale* o al *processo costituzionale*, siendo que para los angloamericanos la denominación frecuente es la de *judicial review*.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes tiene básicamente dos grandes sistemas de manifestaciones: el europeo o de justicia constitucional concentrada (ad-hoc) generado básicamente en Europa por la influencia de Kelsen y la Constitución austriaca en el que un Tribunal Constitucional enjuicia la constitucionalidad de una ley con efectos *erga omnes*; y el americano o de control difuso inspirado en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y su interpretación jurisprudencial que permite realizar dicho acto al Órgano Jurisdiccional pero sólo para el caso concreto.

Nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional contiene ahora estos dos grandes sistemas superpuestos, en lo que podríamos denominar un subsistema mixto ⁽⁷⁵⁾ o sistema dual ⁽⁷⁶⁾. Por un lado, la Constitución en sus Arts. 200 y siguientes ha creado un sistema ad-hoc del control de la constitucionalidad denominado Tribunal Constitucional con capacidad para enjuiciar la constitucionalidad de una ley y derogarla con efectos erga omnes; en tanto que por otro lado faculta a los agentes de la administración de justicia ordinaria, cualquiera sea su jerarquía o especialidad, para calificar en un caso concreto, y sólo con efectos jurídicos interpartes (*Res Inter Alios Iudicata*), la inconstitucionalidad de las leyes y de las normas de inferior jerarquía legal, apartándose de su texto expreso para resolver el conflicto material con la aplicación

⁽⁷⁴⁾ FIX-ZAMUDIO, Héctor: **Veinticinco años de Evolución...**; p. 12.

⁽⁷⁵⁾ QUIROGA LEÓN, Aníbal: **La Justicia Constitucional**; pp. 343 y ss.

⁽⁷⁶⁾ Así lo ha definido Domingo García Belaúnde en comunicación que nos hiciera llegar conteniendo comentario expreso sobre la materia. Ver también GARCIA BELAUNDE, Domingo.- **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: Ed. Thémis, 2001.

sistemática de otras normas legales subsidiarias o de los principios generales del derecho ⁽⁷⁷⁾.

Este control judicial de la constitucional de las leyes que pueden ejercer de modo difuso todos los Jueces y Tribunales del Poder Judicial en el Perú –pero sólo las autoridades del Poder Judicial de modo exclusivo y excluyente- de acuerdo al texto constitucional, y que hemos calificado como parte del Sistema Mixto de Justicia Constitucional ha diseñado nuestra Constitución como es uno de los más perfectos posibles, pues combina muy bien el rol de los dos grandes sistemas ya descritos, si bien esta mixtura o dualidad es más producto del desarrollo histórico de nuestra constitucionalidad antes que del desarrollo jurídico de un gran pensador o jurista nacional. En puridad la constitucionalidad de las normas, que también es Garantía Constitucional de la Administración de Justicia, está cautelada en el Perú y con ello la efectividad del proceso judicial, siempre y en todo momento, propiciando la vigencia del Debido Proceso Legal o de la Tutela Judicial Efectiva. Sin embargo la realidad que nos rodea contradice con rotundidad esta afirmación. Siempre nos hemos preguntado con gran inquietud ⁽⁷⁸⁾: ¿Por qué el desfase entre la norma y la realidad? La respuesta sigue siendo, lamentablemente, la misma: no está, por cierto, en la insuficiencia de la norma, ni en un sistema incompleto, sino en el elemento subjetivo, en el agente judicial, que interacciona dentro del Sistema Jurídico Nacional ⁽⁷⁹⁾. No se debe olvidar que las normas escritas, la propia Constitución entre ellas, nada son si de por medio no hay un hombre que las interprete y haga realidad: sea este ciudadano, justiciable, autoridad, legislador o magistrado ⁽⁸⁰⁾.

III.2. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR.-

El proceso judicial en su preparación, apertura, desarrollo y conclusión importa tiempo. Tiempo y proceso son elementos que están coimplicados.

El tiempo en el proceso es un elemento vinculado con la garantía de la defensa en juicio y debido proceso. Es decir, el tiempo en el proceso es una exigencia deóntica. Un proceso instantáneo sería un proceso arbitrario o, desde una perspectiva constitucional, un “no proceso”. Aunque para ser más precisos, corresponde sustituir la voz tiempo por la *duración* que es un matiz de aquella pues, en verdad, hasta el instante implica tiempo, pero la palabra *duración* connota desarrollo, expectativa, desgaste, biografía.

⁽⁷⁷⁾ Ver supra 4.7.

⁽⁷⁸⁾ QUIROGA LEÓN, Aníbal.- ***La Justicia Constitucional***; pp. 349-351.

⁽⁷⁹⁾ Sobre este particular, ver especialmente: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.- ***El Tribunal Constitucional Peruano: Crónica de un fracaso***. En: ***Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano***. Bs. As.: CIEDLA. Fund. Konrad Adenauer, 1999.

⁽⁸⁰⁾ A propósito de la necesidad de una adecuada y especialidad hermenéutica constitucional, como un método de interpretación diferenciado de la hermenéutica tradicional, se pueden consultar QUIROGA LEÓN, Aníbal.- ***“La Interpretación Constitucional”***; en DERECHO PUC N 39, Rev. de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, Dic. 1985; pp. 323-343; ver también PEGORARI RODRÍGUEZ, Carla Lorena: ***“La Interpretación Constitucional”***; Tesis, Mimeo, Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1988.

Para que exista un proceso que resulte plausible desde el punto de vista constitucional se debe dar un sistema procedimental que asegure el acceso a la jurisdicción a las partes con igualdad de posibilidades y oportunidades de intervenir útilmente en construir un resultado que finiquite el conflicto. Esto importa asegurar espacios de actividad para que cada uno de los contradictores y, al mismo tiempo, que de manera recíproca cada uno de éstos controle la actividad que el otro despliega en el proceso. Del mismo modo, las partes deben contar con posibilidad de controlar la actividad del órgano jurisdiccional y, en muchos casos, con herramientas para refutar las decisiones o procedimientos jurisdiccionales (medios de impugnación).

Tiempo para preparar y presentar la pretensión, para admitirla y hacerla conocer a la demandada; tiempo para que el pretendido cuente con la oportunidad útil de alegar y refutar la pretensión, es decir, para oponerse; tiempo, en fin, para probar las aseveraciones efectuadas en la etapa postulatória, para alegar, para resolver, para aclarar, para recurrir, para resolver sobre lo resuelto y, muy probablemente, tiempo para hacer cumplir forzosamente lo decidido.

La intervención útil de las partes en el proceso impone consumir tiempo y sin intervención útil de las partes no se resguarda el debido proceso adjetivo. La matriz sobre la que está el debido proceso tiene por norte justificar por qué una decisión estatal puede interferir con la libertad de las personas (situación del demandado) o porque una decisión estatal rechaza un derecho autoafirmado por pretensor (situación del actor). Esta imperatividad de mostrar, de exhibir cómo se construye una decisión de interferencia en la libertad es la condición deóntica primaria de validez de todo proceso pues un proceso que no puede ser escrutado y controlado por la comunidad, una actividad o decisión estatal que no encuentra publicidad o explicación es una decisión arbitraria y, por lo tanto, no republicana. ⁽⁸¹⁾

De manera tal que, podría sostenerse, que es inherente al debido proceso adjetivo: la duración. El tiempo contribuye a que ese formato ordenado de disputabilidad que llamamos proceso, otorgue las garantías de despliegue de estrategias aleatorias y probatorias con las que los litigantes aspiran convencer al juez.

Sin embargo, este tiempo que demanda un proceso y sus pasos previos (por ejemplo, la mediación) de la misma forma que son una garantía del derecho de defensa, pueden resultar, también, un obstáculo para que ese derecho y para que el fin del proceso resulte satisfactorio. Ese es el efecto paradójico del tiempo en el proceso, lo necesitamos para desplegar las garantías pero, a veces, es el tiempo el que sabotea esas garantías.

El proceso judicial, entre los muchos fines que posee –en lo que aquí interesa- tiene como meta otorgar certeza jurídica. Para ello da oportunidad a los limitantes a que desplieguen argumentos y estrategias de confirmación o refutación de las posiciones autoafirmadas en la demanda y contestación, todo a través de una actividad reglada de antemano con satisfacción del principio de legalidad y bajo la dirección de un órgano estatal predispuesto por ley y que posee neutralidad, autoridad y deber de dirimir el conflicto a través de la creación de una norma individual, justificada en el ordenamiento jurídico, que vincule a las partes.

⁽⁸¹⁾ ATIENZA, Manuel.- *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel, Madrid, 1995, p.31.

En síntesis, el proceso tiene norte la seguridad jurídica. La paradoja se presenta cuando el propio proceso, como actividad, genera o incrementa las condiciones de inseguridad. Es decir, el propio proceso se vuelve contra su fin y, con su desarrollo en pos de seguridad jurídica, fagocita esta meta. Eso es lo paradójal: que el proceso se niegue a sí mismo.

Esta paradoja tiene, siguiendo a CALAMANDREI, tres aspectos:

Cuando el proceso afecta las condiciones en que se realizará la declaración de certeza jurídica debido a la posibilidad de alteración, desaparición, etc. De las posibilidades epistemológicas o de demostrabilidad que una parte tiene (registros) y que el formato del proceso diluye. En definitiva, aquí se afecta la intervención útil de la parte al sustraerle o obstaculizar la presentación de evidencia o registros. Claramente este aspecto se vincula con la prueba y, en un plano más amplio, con el acceso a la justicia. Esto se va a relacionar con la dimensión asegurativa o conservativa de las medidas cautelares, no en la satisfacción del derecho autoafirmado y, eventualmente, reconocido, sino en afianzar los medios aptos para la decisión.

Cuando la eficacia del proceso puede verse comprometida pues, aún declarado el derecho, su satisfacción material no es posible por la inviabilidad de medios que posibiliten su realización. También aquí las medidas cautelares tendrán una dimensión asegurativa o conservativa, pero no para la decisión, sino para la ejecución de la decisión.

La última paradoja se instala en la relación que hay entre la prolongación del proceso y la del bien de la vida concreto que el proceso busca tutelar (objeto mediato de la pretensión). En este caso, se presenta la necesidad de satisfacer anticipadamente la disponibilidad del bien de la vida con prescindencia de que, eventualmente, la declaración de certeza jurídica que emane de la sentencia deje sin efecto y sin derecho el mantenimiento de las condiciones cautelares. La alternativa que aquí se plantea es: disfrute de derecho sin certeza o certeza sin disfrute del derecho. La pauta para conceder esta clase de medidas cautelares esta en la realización de un juicio de irreversibilidad del daño si no se concede la medida y de la dimensión del derecho o bien que esta en juego que debe ser subordinante del bien que la medida afecta (generalmente, patrimonial). Esta clase de problemas es la que revela más agudamente que la dimensión biográfica de las partes, algo que muchas veces se olvida.

De manera que las medidas cautelares son una suerte de reaseguro del debido proceso adjetivo que coadyuva a que el proceso no se transforme en un escenario para el fracaso de la tutela efectiva. La directriz que emana del Art. 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (cfr. Art. 2º y 25º CADH).

Es cierto que las soluciones que dan las medidas cautelares muchas veces no son matemáticas, puras, claras ni prístinas; sin áreas de dudas, ni zonas grises. No es una solución ideal, es una solución útil y plausible. Constitucionalmente plausible.

En primer lugar la solución no es ideal porque, en general, resulta alteradora del esquema acusación-defensa o pretensión-oposición. Las medidas cautelares van a establecer una discontinuidad en este formato de debate o procedimental. Esto se produce a través de dispositivos procesales extremadamente invasivos de la esfera de la libertad del eventual afectado por la medida. Es lo que se conoce como

procedimiento *inaudita pars* o de bilateralidad diferida o postergada. Pero nada impone que todos los procesos –o mejor dicho- todas las pretensiones se sustancien bajo la misma partitura. Lo único que es imprescindible es que esté asegurada a las partes su intervención útil. Utilidad que se materializa con la oportunidad de conseguir y contribuir a obtener un pronunciamiento en la dirección preferida.

La justificación constitucional de las medidas cautelares se asientan en una de las múltiples dimensiones del derecho de defensa en juicio: que ese juicio sea una posibilidad útil de defender el derecho autoafirmado o de satisfacer, sentencia mediante, el derecho reconocido. Mal podría existir derecho de defensa en juicio si el desarrollo de ese juicio el que, por su despliegue temporal, sabotea las posibilidades del derecho o derechos que a través de él se debaten y cuyo reconocimiento se exige. En palabras de CALAMANDREI, la sentencia definitiva podría aparecer “como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto”. Si el Art. 18º de la CN expresa que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos “también es posible inferir que el constituyente afirma que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” por las propias condiciones temporales en que debe desarrollarse tal juicio. Ya que no es concebible que el instrumento de protección de los derechos, el juicio, sea la ocasión de su desprotección.

De esta perspectiva, podemos afirmar la existencia de equivalencia de jerarquías entre la función inhibitoria y la función reparadora que despliega la tarea jurisdiccional. La medida cautelar se inscribe dentro de la primera dimensión. El poder-deber del Estado de dirimir conflictos a través de un proceso y por medio de órganos imparciales obliga al Estado a garantizar la eficacia del proceso. De allí que la función inhibitoria o cautelar del ejercicio jurisdiccional resulte un aspecto sustantivo.

El citado Art. 25º del Pacto de San José, es la norma de jerarquía constitucional, junto con el Art. 18º de la CN que explica y justifica la existencia de medidas cautelares. El Art. 25º de la CADH contiene una potencialidad extraordinaria para materializar la exigibilidad de los derechos. Al establecer que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a *cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Esto es lo que hace el CPCCN en el Art. 232º el que sienta el principio general cautelar: debe adoptarse la medida que sea más apta, según las circunstancias, para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. ⁽⁸²⁾

Por su parte, ARIANO DEHO ⁽⁸³⁾ establece que constituyen principios y derechos de la función jurisdiccional “*la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*” indica su función garantista del proceso. En efecto, si la función jurisdiccional se manifiesta y realiza mediante el proceso, debemos partir de la premisa que nuestra norma constitucional no le atribuye esa función garantista a *cualquier* proceso, sino que se requiere que éste sea un *debido proceso*; sin embargo, tampoco basta un *debido proceso*, es necesario que ese proceso conduzca a la tutela del derecho del recurrente de la misma, es decir, a la tutela jurisdiccional efectiva.

⁽⁸²⁾ TRIONFETTI, Víctor.- ***Ensayo sobre los fundamentos constitucionales de las medidas cautelares y el debido proceso.*** En: Medidas Cautelares: Cuestiones actuales, FEDYE, Bs. Aires, 2006, p. 63-68.

⁽⁸³⁾ ARIANO DEHO, Eugenia.- Op. Cit., p. 587-588 y p. 597-598.

En tal sentido, la tutela cautelar constituye un derecho fundamental. No obstante, no existe un precepto ni constitucional ni legislativo que así lo establezca, pero hoy se ha abierto paso, gracias a la jurisprudencia europea, en especial la constitucional y comunitaria, esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose un viejo principio chovendiano: *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.*

IV.

CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR ⁽⁸⁴⁾

IV.1. CARACTERÍSTICAS.-

1. INSTRUMENTALIDAD.-

Las medidas cautelares sirven de medio para garantizar la efectividad de la sentencia, es decir, están al servicio de la efectividad del proceso. Es así que nunca podrá existir una medida cautelar por sí sola, pues siempre se necesitará que exista el objeto que con ella se quiere garantizar, al cual le sirve de medio o instrumento de eficacia. Cabe resaltar que, si las medidas cautelares son un medio para garantizar la efectividad de la sentencia y la vigencia de determinados valores previstos en el ordenamiento jurídico.

Este carácter de instrumentalidad determina que, si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para ella en el proceso.

2. PROVISIONALIDAD.-

Las medidas cautelares son provisorias en la medida que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que la deje sin efecto. De tal manera, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia; sin embargo, esa limitación temporal está condicionada a que se produzca un hecho futuro, es decir, el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

3. SUJECIÓN A LA CLÁUSULA *REBUC SIC STANTIBUS*.-

Para conceder o denegar una medida cautelar el Juez ha tenido que evaluar, además de la adecuación de la medida, algunas circunstancias que al momento en que se concedió o denegó la medida constituían, a su juicio, la apariencia de fundabilidad de la pretensión y el peligro de la demora necesarios para otorgarla. Sin embargo, es posible que durante el tiempo que demore el proceso, estas circunstancias que llevaron al Juez originalmente a conceder o denegar una medida cautelar, varíen, en

⁽⁸⁴⁾ PRIORI POSADA, Giovanni.- *La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores, 2006, p.

cuyo caso podrá variar también la resolución que en su momento resolvió conceder o denegar la medida cautelar.

De esta manera, en la medida que el juicio sobre la procedencia o no de una medida cautelar, se hace con el propósito de garantizar la sentencia que se va a dar en el futuro, el cambio en las circunstancias que llevaron en su momento al Juez a conceder o denegar una medida cautelar permite la modificación de la resolución mediante la cual decidió la conferida concesión o rechazo. Por ello, se dice que la resolución cautelar se halla sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En este sentido, la variación de la resolución que concede o deniega la medida cautelar en función de la cláusula *rebus sic stantibus* puede pedirse sólo a pedido de parte, a través de un pedido de revocación de la medida cautelar, o la reproposición de ella, o un pedido de modificación.

4. JURISDICCIONALIDAD.-

Esta característica hace referencia al hecho de que es intrínseco al ejercicio de la potestad jurisdiccional el dictado y ejecución de medidas cautelares. El ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales no depende ni descansa en la ley, sino en la Constitución, con lo cual, a pesar de no existir una norma legal que lo autorice, dicha potestad puede ser ejercida por los por los órganos jurisdiccionales.

IV.2. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR.-

1. VEROSIMILITUD DEL DERECHO.-

La finalidad del proceso cautelar, consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla ligado por un nexo de instrumentalidad. En este sentido, el fundamento de la pretensión que constituye objeto de aquél no puede depender de un conocimiento exhaustivo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. En efecto, para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (*fumus boni iuris*), de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, resulte posible anticipar en el proceso principal una declaración de certeza del derecho.

Con las medidas cautelares se busca impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan ocurrir durante el curso del proceso. En efecto, uno de los supuestos en que se funda cualquier medida cautelar es la verosimilitud del derecho, entendido como la posibilidad de existencia del mismo y no como una incontrastable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo. La verosimilitud requerida no impone la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, sino que basta con la “apariencia” del derecho, máxime si las medidas cautelares tienen un carácter esencialmente provisional.

2. PELIGRO EN LA DEMORA.-

Constituye un presupuesto específico que da fundamento a la pretensión cautelar, pues, el peligro probable que la tutela judicial definitiva que el actor espera de la sentencia, al dictarse en el proceso principal, no pueda en los hechos o en la realidad

hacerse efectiva (*periculum in mora*). Es decir, por el transcurso del tiempo los efectos de la decisión final del Juez pueden resultar inoperantes. En efecto, uno de los requisitos generales para la procedencia de las medidas cautelares es la existencia del peligro en la demora, es decir, de un temor fundado en la configuración de una lesión o peligro de lesión de un derecho cuya protección se persigue, y que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo que en el supuesto de una sentencia favorable para el actor, ésta permanezca incumplida.

3. CONTRACAUTELA.-

La tutela cautelar, cuya característica es la celeridad, y como señalamos, se concede la providencia mediante un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario, sin audiencia de la parte afectada (*inaudita pars*). En tal sentido, la ley impone como requisito de admisibilidad de las medidas cautelares que versen sobre bienes, la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que ocasione la medida indebidamente peticionada. El fundamento de la contracautela, es contrarrestar la falta de contradicción inicial, que garantiza, en general, el proceso cautelar.

IV.3. LEYES MODIFICATORIAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.-

LEY Nº 27723

Artículo 2º.- Modifica el Artículo 623º del Código Procesal Civil

Modifícase el Artículo 623º del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

“Artículo 623º.- Afectación de bien de tercero.- *La medida cautelar puede recaer en bien de tercero cuando se acredite su relación o interés con la prestación principal, siempre que haya sido citado con al demanda. Ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.*

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 40º del Código Civil. Dicha oposición surte efecto aún en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del juez y/o auxiliar judicial.”

LEY Nº 28473

Artículo Único.- Modificación de los artículos 608, 611, 613 y 637 del Código Procesal Civil

Modifícanse el Artículo 625º del Código Procesal Civil en los siguientes términos:

“Artículo 625.- Extinción de la medida cautelar concedida con el Código Derogado.

En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde

su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral.”

LEY Nº 28544

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTICULOS DEL CODIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 1º.- Modifica los artículos 35º al 46º del Código Procesal Civil
Modifícanse los artículos 35º al 46º del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción.

Artículo 36º.- Efectos de la incompetencia

Al declarar su incompetencia, el Juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la concusión del proceso, con excepción de lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 451º.

Artículo 37º.- Cuestionamiento exclusivo

La competencia de los Jueces de Paz Letrados y de Paz solo se cuestiona mediante excepción.

Artículo 38º.- Contiende de competencia

La incompetencia territorial relativa puede ser invocada, excluyentemente, como excepción o como contienda. La contienda de competencia se interpone ante el Juez que el demandado considere competente, dentro de los cinco días de emplazado y ofreciendo los medios probatorios pertinentes.

El Juez rechazará de plano la contienda propuesta extemporáneamente o cuando es manifiestamente improcedente o temeraria. Cuando la temeridad consista en la creación artificiosa de una competencia territorial, la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista por el artículo 46º, y el Juez, de oficio o a pedido de parte, oficiará al Ministerio Público, de ser el caso.

Si el Juez admite la contienda oficiará al Juez de la demanda, pidiéndole que se inhiba de conocerla y solicitando, además, la remisión del expediente.

Con el oficio le anexa copia certificada del escrito de contienda, de sus anexos, de la resolución admisorio y de cualquier otra actuación producida. Adicionalmente al oficio, el Juez de la contienda dará aviso inmediato por fax u otro medio idóneo.

Artículo 39º.- Reconocimiento de incompetencia

Si recibido el oficio y sus anexos, el Juez de la demanda considera que es competente el Juez de la contienda, le reemitirá el expediente para que conozca del proceso. Esta decisión es inimpugnable.

Artículo 40º.- Conflicto de competencia

Si el Juez de la demanda se considera competente suspenderá el proceso y remitirá todo lo actuado, inclusive el principal, al superior que deba dirimir la competencia, oficiando al Juez de la contienda.

Artículo 41º.- Resolución de la contienda ante el superior

La contienda de competencia entre Jueces Civiles del mismo distrito judicial la dirime la Sala Civil de la Corte

Superior correspondiente. En los demás casos, la dirime la Sala Civil de la Corte Suprema.

El superior dirimirá la contienda dentro de cinco días de recibido los actuados, sin dar trámite y sin conceder el informe oral. El auto que resuelve la contienda ordena la remisión del expediente al Juez declarado competente, con conocimiento del otro Juez.

Artículo 42º.- Conservación de la eficacia cautelar

La medida cautelar otorgada por el Juez de la demanda, antes de recibir el oficio del Juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso. Suspendido el proceso, no se otorgan medidas cautelares.

Artículo 43º.- Continuación del proceso principal

Recibido el expediente, el Juez competente continuara el trámite del proceso volviendo a conceder el plazo para contestar la demanda.

Artículo 44º.- Convalidación de la medida cautelar

A pedido de parte, y siempre que la competencia fuera decidida a favor del Juez de la contienda, este deberá efectuar, como Juez de primer grado, un reexamen de los presupuestos de la medida cautelar preexistente. El pedido de reexamen es procedente cuando no se ha apelado la medida, o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso.

Artículo 45º.- Costas y costos

Si el incidente se resuelve a favor del Juez de la contienda, las costas y costos debe pagarlas el demandante. Si se dirime a favor del Juez de la demanda, serán pagadas por quien promovió la contienda.

Artículo 46º.- Multas

La parte que, con mala fe, promueve una contienda sera condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa no menor de cinco ni mayor de quince Unidades de Referencia Procesal.”

Artículo 2º.- Adicionase un inciso al artículo 451 º del Código Procesal Civil

Adicionase el inciso 6) al artículo 451º del Código Procesal Civil, el mismo que quedara redactado en los términos siguientes:

Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446 º, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes: (...) 6) Remitir los actuados al Juez que corresponda, si se trata de la excepción de competencia territorial relativa. El Juez competente continuara con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre. Si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el ultimo párrafo del artículo 50 º.”

Artículo 3º.- Norma derogatoria

Derogase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

LEY Nº 29384

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 608º, 611º, 613º Y 637º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo único.- Modificación de los artículos 608º, 611º, 613º y 637º del Código Procesal Civil

Modifícanse los artículos 608º, 611º, 613º y 637º del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

"Artículo 608º.- Juez competente, oportunidad y finalidad

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Artículo 611°.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

- 1. La verosimilitud del derecho invocado.*
- 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.*
- 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.*

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Artículo 613°.- Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

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

Artículo 637°.- Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el

demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

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

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo."

DISPOSICIÓN TRANSITORIA, COMPLEMENTARIA Y FINAL ÚNICA.-

Tratándose de lo previsto en el primer párrafo del artículo 608° del Código Procesal Civil, el Juez Provisional o Suplente sólo puede conocer de los pedidos cautelares dentro de proceso, salvo que, en el distrito judicial correspondiente o en el ámbito de su competencia, el Juez Titular no se encuentre habilitado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior rige hasta la aplicación efectiva de lo previsto en el artículo 239° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, modificado por la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

*Comunicase al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los dieciséis días del mes de junio de dos mil nueve.*

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1069
TÍTULO IV
PROCESO CAUTELAR
Capítulo I
Medidas Cautelares**

Disposiciones generales

Artículo 611°.- Contenido de la decisión cautelar

El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

- 1. La verosimilitud del derecho invocado.*
- 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.*
- 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.*

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Artículo 613º.- Contracautela y discrecionalidad del Juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recaerá sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el Juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, ésta se llevará adelante, a pedido del interesado, ante el Juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resolverá lo conveniente previo traslado a la otra parte.

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

Artículo 630º. - Cancelación de la medida

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Artículo 637º. - Trámite de la medida

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

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de (5) días, contando desde que toma conocimiento de la

resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De acaparse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.

Artículo 638º. – Ejecución por terceros y auxilio policial

Cuando la ejecución de la medida deba ser cumplida por un funcionario público, el Juez le remitirá, bajo confirmación, vía correo electrónico el mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública, se cursará un oficio conteniendo el mandato respectivo a la autoridad policial correspondiente.

Por el mérito de su recepción, el funcionario o la autoridad policial quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal.

Artículo 643º.- Secuestro

Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.

Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.

Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

Artículo 650º.- Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona

Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.

En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.

También en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral.

Artículo 657º. – Embargo en forma de retención

Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención.

Artículo 674º.- Medida temporal sobre el fondo

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público.

Artículo 687º.- Prohibición de Innovar

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.
