

# **LA CAUCIÓN (CONTRACAUTELA) COMO EXPRESIÓN DE COHERENCIA DEL SISTEMA JURIDICO. UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL.**

Por César Rivera Burgos<sup>1</sup>.

Abogado. Egresado de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y egresado de la Maestría con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **I. INTRODUCCIÓN.-**

El presente trabajo tiene por finalidad sostener que la Caución (Contracautela) es en rigor expresión de la coherencia que debe haber al interior de todo sistema jurídico que aspire ser llamado como tal. Consecuentemente, la Caución no puede ser vista mas como un simple requisito de ejecución de las medidas cautelares, conforme se viene entendiendo en mayoría por la doctrina. Para ello analizaré su actuación desde una perspectiva constitucional y en andamiaje de tal tarea, comenzaré resaltando la centralidad de la persona humana en todo sistema jurídico, como origen y fin de todo ordenamiento jurídico.

Ello es así en tanto resulta pacífico afirmar que el Derecho es un instrumento al servicio de la persona humana, de donde tenemos que los derechos que emanan de su Dignidad y en atención a su propia naturaleza vinculante (por provenir de la persona) deben actuar de manera coherente entre ellos mismos a riesgo de que el sistema jurídico pierda eficacia y eficiencia.

Sin embargo, sucede muchas veces que tales derechos se presentan en situaciones concretas en conflicto, enfrentados unos con otros, revistiendo trascendental urgencia solucionar dicho conflicto.

Ese es el caso que uno nota, creo, frente una solicitud cautelar ya que a poco de pensarlo advertirá el conflicto que se suscita, por un lado, entre el derecho del peticionante a obtener la tutela solicitada y por el otro, el derecho de defensa que asiste a quien debe soportarla pero que ve postergado su ejercicio para una posterior etapa procesal a la del otorgamiento o ejecución de la cautela reclamada. Ello así en la regulación del derecho de defensa del deudor cautelar establecida por el modificado artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano.<sup>23</sup>

---

<sup>1</sup> Para ti querido lector, porque el tiempo que dedicas a la lectura pone de manifiesto tu afán por ser mejor abogado.

<sup>2</sup> Artículo 637.- Trámite de la medida (según modificación realizada por Ley N° 29384, del 28 de junio del 2009):

De ese modo, acudiendo al método de la ponderación, he podido verificar que - si bien es cierto nada repara la indefensión generada al momento de otorgarse una cautela- la Caución busca mantener el equilibrio que debe existir entre los derechos en un sistema jurídico que pretenda ser reconocido como uno Constitucional de Derecho.

---

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.” (el subrayado y resaltado es nuestro).

<sup>3</sup> Sin embargo, la regla legislativa descrita no es una absoluta ya que en otros países con importante presencia en el mundo del derecho procesal han establecido que el otorgamiento de las medidas cautelares sean evaluadas previa audiencia de quien resulte llamado a soportarla. De ese modo, tenemos en España, en su Ley de Enjuiciamiento Civil del año 200, que en su artículo 733 se ha dispuesto como regla general que el Tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audición del demandado. Solamente cuando existan razones de urgencia (acreditadas) o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, se podría dictar *inaudita altera parte*, por auto a expedirse en cinco días.

Contra el auto que *inaudita altera parte* procede OPOSICIÓN dentro del plazo de veinte días contados desde la notificación. Le sigue el traslado y fijación de la vista. Se resuelve por auto apelable sin efecto.

Por su parte, en Brasil, tenemos que en el artículo 798 de su Código Procesal Civil, se ha establecido que “*solamente en casos excepcionales, expresamente previstos por la ley, el juez puede disponer medidas cautelares sin oír a las partes*”. El trámite regulado dispone que la medida cautelar se pide por escrito (artículo 801), se cita al demandado para que conteste la instancia en el plazo de cinco días. Si él no cuestiona, el juez decide en 5 días (artículo 803), siendo que si resulta cuestionado, el juez fija audiencia de instrucción y decisión.

Según el art. 804 el juez puede conceder en vía preliminar (*ante causam*), previa justificación, la medida cautelar sin oír al demandado, si verifica que éste, recibiendo la citación podría hacerla ineficaz; en tal caso, el juez puede imponer al actor la prestación de una caución.

En tales casos, una vez ejecutada se cita al demandado el cual podrá, si quiere, cuestionar conforme al art. 802 (o sea en 5 días).

Por tanto, debe quedar claro: La Caución busca mantener el equilibrio en el sistema jurídico, garantizando el repare de los efectos de la ejecución de la cautela iniciada justamente en la afectación (postergación) del derecho de defensa.

## **II. MOTIVOS DEL USO DEL TERMINO CAUCION.-**

De saque es oportuno anotar que no utilizaré el término “Contracautela” sino mas bien el término “Caución” ya que estoy convencido que la denominación “Contracautela” induce a error en su comprensión. De este modo, dicho término ha hecho pensar a más de uno que su presencia en el proceso obedece a su naturaleza de ser *tutela cautelar del demandado*.

Ello no es exacto ya que en rigor de verdad, la mal denominada “Contracautela” (Caución) no tiene por finalidad cautelar nada sino que más bien se encuentra directamente dirigida a la satisfacción del fin reparador de los daños y perjuicios que la ejecución de algún pedido cautelar hubiera ocasionado a quien tuviera que soportarla en virtud a un mandato judicial. Asimismo, debo indicar que para la exigencia judicial del otorgamiento de la Caución por parte del solicitante cautelar no se requiere verificar la concurrencia de apariencia de algún derecho ni la de peligro en la demora alguna. Su exigencia más bien se encuentra determinada en la Ley procesal, y ello, conforme ya adelante, con la finalidad de garantizar la reparación de los daños y perjuicios que la ejecución de la medida cautelar hubiera probadamente causado en el deudor cautelar.

Quede entonces totalmente claro: la denominada Contracautela es en realidad una caución y con ello, tiene como única finalidad la de ser constituida en garantía, fianza o medio con el que se asegura el cumplimiento de una determinada obligación. En sede cautelar, la obligación de reparar los danos y perjuicios ocasionados.

Pues bien, son las razones expuestas las que sustentan mi preferencia de hacer referencia a ella como Caución y no como Contracautela.

## **III. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y EQUILIBRIO DEL SISTEMA JURIDICO.-**

Conforme he adelantado, soy un convencido que el Derecho es un instrumento al servicio de la persona humana, encontrando en ella su origen y su fin. Un derecho que no le sirva no es Derecho. En esa línea, debe atenderse a que tal persona es fuente de todo el abanico de derechos de carácter fundamental que se desprenden de su Dignidad.

Así, *“si todos los derechos humanos o fundamentales se derivan y fundamentan en la Dignidad del ser humano, y coadyuvan al logro de una sociedad libre, igualitaria y justa, es decir, si tiene el mismo origen, finalidad y fundamento, las relaciones que existen entre ellos no pueden presentarse en términos de jerarquía o subordinación, sino de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico. Eso significa que los eventuales conflictos que pudieran surgir entre ellos al concurrir en un caso concreto deben resolverse en términos de equilibrio o ponderación y de ninguna manera en relaciones de predominio de alguno sobre los demás.*

*El hecho que alguno de esos derechos fundamentales cuenten con una especial protección en determinados ordenamientos jurídicos no significa que tengan un mayor valor que los demás sino que simplemente su goce real o efectivo requiere de una tutela reforzada; de no ser así, la “menor protección” que se otorgue a los otros derechos devendría en irrazonable o injustificada. Del mismo modo, el hecho que algún ordenamiento contemple la posibilidad de “suspender” o “restringir” en particulares situaciones la eficacia de algunos derechos fundamentales, no significa que los otros tengan una posición preferente frente a los primeros sino simplemente que las circunstancias de hecho hacen necesario adoptar tales medidas para asegurar la existencia de una sociedad libre, igualitaria y justa, situación que precisamente los derechos fundamentales buscan alcanzar o proteger. Además, tal “suspensión” o “restricción” no supone de ninguna manera la extinción o pérdida de eficacia de los citados derechos; tanto es así que si las medidas restrictivas que se tomen o ejecuten resultan irrazonables o desproporcionadas, la superior fuerza normativa de tales derechos harán que dichas medidas devengan en arbitrarias, por lo que deberán ser invalidadas o inaplicadas para no socavar las bases mismas del ordenamiento.*

*Pues bien, es posible que al momento de concurrir en un caso concreto algunos derechos fundamentales surjan situaciones de conflicto que deben ser solucionados adecuadamente a efectos de asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico como un sistema.”<sup>4</sup>*

*Al respecto BOBBIO manifiesta que “Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí “sistema” equivale a la validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas.(...).”<sup>5</sup>*

*Al respecto ALONSO GARCÍA anota: “la coherencia entre todos ellos no puede alcanzarse si no es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones relativas (sin negación de algún valor en todo caso) entre ellos en atención a los intereses en juego, al respectivo “peso específico” en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional.”<sup>6</sup>*

#### **IV. ROL DEL JUEZ EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.-**

Junto a la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales, queda evidenciada a poco de pensarlo, el protagónico papel que en tal tarea corresponde a los juzgadores. Con ello, me referiré ahora al rol que debe desempeñar el Juez dentro de un Estado Constitucional de Derecho, y como

---

<sup>4</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO JUSTO. Lima: ARA Editores, 2001, páginas 142-143.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Madrid: Editorial Debate S.A., 1998. P. 195.

<sup>6</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. P. 418.

ésta debe ser realizada de modo tal que busque alcanzar la mejor tutela real y efectiva de los derechos fundamentales en beneficio de la persona humana, teniendo a la Constitución del Estado como parámetro de validez de su actividad jurisdiccional.

El rol de todo juzgador en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho presupone la existencia de una Constitución que se alza como límite del poder para de este modo garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales en un Estado en el que se tenga a la Constitución en el vértice más alto de su ordenamiento jurídico, constituyéndose como la norma jurídica de la mayor y más alta jerarquía, que ordena y es parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

En términos de LUIGI FERRAJOLI, la noción del Estado Constitucional de Derecho se encuentra vinculada a la idea de un sistema de límites y de vínculos impeditivos de la formación de poderes absolutos, tanto públicos como privados, todo ello en garantía de los derechos fundamentales, *siendo que en las circunstancias en las que deba restringirse algún derecho fundamental se busque mantener el equilibrio del sistema jurídico, garantizándose la vigencia real y efectiva del derecho fundamental restringido a favor de otro derecho de la misma jerarquía.*<sup>8</sup> (resaltado y cursiva es nuestro).

Así las cosas, resulta obvio que será la Constitución la que se constituye –en lugar de la Ley infra constitucional- en medida de eficacia de los derechos. Es por tanto, esta nueva situación la que otorga a los Jueces la obligación de hacer valer la Constitución en cualquier situación.

Es más, por la fuerza normativa de la Constitución, habrán situaciones en las que el Juez deberá asignar contenido a los derechos para garantizar su eficacia, siendo además que en no pocas situaciones deberá verificar si una Ley es respetuosa de la Constitución, para luego disponer su inaplicación (sino lo fuera) o por el contrario, aplicarla al caso concreto (si lo fuera).<sup>9</sup>

Vemos entonces como la labor del Juez “Legal”, en parámetros del Estado Legal de Derecho, ha cedido su lugar a un Juez con mucho mas poder y por tanto, con mayor responsabilidad social<sup>10</sup>, el cual deberá ser ejercido en

---

<sup>7</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 24-25.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO HOY: EL MODELO Y SU DIVERGENCIA DE LA REALIDAD. En: Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 15.

<sup>9</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. Op. Cit., p. 27-28.

<sup>10</sup> Es necesario dejar indicado que en lo personal considero sumamente riesgoso entender que el mayor poder con el que cuentan los Jueces los convierte en solucionadores de diversos, cuando no todos, los problemas sociales. Una cosa es que cuenten con mas poderes (lo que además obedece a una determinada posición ideológica) y otra cosa es que se pretenda exigirles la realización de actividad ajena a la jurisdiccional. Recuérdese que los Jueces están para otorgar la justicia de los casos

función de la tutela efectiva de los derechos fundamentales, teniendo a la Constitución como medida de validez de su actividad. En efecto, la validez y eficacia de las medidas adoptadas por este nuevo juez, dependerá de su respeto de la Constitución.

Dejo sentado que el mayor poder con el que cuenta el Juez del Estado Constitucional de Derecho en modo alguno afecta su condición de tercero imparcial que debe resolver el conflicto de intereses y/o levantar la incertidumbre jurídica presentada. Estamos convencidos que el juzgador no es el llamado a resolver problemas sociales de competencia de otros organismos del Estado ya que en tal afán pierde necesariamente la imparcialidad que garantiza la igualdad ante la Ley de las partes.

## **V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CAUCIÓN.-**

En la línea de lo expuesto, podemos sostener –juntamente con el profesor REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN<sup>11</sup>- que un Estado Constitucional de Derecho no podrá ser tal, si el “proceso”, regulado como mecanismo para que las personas puedan obtener la satisfacción de su derecho material<sup>12</sup>, no se encuentra nutrido de un sustento ius fundamental y así gozar de la calidad de tales derechos fundamentales. Dicho en sencillo: ante la amenaza o lesión de algún derecho fundamental debe existir por simple lógica otro derecho, esta vez, de carácter instrumental, pero de su misma jerarquía fundamental, que tutele de manera real, oportuna, eficaz y eficiente tal derecho amenazado o lesionado.

En el caso del Perú, el Debido proceso ha tenido recepción constitucional en el Inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Estado.<sup>13</sup>

Este sustento, como es obvio, alcanza también a los institutos -entre ellos: la Caución- que le da contenido a la Tutela Cautelar y con ello al Debido Proceso.

---

que se le plantean y de ninguna manera para suplir la deficiencia de la actividad del Estado.

<sup>11</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. EL DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO. Lima: ARA Editores, 2001, p. 81.

<sup>12</sup> Creemos que el proceso busca la solución al conflicto de intereses en función de la satisfacción del derecho material y en tal afán no resulta suficiente que se emita alguna decisión como fuera que se diera sin importar su contenido, esto es, sin ser respetuosa de la Dignidad de la Persona Humana y de otros bienes y valores supremos. Por ello consideramos que resulta mas razonable hablar de que el proceso busca

Parecería entonces que la Justicia se realizará allí donde se hubiera satisfecho tal derecho y que por tanto, será justa aquella decisión que respetuosa de la dignidad de la persona humana satisfaga el derecho material.

<sup>13</sup> Artículo 139 de la Constitución del Estado.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.(...)”

Ahora, si bien es cierto resulta expresión de tal derecho es cierto además que la Caución es concebida como mecanismo reparador de los daños y perjuicios que a consecuencia de la ejecución de alguna cautela pudiera ocasionarse a quien deba soportarla. De allí que a pesar de encontrarse del lado de la tutela cautelar que en principio beneficia solamente a su titular, resulta innegable que podría terminar beneficiando a quien soporta tal medida y ello en atención a su fin reparador.

Pues bien, conforme hemos visto, nuestra Constitución reconoce el carácter fundamental del derecho a un debido proceso, motivo por el que –al ser la Caución uno de los derechos que le dan contenido- es que resulta constitucionalmente válido sostener que el Derecho a una Caución, al ser expresión del derecho a una Tutela Cautelar y de buscar que se mantenga la eficacia del derecho de defensa, goza también de tal carácter fundamental. En defecto de ello, recordemos que el artículo 3 de la misma carta fundamental la ha incorporado como tal.<sup>14</sup> Es importante tener en cuenta que en nada afecta a lo dicho el que la Caución no beneficie a quien solicita la medida cautelar ya que al ser un supuesto de ella se encuentra dentro del marco de evaluación ante cualquier pedido cautelar.

Así las cosas, la Caución debe ser vista como un derecho integrante de otro derecho fundamental: el debido proceso.

En efecto, el derecho a la Caución es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un debido proceso pues, éste es un derecho complejo que está conformado por un conjunto de derechos destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean respetuosas de la Dignidad de la Persona Humana.

Pues bien, como consecuencia de su contenido constitucional y de su función en el proceso, tenemos que los límites que válidamente puedan restringir el ejercicio del derecho de defensa deben interpretarse restrictivamente a fin de garantizar su mayor valor y la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico. Por ese mismo motivo, las normas procesales y materiales vinculadas con la actividad cautelar deben ser producidas, interpretadas y aplicadas de forma tal que se favorezca la virtualidad y eficacia de tal derecho.

Ahora bien, coincidimos con el profesor ALVARADO VELLOSO cuando acertadamente señala que ninguna Caución por importante que sea podrá reparar el derecho de defensa en juicio restringido al momento de concederse y ejecutarse alguna cautela al no haberse permitido la audiencia previa al posible deudor cautelar. De ese modo señala: “Asevera la mejor doctrina que con ello se respeta el principio de igualdad procesal, cosa que es manifiestamente

---

<sup>14</sup> Artículo 3 de la Constitución del Estado.- “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

inexacta a poco que se piense que una caución, por importante que sea, no puede suplir la audiencia previa que debe operar como elemental e importantísimo derecho constitucional: nada menos que el de defensa en juicio.”<sup>15</sup>. Sin embargo, debemos anotar que el Maestro Alvarado Velloso sostiene que la Audiencia Previa es un derecho que debe necesariamente encontrarse presente en toda actividad jurisdiccional, de allí que sostenga que el mismo resulte irreparable (justamente porque es impensable!) No obstante, consultado que fuera sobre nuestra idea concedió que si la legislación particular postergase la audiencia previa entonces si resultaba razonable sostener que la Caución busca, manteniendo el equilibrio del sistema, reparar los daños que la afectación al derecho de defensa hubieran podido ocasionar.

Ya hemos adelantado que para nosotros la Caución permitirá que tanto el derecho a la cautela como el derecho de defensa se mantengan como derechos fundamentales eficaces, esto es, desplegando toda su fuerza normativa. Así las cosas, nos acercaremos a la Caución desde un punto de vista constitucional. Creemos que esta es la manera mas completa para poder comprenderla en su real magnitud, entendiendo de mejor manera su necesaria presencia antes de ser concedida alguna Cautela. De allí que sea un supuesto de procedibilidad y no de ejecución de la misma.

En efecto, si se atiende a la finalidad de mantener el equilibrio entre los derechos fundamentales, lo que a su vez da coherencia al sistema jurídico es fácil comprender que la Caución entra a jugar en el análisis que el juzgador hiciera sobre algún pedido cautelar antes de su concesorio y no después, ya que de advertir que la Caución no reparará nada entonces no deberá conceder cautela alguna. Caso contrario, se introducirá un desequilibrio en el sistema intolerable dando lugar a situaciones de abuso de derecho con la anuencia de la autoridad llamada a tutelar justamente esos mismos derechos y adiciona en gravedad, a través del uso de mecanismos concebidos para la efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos. ¡Nada más arbitrario!

Quienes señalan que el juzgador entra a evaluar la Caución luego de haber concedido la cautela solicitada no pueden responder la siguiente cuestión: Si concedida la cautela no se otorga la caución entonces ¿para qué se concedió la cautela? ¿Cuál es la utilidad de tenerla concedida pero sin poder ser ejecutada? En nuestro punto de vista ambas respuestas a tales interrogantes desnudan la absoluta inutilidad de tal situación. Ello sin perjuicio del análisis constitucional anunciado.

---

<sup>15</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. LA CAUTELA PROCESAL. CRÍTICAS A LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2008. Página 40.

## **VI. SOLUCIONANDO EL CONFLICTO A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN.-**

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, volvamos sobre el artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano y el aparente conflicto que se suscita entre el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una tutela cautelar y el derecho de defensa que asiste a quien debe soportarla pero que ve postergado su ejercicio para una posterior etapa procesal.

Pues bien, es importante anotar que el referido conflicto es en realidad solamente APARENTE, toda vez que el ordenamiento jurídico que supone la existencia de un sistema, es incompatible con el surgimiento de un conflicto entre derechos de igual jerarquía.

Así lo expresa el profesor REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN quien afirma que es posible que los derechos fundamentales o los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, se presenten a veces y entre sí, en situaciones de aparente conflicto, al concurrir a la solución de un caso concreto, como ocurre en el tema que estamos abordando.<sup>16</sup> En tales supuestos, es necesario aplicar alguna de las técnicas de solución desarrolladas en la doctrina constitucional, como es el caso de la ponderación entre derechos y/o bienes, sobre la base del principio de razonabilidad.<sup>17</sup>

Dicho método exige que se sopesen los derechos o bienes en juego, partiendo de que éstos son iguales y no se encuentran jerarquizados entre sí, atendiendo a las circunstancias en que se ha producido el conflicto. De esta manera, se deberá llegar a una solución que, si bien podría implicar la limitación de alguno de los derechos o bienes en conflicto, deberá cumplir con los siguientes parámetros de razonabilidad, para ser considerada válida.<sup>18</sup>

Según el principio de razonabilidad, tanto los límites, como la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al derecho de defensa –como expresión del derecho fundamental a un debido proceso– deberá obedecer a

---

<sup>16</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA: UN CASO DE CONFLICTO DE DERECHOS. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PROCESAL. En: THEMIS- Revista de Derecho No- 43, Lima- Perú, 2001, p. 152.

<sup>17</sup> Cabe mencionar que, entre las técnicas y principios desarrollados por la doctrina comparada, consideramos que el método de la ponderación de bienes, sobre la base del principio de razonabilidad, es el más adecuado, en la medida en que presupone – a diferencia del método de la preferred position-que ni los derechos y bienes que se encuentran en conflicto, ni el orden axiológico en que se fundan, se encuentran organizados jerárquicamente (ni pueden ser preferidos incondicionadamente unos respecto de otros), sino que son iguales y equivalentes entre sí, por lo que deben ser sopesados según determinados parámetros, a fin de evitar la arbitrariedad. (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ibidem. p. 154)

<sup>18</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO JUSTO. Lima: ARA Editores, 2001, p. 166 y siguientes.

un fin lícito, siendo que los medios utilizados resulten ser proporcionales para tal fin.

La exigencia del fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que cualquier medida que involucre al ejercicio del derecho de defensa deberá obedecer a causas objetivas de justificación (por ejemplo, en la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos); por lo tanto, cualquier límite, acto, regulación o decisión sobre tal derecho que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido.

Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionados; es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse.

Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o lesiona.

Pues bien, la proporcionalidad comprende tres exigencias que, a su vez, constituyen tres mecanismos para determinar si una norma o decisión es proporcional y, por ende, válida:

a). En primer lugar, la exigencia de adecuación, en base a la cual se hace un control de idoneidad sobre la medida limitadora o reguladora, a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida con ella. Una medida es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación al fin de la medida. Si una medida legislativa no puede alcanzar o no es adecuada para el fin que persigue entonces resultará desproporcionada y, por lo tanto, inválida.<sup>19</sup>

b) En segundo lugar, la exigencia de necesidad en virtud de la cual se hace un control sobre lo imprescindible que resulta la regulación o limitación. Se trata de determinar que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada, pero distinta de la utilizada, que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido, pues de lo contrario dicha medida sería desproporcionada.

c) Por último, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, en virtud de la cual se hace un balance a fin de determinar si la carga o el límite que supone la medida es razonable o equilibrada en comparación con la finalidad perseguida.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> CIANCIARDO, Juan. EL EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS. Análisis y crítica del conflictivismo. Argentina, 2007: Ad Hoc SRL. p. 283.

<sup>20</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit., p. 168 y siguientes.

Pues bien, en el presente caso, podemos observar que la postergación para el ejercicio del derecho de defensa de manera previa al otorgamiento de alguna cautela importa –en apariencia- el conflicto de dos derechos de la misma jerarquía constitucional, a saber, el derecho de defensa frente al derecho de obtener cautela. Esto justifica la realización de una ponderación de los mismos, atendiendo a las circunstancias concretas en que se produce el conflicto, a fin de obtener una solución que, pese a limitar alguno de ellos, responda al principio de razonabilidad.

Así, dada la naturaleza fundamental del derecho de defensa, como expresión de un debido proceso, se hace necesario verificar si la mencionada limitación es razonable (es decir, si persigue un fin lícito y es proporcional), porque de lo contrario la limitación devendría en inválida por inconstitucional. Esto por cuanto lesionaría el derecho fundamental al debido proceso y, por ende, al orden constitucional.

Para determinar si la limitación es razonable, debemos empezar por analizar la finalidad que pudo perseguir el legislador con su establecimiento. Así, podemos inferir que la finalidad que pudo perseguir el legislador con la postergación del derecho de defensa contenida en el artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano, es asegurar la utilidad y por tanto, satisfacción del derecho material solicitado de tutela jurisdiccional mediante el dictado de alguna cautela.

Así, las medidas que se puedan adoptar para garantizar que la cautela pueda efectivamente asegurar la satisfacción del derecho material, corresponden a un fin lícito.

Sin embargo, como el fin lícito no es suficiente para concluir que la limitación es razonable, debemos continuar con el análisis con el propósito de determinar si las medidas adoptadas para alcanzarla –es decir, la postergación en el ejercicio del derecho de defensa resultan o no proporcionales.

En el presente caso observamos que la postergación contenida en el artículo 637 del Código Procesal Civil, es una medida proporcionada para alcanzar la finalidad perseguida, esto es, asegurar la utilidad de la tutela cautelar siempre y cuando se caiga en cuenta de la función equilibradora que ostenta la Caución que debe exigirse, por tanto, al solicitante de la cautela, antes de su ejecución y de ese modo, tutelarlos respecto de los daños y perjuicios que la cautela pudiera ocasionarle.

En efecto, advertimos que la medida resulta adecuada, necesaria y razonable ya que permite asegurar la utilidad de la tutela cautelar que es garantizar la satisfacción del derecho material, pero, una vez más, siempre y cuando, se exija la caución antes del concesorio de la cautela solicitada.

## **V. CONCLUSIONES.-**

1. La Constitución se constituye en limitadora del poder para de este modo garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales en un Estado en el que se tenga a la Constitución en el vértice más alto de su ordenamiento jurídico, constituyéndose como la norma jurídica de la mayor y más alta jerarquía, que ordena y es parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico.

2. El juez dentro de un Estado Constitucional de Derecho, alejado del Juez "Legal", deberá ejercer jurisdicción buscando la tutela efectiva de los derechos fundamentales, teniendo como parámetro de validez a la Constitución. En efecto, la validez y eficacia de las medidas adoptadas por este nuevo juez, dependerá de su respeto de los derechos fundamentales y de la Constitución.
3. En un Estado Constitucional de Derecho no podrá ser tal, si el "proceso", regulado como mecanismo para que las personas puedan obtener la satisfacción de su derecho material, no se encuentra nutrido de un sustento ius fundamental y así gozar de la calidad de tales derechos fundamentales. Ante la amenaza o lesión de algún derecho fundamental debe existir otro derecho, esta vez, de carácter instrumental, pero de su misma jerarquía fundamental, que tutele de manera real, oportuna, eficaz y eficiente tal derecho amenazado o lesionado.
4. Este sustento, como es obvio, alcanza también a los institutos -entre ellos: la Caución- que le da contenido a la Tutela Cautelar y con ello al Debido Proceso. Ahora, si bien es cierto resulta expresión de tal derecho es cierto además que la Caución es concebida como mecanismo reparador de los daños y perjuicios que a consecuencia de la ejecución de alguna cautela pudiera ocasionarse a quien deba soportarla. De allí que a pesar de encontrarse del lado de la tutela cautelar que en principio beneficia solamente a su titular, resulta innegable que termina beneficiando a quien soporta tal medida y ello en atención a su fin reparador.
5. Consideramos que la Caución no busca reparar el derecho de defensa en juicio sino que mas bien busca reparar los daños que la ejecución de la cautela pudiera ocasionar al deudor de la misma siendo que de este modo se permitirá que tanto el derecho a la cautela como el derecho de defensa se mantengan como derechos fundamentales eficaces, esto es, desplegando toda su fuerza normativa.  
  
Entonces, no busca reparar derecho alguno sino mas bien mantener la coherencia en el sistema jurídico, subsanando la inicial restricción del derecho de defensa del deudor cautelar.
6. La Caución es un supuesto de procedibilidad y no de ejecución de la misma. En efecto, si se atiende a la finalidad de mantener el equilibrio entre los derechos fundamentales, lo que a su vez da coherencia al sistema jurídico es fácil comprender que la Caución entra a jugar en el análisis que el juzgador hiciera sobre algún pedido cautelar antes de su concesorio y no después, ya que de advertir que la Caución no reparará nada entonces no deberá conceder cautela alguna. Caso contrario, se introducirá un desequilibrio en el sistema intolerable dando lugar a situaciones de abuso de derecho con la anuencia de la autoridad llamada a tutelar justamente esos mismos derechos y adiciona en gravedad, a través del uso de mecanismos concebidos para la efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos. Nada mas arbitrario!

7. Quienes señalan que el juzgador entra a evaluar la Caución luego de haber concedido la cautela solicitada no pueden responder la siguiente cuestión: Si concedida la cautela no se otorga la caución entonces ¿para qué se concedió la cautela? ¿Cuál es la utilidad de tenerla concedida pero sin poder ser ejecutada? En nuestro punto de vista ambas respuestas a tales interrogantes desnudan la absoluta inutilidad de tal situación. Ello sin perjuicio del análisis constitucional anunciado.
8. El artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano presenta el aparente conflicto que se suscita entre el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una tutela cautelar y el derecho de defensa que asiste a quien debe soportarla pero que ve postergado su ejercicio para una posterior etapa procesal.
9. En tales supuestos, es necesario aplicar alguna de las técnicas de solución desarrolladas en la doctrina constitucional, como es el caso de la ponderación entre derechos y/o bienes, sobre la base del principio de razonabilidad.
10. Dicho método exige que se sopesen los derechos o bienes en juego, partiendo de que éstos son iguales y no se encuentran jerarquizados entre sí, atendiendo a las circunstancias en que se ha producido el conflicto. De esta manera, se deberá llegar a una solución que, si bien podría implicar la limitación de alguno de los derechos o bienes en conflicto, deberá cumplir con los siguientes parámetros de razonabilidad, para ser considerada válida.
11. Según el principio de razonabilidad, tanto los límites, como la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al derecho de defensa – como expresión del derecho fundamental a un debido proceso– deberá obedecer a un fin lícito, siendo que los medios utilizados resulten ser proporcionales para tal fin.  
  
La exigencia del fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que cualquier medida que involucre al ejercicio del derecho de defensa deberá obedecer a causas objetivas de justificación (por ejemplo, en la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos); por lo tanto, cualquier límite, acto, regulación o decisión sobre tal derecho que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido.
12. Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionados; es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o lesiona.

13. Pues bien, la proporcionalidad comprende tres exigencias que, a su vez, constituyen tres mecanismos para determinar si una norma o decisión es proporcional y, por ende, válida:

En primer lugar, la exigencia de adecuación, en base a la cual se hace un control de idoneidad sobre la medida limitadora o reguladora, a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida con ella.

En segundo lugar, la exigencia de necesidad en virtud de la cual se hace un control sobre lo imprescindible que resulta la regulación o limitación. Se trata de determinar que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada, pero distinta de la utilizada, que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido, pues de lo contrario dicha medida sería desproporcionada.

Por último, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, en virtud de la cual se hace un balance a fin de determinar si la carga o el límite que supone la medida es razonable o equilibrada en comparación con la finalidad perseguida.<sup>21</sup>

14. Dada la naturaleza fundamental del derecho de defensa, como expresión de un debido proceso, debemos empezar por analizar la finalidad que pudo perseguir el legislador con su establecimiento. Así, podemos inferir que la finalidad que pudo perseguir el legislador con la postergación del derecho de defensa contenida en el artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano, es asegurar la utilidad y por tanto, satisfacción del derecho material solicitado de tutela jurisdiccional mediante el dictado de alguna cautela. Así, las medidas que se puedan adoptar para garantizar que la cautela pueda efectivamente asegurar la satisfacción del derecho material corresponde a un fin lícito.
15. Asimismo, observamos que la postergación contenida en el artículo 637 del Código Procesal Civil, es una medida proporcionada para alcanzar la finalidad perseguida, esto es, asegurar la utilidad de la tutela cautelar siempre y cuando se caiga en cuenta de la función equilibradora que ostenta la Caución que debe exigirse, por tanto, al solicitante de la cautela, antes de su ejecución.

En efecto, ya que advertimos que la medida resulta adecuada, necesaria y razonable ya que permite asegurar la utilidad de la tutela cautelar que es garantizar la satisfacción del derecho material, pero, una vez más, siempre y cuando, se exija la caución antes del concesorio de la cautela solicitada.

---

<sup>21</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit., p. 168 y siguientes.

16. Al resultar proporcional dicha postergación, entonces es razonable y, al ser razonable, es constitucional tal restricción pero, una vez mas, siempre y cuando, se exija la caución antes del concesorio de la cautela solicitada.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA:**

1. ALONSO GARCÍA, Enrique. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
2. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. LA CAUTELA PROCESAL. CRÍTICAS A LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2008.
3. BOBBIO, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Madrid: Editorial Debate S.A., 1998.
4. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO JUSTO. Lima: ARA Editores, 2001.  
EL DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO. Lima: ARA Editores, 2001.  
EL PROBLEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA: UN CASO DE CONFLICTO DE DERECHOS. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PROCESAL. En: THEMIS- Revista de Derecho. No- 43, Lima- Perú, 2001.
5. CIANCIARDO, Juan. EL EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS. Análisis y crítica del conflictivismo. Argentina: Ad Hoc SRL, 2007.
6. FERRAJOLI, Luigi. "El Estado Constitucional de Derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad". En: Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
7. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Lima: Palestra Editores, 2005.