

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CUADRO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS *

Eugenia Ariano Deho **

Sumario: 1.- El proceso como instrumento para lograr la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. 2.- Las formas de tutela jurisdiccional de los derechos y el tiempo. 3.- Función y finalidad de la tutela cautelar. 4.- Sigue. El ejemplo europeo. 5.- La finalidad de la tutela cautelar y el artículo 608 del Código procesal civil.

1. El proceso como instrumento para lograr la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos

El proceso cual sustituto civilizado de la autotutela cumple dentro del sistema jurídico una función fundamental: el ser el instrumento para lograr la tutela de nuestros derechos, o más en general, de aquellas posiciones subjetivas sustanciales que el propio ordenamiento jurídico nos reconoce o atribuye. De allí que el proceso se presente como *garantía*; la garantía de que los derechos que el ordenamiento jurídico nos reconoce o atribuye abstractamente, bien en los supuestos de amenaza o violación de los mismos o bien en su concreta realización, podrán

encontrar concreta tutela. Cuando nuestra Constitución establece que constituyen principios y derechos de la función jurisdiccional "*la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" (inc. 3 del artículo 139), pese a su impreciso lenguaje está justamente indicando la *función garantista* del proceso. Si la función jurisdiccional se manifiesta y realiza mediante el proceso², debemos partir de la premisa de que nuestra norma constitucional no le atribuye esa función garantista a *cualquier* proceso, sino que se requiere que éste sea un *debido proceso*; pero, además, tampoco basta un *debido proceso*, es necesario que éste conduzca a la tutela del derecho del requiriente de la misma (de tener obviamente la razón), a la *tutela efectiva* de su posición

* El presente trabajo forma parte de otro de mayor extensión elaborado bajo el auspicio del Consejo Superior de Investigaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el año 1998.

** Profesora de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM

1 "¿Qué se entiende por 'garantía'? Se trata, en extrema síntesis, de aquello que hace la diferencia entre un derecho meramente 'reconocido', o 'atribuido' en abstracto por las normas, y un derecho realmente 'protegido', o 'actuante' en concreto, más allá de sus posibles violaciones": COMOGLIO, "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p.1064.

2 Dice DE LA OLIVA que "la función jurisdiccional es aquella función del Estado que consiste en la *tutela y realización del Derecho objetivo*... La función jurisdiccional es conocida también con otras denominaciones, de entre las que reputamos más importantes la de *Jurisdicción* y la de *Administración de Justicia*... Es inmediata y directamente propio de la *Jurisdicción* o de la *Administración de Justicia*, en orden a la tutela y realización del Derecho objetivo (fin genérico), decir (y/o hacer) *lo jurídico ante casos concretos* de presuntas infracciones de deberes y/o pretendidas violaciones o desconocimientos de los derechos subjetivos. Esta dicción del Derecho (*juris-dictio*) viene a considerarse equivalente a lo que en el lenguaje menos técnico quizá, pero con mayor fuerza expresiva y arraigo más popular, se entiende por impartir o administrar justicia, esto es: proyectar sobre situaciones concretas, con el fin de realizar y tutelar el Derecho, una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, lo que, claro es, requiere previamente determinar (decir) lo que a cada uno corresponde (lo jurídico). No es posible decir o hacer el Derecho instantáneamente. Y no se debe ejercer la función jurisdiccional *ex abrupto*. Las grandes operaciones intelectuales y volitivas propias de la Jurisdicción (juzgar, ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado) han de ir precedidas y acompañadas de numerosos actos -también intelectivos y volitivos, a su vez- que preparan y sostienen aquéllas. Al conjunto de ese quehacer se le denomina *proceso*. Así, pues, el Derecho objetivo se tutela y realiza diciendo y haciendo el Derecho ante casos concretos, necesaria y esencialmente mediante una serie o sucesión de actos, mediante un proceso ideado por el hombre y, a su vez, jurídicamente reglado": *Lecciones de Derecho Procesal. I. Introducción*, Barcelona, 1982, pp. 9-11. Contra el uso de la expresión *administración de justicia* para referirse a la potestad jurisdiccional, cfr. MONTERO AROCA, "Potestad, órgano y función jurisdiccional (Un ensayo contra la 'administración de justicia')", en *Trabajos de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp.65-95.



jurídica. En suma, *el proceso resulta ser el instrumento para obtener del Estado la prestación de tutela jurídica de nuestros derechos e intereses.*

Se perfilan así los dos grandes temas que han ocupado a la doctrina procesal de los últimos tiempos: el *debido* proceso y el *derecho* a obtener del Estado una *efectiva* tutela jurisdiccional, los dos temas que, por cierto, se engloban en ese gran principio-guía del proceso contenido en el artículo I del Título Preliminar del Código procesal civil.

Establecer el contenido de la *elíptica, elástica, indeterminada* cláusula del “*debido proceso*”³ no es tarea fácil, pero resulta necesaria⁴. En el derecho comparado ha costado años (hasta podríamos decir siglos) darle a la cláusula un contenido y la labor no ha culminado⁵. Lo que sí podemos hacer es intentar darle un contenido *mínimo* a esa expresión, en el sentido de considerar que un proceso es *justo y debido*, cuando en su estructura y en su dinámica, en su combinación de actos, de parte y del juez, se respetan

una serie de *garantías mínimas*. Así, desde el *inicial derecho al proceso*, vale decir, el derecho de acceder a la tutela jurisdiccional eliminándose toda barrera que impida dicho acceso (en sustancia económica y formalismos rituales vacíos), pasando por el derecho del demandante y del demandado a ser oídos, a proporcionar la prueba de sus alegaciones, a participar en la producción de la prueba y a pronunciarse sobre el resultado de la actividad probatoria (elementos del denominado *derecho a la prueba*), hasta el derecho a obtener, dentro de un *plazo razonable*, una resolución motivada y definitiva de fondo sobre la cuestión sometida a conocimiento del juez (favorable o no al demandante), e inclusive el derecho de cuestionar dicha resolución si es que produce perjuicio a alguna de las partes (*derecho al recurso*). En suma, un *debido proceso* es aquel que incorpora garantías mínimas asegurando a las partes un tratamiento paritario, una *paridad de armas* al interior del proceso, pero, además, es *debido* el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial⁶.

3 Exitosa traducción, como es ampliamente conocido, de la originaria expresión anglosajona *due process of law*, equivalente a *processo equo e giusto* en italiano y a *fairen Verfahren* en alemán.

4 Es tan importante darle un contenido concreto y que no se quede en una mera expresión verbal, que entre nosotros, “la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso” pueden motivar un recurso de casación (artículo 386 inc.3 C.P.C.) y abrir las puertas de un proceso cuyo objeto sea anular un acto generador de cosa juzgada (artículo 178 C.P.C.).

5 Que se trate de una institución de origen y desarrollo anglosajón “es comúnmente aceptado y así ha sido demostrado que la frase ‘due process of law’ es una variación de la contenida en la Magna Carta Inglesa de 1215 ‘per legem terrae’, ‘by the law of de land’... no es característica definitoria del DPL [debido proceso legal] su simplicidad conceptual o su no beligerancia a causa de la común aceptación del contenido y alcance de su significado. El problema se plantea de forma diversa a la que podríamos llamar tradicional, y es que pese a tratarse de una institución cuya vigencia se extiende a lo largo de varios siglos, y pese a ser constante objeto de estudio y aplicación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se ha resistido a una definición en el sentido que estamos acostumbrados en los ordenamientos continentales. Ello puede deberse a que ‘Las ideas políticas y jurídicas fundamentales, de la misma manera que las grandes obras de arte, se resisten a una definición final, e incluso y posiblemente a una definitiva comprensión’. Si existe sin embargo entre los autores un sustrato básico de común aceptación que atribuye al DPL unos determinados contenidos que, como mínimo, deben concurrir para que efectivamente se dé. En ese sentido se concibe el DPL como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella y encauzando la resolución de los mismos por medio de procedimientos legales... Tanto la doctrina como la jurisprudencia principalmente norteamericana, nos ofrecen numerosos ejemplos que confirman el sentido de lo dicho en cuanto a la flexibilidad y progresiva extensión de la polifacética institución, introduciendo invariablemente elementos no sólo jurídicos sino además políticos, sociológicos, éticos, morales, etc., que progresivamente van definiendo y configurando el DPL, alrededor de una idea central percibida como una amplia e indefinida protección”: ESPARZA LEIBAR, *El principio del debido proceso*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, pp. 71-73.

6 El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier índole”. Dice DENTI que “La garantía del justo proceso se especifica, como es conocido, en un complejo de principios-guía: la imparcialidad del juez; la publicidad de las audiencias; la obliga-



Ello significa que desde la óptica del *justiciable*⁷ bien podemos hablar de un *derecho* a un debido proceso, cual vehículo para obtener la tutela de sus posiciones jurídicas. Pero este “derecho al debido proceso”, tiene un doble aspecto: por un lado impone al legislador estructurar un proceso que consagre estas garantías mínimas, y por el otro, que el Juez en el caso concreto las actúe.

Sin embargo, no basta que el legislador estructure un proceso respetuoso de garantías mínimas y que el juez las actúe en el caso concreto. Ello de por sí no asegura que efectivamente se pueda obtener la tutela requerida, pues no asegura una *calidad de resultados*, en el sentido que se garantice, en cuanto sea posible, que a través del proceso y en el proceso el justiciable pueda obtener “todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a conseguir”⁸. Para ello es necesario dotar al juez de una serie de instrumentos dirigidos a reducir al máximo posible el saldo negativo entre “la utilidad garantizada por el derecho sustancial y la utilidad que el proceso es capaz de asegurar”⁹.

2. Las formas de tutela jurisdiccional de los derechos y el tiempo

Si, en los términos que venimos discurriendo, el proceso constituye el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos sustanciales, dicha tutela se puede lograr a través de dos sustanciales formas: a través de una tutela *de cognición, de conocimiento o declarativo* y a través de la tutela *ejecutiva o de ejecución*.

A través de la primera lo que se persigue es obtener del órgano jurisdiccional una *resolución* (meramente declarativa, constitutiva o de condena) que ponga término, por utilizar la expresión de nuestro C.P.C., en forma definitiva a un conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica (artículo III del T.P.), en base a lo alegado y probado, resolución que adquirirá el más alto grado de certeza que puede otorgar el ordenamiento jurídico: la *cosa juzgada*. A través de la segunda, lo que persigue no es una *resolución* que ponga fin al conflicto de intereses o a la incertidumbre, sino una concreta actividad del órgano jurisdiccional que satisfaga materialmen-

ción de la motivación de las decisiones; el contradictorio; el derecho a la prueba”: “Valori costituzionali e cultura processuale”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 445. Cfr. el estudio de COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, en los *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. I, Cedam, Padova, 1994, pp. 297-381 y en la *Rivista di diritto processuale*, 1991, pp. 673-741, para quien “el derecho del individuo a un proceso equitativo y justo no se cristaliza, ni se agota, en garantías singulares, sino que se basa en la necesaria coordinación de más garantías concurrentes”, *Ob. Cit.*, p. 315.

7 “Se entiende por justiciables a todos los sujetos jurídicos en cuanto pueden entrar en relación con la Jurisdicción o Administración de Justicia o en cuanto, de modo actual, son protagonistas principales de un proceso”: DE LA OLIVA, *Ob. Cit.*, p. 97. Este es el punto de vista del que parte el artículo I del Título Preliminar del Código procesal civil cuando dice que “*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*”.

8 “El proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir”: CHIOVENDA, “De la acción nacida del contrato preliminar”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ejea Buenos Aires, 1949, p. 214. El principio es retomado a nivel más general en n. 12 de sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 47-48), página, que según PROTO PISANI, “representa la base del sistema chiovendiano; o, más exactamente, la página central para comprender el alcance dinámico, propositivo, político si se quiere, y no meramente descriptivo de su sistema. Atipicidad del derecho de acción y carácter público de la jurisdicción no son en Chiovenda enunciaciones meramente descriptivas de las relaciones entre derecho sustancial y proceso cuales emergentes de la legislación del Estado moderno; son enunciaciones que en Chiovenda sirven de base para englobar la consecuencia de aquello que con el lenguaje de nuestros tiempos llamaríamos la *efectividad de la tutela jurisdiccional como principio hermenéutico del derecho vigente*”: “Chiovenda e la tutela cautelare”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp. 26.

9 PROTO PISANI, “Appunti sulla tutela di mero accertamento”, en los *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Vol. II, Cedam, Padova, 1982, p. 1188. Debemos tener presente que el Título Preliminar del Código procesal civil en su artículo III, reforzando lo establecido en su artículo I, señala como finalidad “concreta” (o sea directa, inmediata) del proceso el hacer “efectivos los derechos sustanciales”. Luego, entre nosotros constituye una exigencia normativa que el Juez, en el proceso, reduzca al mínimo la brecha entre la utilidad reconocida por el derecho sustancial y lo que efectivamente se pueda obtener en el concreto proceso (el “hacer *efectivos* los derechos sustanciales”).



te el interés de quien ya tiene un derecho *cierto* (porque ya ha sido declarado por sentencia u acto equiparado a ella) o porque la *Ley lo considera cierto* (casos de los títulos ejecutivos extrajudiciales), constituyendo el punto de cierre de la tutela jurisdiccional: *la tutela plena, concreta, definitiva*.

Pero el proceso, ya sea de cognición o ejecutivo, es una institución dinámica que se desarrolla en fases sucesivas imbuidas en el tiempo. El proceso se genera, evoluciona y llega a su acto terminal en un determinado marco temporal. Sin embargo, la diversa finalidad de la tutela de cognición y la ejecutiva determinan que esa necesaria sucesión de actos de parte y del juez que se realizan en determinados períodos de tiempo encuentren una diferente justificación. La sucesión de actos en el proceso de cognición, su división en fases sucesivas, se justifica en atención a que este proceso tiene por objeto establecer cuál de las partes tiene la razón y cuál no. En estos supuestos el tiempo es necesario, y es más, constituye una *garantía* de un buen *juicio*. Como bien dice CARRERAS¹⁰, “si el juez pudiese conocer los hechos sin necesidad de ninguna investigación, el proceso de declaración sobraría y podría rechazarse *in limine litis* la demanda infundada, o darse satisfacción a la pretensión del actor sin más dilaciones, en el caso de que tal preten-

sión fuese fundada; pero esta resolución inmediata de las pretensiones, este juicio sobre conductas humanas sin investigación previa de los hechos, es superior a las limitaciones humanas, y por esto se ha dicho que sólo Dios, para juzgar, no necesita proceso”¹¹.

Por ello, no sabiéndose cuál de las partes tiene la razón existe un tiempo para alegar, un tiempo para probar y un tiempo para resolver (“*secundum allegata et probata partium iudice iudicare debet*”). Pero si en el proceso de cognición o declarativo, sea cual fuere su objeto, se *necesita* del tiempo para que el mismo se desarrolle con todas las garantías y se determine, en la sentencia, si se debe o no conceder la tutela requerida a favor de la parte que tiene la razón, en el proceso de ejecución, el tiempo se necesita para poder realizar los actos necesarios para la satisfacción del derecho¹², en atención a que en el proceso de ejecución no se tiene que determinar cuál de las partes tiene la razón, pues ello se desprende de su presupuesto (el *título ejecutivo*), en donde la necesidad de realizar tal o cual actividad, normalmente sustitutiva del órgano jurisdiccional, en determinados períodos o unidades temporales adquiere un significado más técnico que garantista, dependiendo la cantidad de actos y su duración temporal de la naturaleza del derecho a satisfacer¹³.

10 CARRERAS, “Las medidas cautelares del art. 1.428 de la Lec”, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p.477.

11 “El juicio instantáneo, en un solo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y ello por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos; Dios para juzgar no necesita proceso” (Miguel Fenech, *El proceso penal*, 4ta ed., Madrid, 1982, p. 16). Por ello resultan por demás descertadas ciertas tendencias a consagrar supuestas medidas de “*satisfacción inmediata o autosatisfactivas*”, sobre las cuales se han llenado –en los últimos tiempos– tantas *seductoras* páginas. En el mismo sentido MARÍA ÁNGELES JOVÉ señala que “Sería ideal que el proceso fuera instantáneo, mas ello no deja de ser en la práctica una aspiración desacertada y del todo desaconsejable; ya que de meras alegaciones de unos derechos afirmados *prima facie* que no probados por el momento, sería peligroso que pudiera dictarse sin más una sentencia. Así pues la duración del proceso se vuelve una garantía del mismo, porque acrecienta el valor seguridad en la aplicación del derecho, es decir, para hacer las cosas bien es condición natural y obligada un proceso declarativo. De pasar por alto lo dicho se correría el grave peligro de atender con uniformidad las pretensiones fundadas o justas y las infundadas o injustas, en un intento de conseguir la inmediata efectividad de las primeras”: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, p. 13-14.

12 Es necesario desterrar la idea de que el proceso ejecutivo *debe ser* un proceso más rápido, más expeditivo que el proceso de cognición. Ni el uno ni el otro son una carrera en la que lo importante es llegar lo antes posible. El proceso de ejecución necesita del tiempo para poder llegar efectivamente a su meta que no es otra que lograr la satisfacción del acreedor. Decía, por ello, ALLORIO que “En comparación con la declaración, la ejecución presenta el carácter de una mayor adherencia de la estructura a la función, en el sentido que las formas de la ejecución, mucho más de aquellas de la declaración, varían según la relación de derecho sustancial actuada” (ALLORIO-COLESANI, “Esecuzione forzata (diritto processuale civile)”, en el *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, Utet, Torino, 1960, p. 733).

13 Ello depende de la menor relevancia que tiene el contradictorio en el proceso de ejecución. LUIS ALBERTO VIERA, en una bella obra escrita cuando aún era estudiante, señalaba que “en la etapa de conocimiento la exigencia del debido proceso se explica por el principio de ponderación. Para que la justicia sea justa, permítasenos el pleonismo, es



Es en el proceso de cognición donde mayormente el tiempo constituye un *factor-garantía* imprescindible. Pero, si éste es el aspecto positivo del tiempo, el tiempo también puede constituir un factor negativo, pues la propia duración del proceso puede conducir a la ineficacia de su resultado. Ciertamente es que en este caso no hablamos de la duración *patológica* del proceso, de aquel que se desarrolla fuera del *plazo razonable*¹⁴, sino de la simple duración *fisiológica* como fuente potencial de ineficacia del proceso. Decía CARNELUTTI que “el valor que tiene el tiempo en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No será demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso. Por lo demás, también

bajo este aspecto, el proceso es vida. Las exigencias que se plantean al juez en orden al tiempo, son tres: detenerlo, retroceder, acelerar su curso... Esta triple exigencia tiende al mejor ordenamiento de la materia y de los instrumentos del proceso: el juez actúa como un artífice que al dedicarse al trabajo y para que éste resulte todo lo mejor posible, coloca las materias primas y los instrumentos en la posición más oportuna”¹⁵. Para lograr el objetivo de vencer al “enemigo tiempo”, desde antiguo se idearon algunos remedios dirigidos a neutralizar los efectos negativos del tiempo, muchos de los cuales tras una larga evolución englobamos bajo la figura de la *tutela cautelar*¹⁶⁻¹⁷.

necesario que antes de fallar el Juez las partes hayan tenido la oportunidad de exponerle sus razones y probarlas, en un pie de igualdad. Y en la etapa de ejecución del derecho también se explica la necesidad del proceso por el principio de ponderación que exige para que aquella resulte, sin desmedro de su eficacia, lo menos onerosa posible para el responsable, su realización por tractos, con posibilidades de intervención, en algunos de ellos, del ejecutado (vgr.: Tasación del bien, publicación del remate, etc.): *Las Medidas de Garantía y el Embargo*, Talleres Gráficos “33” S.A., Montevideo, 1949, p. 14-15.

14 Señala GIMENO SENDRA que “si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24-2 constituye un derecho *autónomo* y distinto al de la tutela”: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 142. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha establecido cómo *standard*, más o menos objetivos, a tener en cuenta para los efectos de determinar si un proceso se ha realizado dentro de un plazo razonable: el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material, de los Tribunales; el comportamiento de la autoridad judicial; la conducta procesal de las partes; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo. Sobre la doctrina del plazo razonable en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del “proceso sin dilaciones indebidas” en la doctrina del Tribunal Constitucional español, reenviamos a CRISTINA RIBÁ TREPAT, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997 y la bibliografía allí citada.

15 CARNELUTTI, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 412.

16 Dice ARIETA que “la tutela preventiva de los derechos inspirada en el principio ‘*melius est ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*’, fue originalmente actuada, según los esquemas típicos del derecho romano clásico y por buena parte del derecho intermedio, esencialmente por fuera del proceso, vale decir a través de medios de garantía convencionales, actos de naturaleza privada dejados a la ‘sabia prevención’ de las partes: institutos como la prenda, la hipoteca, el secuestro convencional, las cauciones y la fianza surgieron, justamente, con la finalidad de garantizar el derecho independientemente del futuro ejercicio de la función jurisdiccional, más bien, a veces justo para evitar que, en caso de lesión, se pudiera hacer recurso a la autoridad jurisdiccional, o, en todo caso, para asegurar la práctica eficacia de la intervención judicial... Una tutela cautelar típica y propiamente jurisdiccional comienza a delinearse exactamente solamente en los primeros años del Ochocientos a través de la disciplina legal de los específicos medios de tutela”: *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C.*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1985, pp. 1-2 y 6.

Respecto del derecho hispánico señala CALDERÓN CUADRADO que “en las Partidas, antecedente inmediato de muchas de nuestras leyes actuales, podemos encontrar dos figuras fundamentales que, procedentes del derecho romano, pretendían garantizar los resultados del juicio: el arraigo y el secuestro... Esta situación se mantuvo inalterada por la Nueva y la Novísima Recopilación, donde, como advierte Fairén, las normas cautelares aparecían confundidas con el proceso declarativo, sin tener tratamiento específico. Tampoco la incorporación de España al movimiento codificador supuso una profundización sobre las garantías de efectividad de la propia tutela judicial”: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 21-22.

17 No debemos pensar que la tutela (jurisdiccional) cautelar constituya el *único* remedio dirigido a neutralizar los efectos negativos que podría ocasionar la duración del proceso sobre la posibilidad de una tutela efectiva. Como bien dice PROTO PISANI “la tutela cautelar *no* se caracteriza por una propia función exclusiva, ya que la misma



3. *Función y finalidad de la tutela cautelar*

Decíamos líneas arriba que para poder reducir la brecha entre la utilidad garantizada por el derecho sustancial y la utilidad que el proceso es capaz de asegurar, se necesita dotar al órgano jurisdiccional de una serie de instrumentos destinados a rendir posible una tutela efectiva. Pues entre ellos se encuentra la tutela cautelar¹⁸.

CALAMANDREI, en su famosa monografía de 1936¹⁹, señalaba que la tutela cautelar más que estar dirigida a defender los derechos subjetivos, lo está para garantizar “la eficacia, y por así decirlo la *seriedad* de la función jurisdiccional”, es decir a salvaguardar “el *imperium iudicis*, o

sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de la justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre”²⁰⁻²¹, agregando que “se podría decir que *precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa de policía*”²².

Cuán válida es hoy esta visión “*publicística*” de la tutela cautelar. Qué tan cierto

función de evitar que la duración del proceso vaya en daño al actor que tiene razón es absuelta también por específicos institutos de derecho sustancial o por específicos remedios de carácter procesal profundamente distintos en cuanto a su estructura”. Así, el profesor florentino, indica como remedios sustanciales previstos en el Código Civil italiano, en los supuestos en que se declare fundada una demanda: la obligación del poseedor de buena fe de restituir los frutos (artículo 1148); el anatocismo (artículo 1283); la obligación del tenedor o poseedor demandado en reivindicación de custodiar el bien (artículo 948); la oponibilidad a los terceros causa habientes del demandado de los motivos de invalidez o de ineficacia del contrato de su causante (artículos 2652-2653), y además la interrupción-suspensión de la prescripción (artículo 2943-2945). Entre los remedios procesales: la condena a futuro, los títulos ejecutivos de formación extrajudicial, los procedimientos sumarios no cautelares. Agregando que “dado que la exigencia de evitar que la duración del proceso vaya en daño del actor que tiene la razón no es nada más que una *species* del más vasto *genus* constituido por la exigencia de efectividad de la tutela jurisdiccional, es posible que, de hecho, en concreto, la primera exigencia pueda ser realizada por institutos (como la prenda o la hipoteca, etc.) genéricamente puestas para tutelar la segunda exigencia”: “Appunti sulla tutela cautelare”, en la *Rivista di diritto civile*, 1987, pp. 113-114.

- 18 Cfr. el interesante estudio de PROTO PISANI, “Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. C.P.C. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)”, en la *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 393-458. Señala el profesor florentino que “Para la tutela jurisdiccional de los derechos, sin embargo, no es suficiente la *sola* previsión de la cognición plena con actitud a la cosa juzgada (formal y sustancial)... esta previsión debe ser acompañada de la posibilidad de valerse *ex ante* (o en curso de un proceso a cognición plena) de la tutela cautelar y *ex post* de la tutela ejecutiva” (*Ob. Cit.*, p. 400).
- 19 CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, hoy reproducido en *Opere Giuridiche*, IX, Napoli, 1983, p.157 y ss. (traducción castellana de Sentís Melendo, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945).
- 20 CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 140.
- 21 Sin desmerecer el inmenso aporte de CALAMANDREI con su obra (que según EDUARDO F. RICCI “no solamente es el primer estudio sobre el tema: es un conjunto de conceptos y de premisas que nadie ha después modificado”: Piero Calamandrei y la dottrina processualcivilistica del suo tempo, en la *Rivista di diritto processuale*, 1987, p. 811) consideramos, por las razones que exponemos en el texto, que ya es hora de dejar de citarlo para explicar la finalidad de la tutela cautelar. Este famoso párrafo del profesor florentino se puede ver reproducido en muchas obras que circulan entre nosotros sin la debida indicación de su verdadero autor. Así PEYRANO en su *Medida Cautelar Innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 8-9, la atribuye a Manuel Ponz y lo mismo hace JUAN MONROY GALVEZ, en su estudio “Introducción al estudio de la medida cautelar”, en *Temas de proceso civil*, Librería Studium, Lima, 1987, p. 17, citando al propio PEYRANO, pese a que en su estudio hace citas directas de la obra calamandreiana.
- 22 CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p.140. Las cursivas son del autor. LIEBMAN, por su parte, en su pequeño pero jugoso estudio de 1954 llega a decir cuando el juez juzga sobre la procedencia de una medida cautelar su cognición tiene por objeto “solamente los presupuestos de hecho para la aplicación de una norma instrumental, *la cual disciplina un poder del juez, que puede calificarse en sentido lato de policía judicial*”: LIEBMAN, “Unità del procedimento cautelare”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1954, p. 253. Las cursivas son nuestras.



es que la tutela cautelar no está dispuesta en “interés de los individuos”, sino en interés de la “Administración de Justicia”. Si partimos de la premisa de que *todos* tenemos no sólo el derecho de pedir al órgano jurisdiccional la tutela de nuestros derechos e intereses, sino además de *obtener* del juez una tutela judicial *efectiva*, debemos concluir que para lograr tal efectividad ese derecho incorpora esencial y necesariamente la posibilidad de pedir y obtener una tutela cautelar provisional y urgente adecuada a las características sustanciales de las situaciones subjetivas tutelables en relación a las variables circunstancias del caso²³. La tutela cautelar se presenta hoy, cual componente esencial e ineludible de lo que es llamado el *modelo de garantía constitucional del proceso*²⁴. El proceso es el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para la tutela de nuestros derechos e intereses y la tutela cautelar no está dispuesta para salvaguardar el “*imperium iudicis*”, no constituye el ejercicio de un “poder de policía”, sino que su *finalidad* estriba en *garantizar la posibilidad práctica de la efectiva tutela jurisdiccional de nuestros derechos, desplegando la función de neutralizar los probables daños que podrían ocasionarse a la parte (o la que será parte) que tiene (probablemente) la razón por o a causa de la duración del proceso de cognición o de ejecución*. Como bien decía FAZZALARI la función de la tutela cautelar “responde –en todos los secto-

res– al ‘principio de efectividad de la tutela jurisdiccional’”²⁵.

La tutela cautelar se presenta, pues, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “*justiciable*”) como una auténtica *garantía* de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien²⁶.

De esta forma nos encontramos frente a ese “vuelco espectacular” al que hacía referencia el gran administrativista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA²⁷: “la constitucionalización de las medidas cautelares, esto es, de concienciación progresiva de que sin éstas no hay, ni puede haber una auténtica y *efectiva* tutela judicial”²⁸. Hemos desplazado, pues, el ángulo visual, de la calamandreiana finalidad *publicística* de la tutela cautelar a una finalidad *garantística* de la misma, de ver la tutela cautelar como instrumento de eficacia y seriedad de la *función* jurisdiccional, a considerarla instrumento de *garantía de tutela eficaz* para el usuario de justicia (que en definitiva es el “ciudadano”, o sea *todos*), bajo la premisa de que el proceso es un instrumento al servicio nuestro y cuando necesitamos la tu-

23 Cfr. COMOGLIO-FERRI, “La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 963 y ss.

24 Cfr. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, *Ob. Cit.*, p. 304 y ss.

25 FAZZALARI, “Profili della cautela”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 4.

26 “Dijo Einstein que, para el hombre moderno, el ‘tiempo’ es la vida: es, entonces un bien, y tal vez el máximo de los bienes, en la perspectiva de una época mercantil, dinámica y tecnológica. El tiempo exige prontitud y funcionalidad en la defensa de los derechos *también* en el proceso; el movimiento y la creatividad con fines lucrativos tienden a sustituirse a la conservación, a la tradición y al reenvío... Pocos días, a veces pocas horas pueden salvaguardar una situación precaria o provocar con una demora, daños muy graves. Y los operadores prácticos del derecho después de haber reducido los créditos financieros a ‘bienes’ económicos circulantes como tales, con denominaciones sugestivas (‘domestic swaps’, productos, ‘derivados’, etc.) conocen bien la formidable potencia del tiempo, y la exigencia de salvaguardarlo como un bien esencial. Es el tiempo de inhibir, cuando es necesario; es el tiempo de conservar, cuando es necesario; para asegurar con la custodia el valor del ‘bien’, determinado, justamente por el valor agregado del ‘tiempo’... Y crece la importancia y la necesidad de medidas cautelares adecuadas a los tiempos, típicas o atípicas, y adoptadas y ejecutadas o bien cuestionadas o revocadas respetando el ‘tiempo’ y en las dimensiones que las caracterizan y las valorizan o devalúan”: CASELLA, “Il nuovo processo cautelare”, en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp.1011 y 1083.

27 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNANDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1993, p. 617.

28 *Idem*, p. 617.



tela jurisdiccional debemos obtenerla. Somos los *usuarios* de un servicio fundamental del Estado y tenemos derecho a exigirle que la tutela que no podemos darnos por nosotros mismos sea una tutela de calidad de resultados²⁹.

4. *Sigue. El ejemplo europeo*

¿Existe, pues, un derecho *fundamental*³⁰ a la tutela cautelar? La respuesta debe ser afirmativa³¹. Ciertamente no existe un precepto ni constitucional ni legislativo que así lo establezca³², 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 chiovendiano: *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*³³.

Así, la Corte Constitucional italiana en su sentencia N. 190 del 28 de junio de 1985 marcó un hito fundamental en el proceso de constitucionalización de la tutela cautelar al declarar la ilegitimidad constitucional del artículo 21, último párrafo de la ley del 6 de diciembre de 1971, n. 1034, que creaba los Tribunales Administrativos Regionales, en la parte que sólo permitía a los jueces administrativos dictar como medida cautelar la suspensión del acto impugnado, impidiéndoles adoptar en las materias de su competencia "*las medidas de urgencia que aparezcan según las circunstancias más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo, cada vez que el recurrente tenga fundado motivo de temer que durante el tiempo necesario para la emanación del pronunciamiento de fondo su derecho esté ame-*

29 Por cierto, ello no implicaría una supuesta "vuelta al pasado", una vuelta a la -supuesta- visión "privatista" del proceso, al -más mítico que real- proceso "cosa de partes"; sino simplemente elevar a nivel de derecho humano fundamental el derecho a que el Estado preste a sus ciudadanos una tutela jurisdiccional auténticamente efectiva, lo que implica la necesidad de un mayor empeño para el Estado que no podrá desentenderse del problema de la ineficacia del proceso en atención a la naturaleza privada de los intereses en juego en él. Por ello advierte MONTESANO que hay que distinguir "entre la esencia publicística de los instrumentos procesales y la esencia privatística de los resultados de la tutela jurisdiccional de los derechos": "'Pubblico' e 'privato' in norme del Codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti", en la *Rivista di diritto processuale*, 1992, p. 1018. En nuestra doctrina se suele considerar que la verdadera concepción publicística del proceso comienza con las obras de Franz Klein y su ZPO de 1895. Sobre ello bien vale leer el destructivo estudio de FRANCO CIPRIANI, "Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)", en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp. 969-1004.

30 Derecho fundamental (*Grundrechte*) en el sentido de "insuprimible" por ser inherente a la persona.

31 En ese sentido se pronuncia MONTERO AROCA cuando señala que "La tutela de los derechos e intereses legítimos, incluidos los derechos y libertades fundamentales, viene destacándose en los últimos años como uno de los ámbitos básicos en los que se ejerce la función jurisdiccional de la actuación del derecho objetivo. A esa tutela se refiere, por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 y el mismo artículo de la Constitución española. Para el ejercicio de esa tutela han venido utilizándose los procesos declarativo y ejecutivo, pero hoy puede afirmarse que no son suficientes, que por sí solos no pueden proporcionar una tutela realmente 'efectiva', que es como califica a la tutela jurisdiccional el artículo 24 de la Constitución española. De ahí la necesidad del proceso cautelar y, sobre todo, de ahí la necesidad de reconocer la existencia de un derecho sustantivo a la tutela cautelar y de una potestad cautelar general como parte de la jurisdicción... la tutela cautelar puede ser complemento necesario de la tutela jurisdiccional de los derechos, por lo que la parte tendría derecho a la misma a nivel constitucional": "Medidas cautelares", en *Trabajos de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, pp.445-446.

32 Lo mismo ocurre con el *derecho a la prueba*. Salvo la Constitución española de 1978 (artículo 24.2), ninguna norma Constitucional, ni Convención, ni Tratado ni Declaración de derechos humanos establece expresamente la existencia de un *derecho a la prueba*; sin embargo, ya nadie duda de su existencia cual derecho procesal insuprimible, al menos mientras subsista la prohibición de autotutela, y en consecuencia subsista el proceso. Sobre el derecho a la prueba, reenvío a mi "El derecho a la prueba y el Código procesal civil", en la *Revista Cathedra. Espíritu del Derecho*, Año III, N°4, pp. 84-105, y a la bibliografía allí citada.

33 Principio inicialmente sostenido en su estudio de 1920, *Sobre la "perpetuatio iurisdictionis"*, en *Ensayos de Derecho Procesal*, cit., Vol.II, pp. 3-51 ("se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia": p. 5); luego, retomado en el n. 34 de sus *Instituciones* ("Tenida en cuenta que la actividad del Estado, para obrar la actuación de la ley, requiere tiempo y gastos, es necesario impedir que aquel que se encuentra en la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, sufra daño por el tiempo y por el gasto requeridos: *la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón*". Vol. I, cit., p. 165).



nazado por un perjuicio inminente e irreparable". La sentencia se fundaba en la "directiva de racionalidad" tutelada por el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana (la igualdad ante la ley) y se evoca explícitamente el principio chiovendiano por el cual "la duración del proceso no debe ir en daño del actor que tiene razón", principio "del cual la doctrina no sólo italiana desde los inicios del corriente siglo ha demostrado la validez deduciéndolo y al mismo tiempo confortándolo con invocaciones de disposiciones normativas y provocando la inserción en el Código de rito civil del '42 del artículo 700"³⁴.

Pero, sin duda alguna, la *constitucionalización* definitiva de la tutela cautelar, cual componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe a una famosa sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁵ de Luxemburgo del 19 de julio de 1990, dictada en el asunto *Factortame* (Arrêt C-213/89)³⁶ al resolver la cuestión prejudicial promovida por la *House of Lords* (en sede jurisdiccional) en la que se sentó el principio de que "el juez nacional debe inaplicar las leyes nacionales que le impidan emitir resoluciones provisionales de índole cautelar en tutela de derechos

34 Cfr. en PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, cit., p.32-33. Téngase presente que la sentencia de la *Consulta* se refiere al sector de la justicia administrativa, sector en donde no se consideraba aplicable el artículo 700 del C.P.C. italiano, que consagra el poder general de cautela.

35 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es una de las Instituciones creadas por los tratados institutivos de las Comunidades Europeas y es el encargado de asegurar el respeto del derecho comunitario. Sobre sus atribuciones, organización y valor de sus sentencias, cfr. CIENFUEGOS MATEO, *Las sentencias Prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 177-273.

36 El interesante asunto *Factortame* puede así resumirse. En 1988, mediante la *Merchant Shipping Act*, se modificó el régimen legal (de 1984) sobre matriculación de buques de pesca británicos. En esta ley se estableció un nuevo registro en el que debían inscribirse todos los buques de pesca británicos. Pero para poder inscribirse era necesario: 1º.- que su propietario fuera británico; 2º que el buque fuera explotado desde el Reino Unido y su utilización dirigida y controlada desde el Reino Unido, y 3º.- que el fletador, armador o naviero fuera una persona o sociedad calificada. *Factortame Ltd*, sociedad hispano-británica y otras sociedades que explotaban 95 buques (53 matriculados en España que navegaban con pabellón español y 42 buques registrados en el Reino Unido) estaban por perder (el 1 de abril de 1989) el derecho de pescar en aguas británicas por no cumplir alguno de los requisitos de la nueva *Merchant Shipping Act*. Es por ello que plantean, con fecha 16 de diciembre de 1988, un recurso ante la *Queen's Bench of the High Court* a fin de que se declare que dichas disposiciones no les eran aplicables por cuanto eran contrarias a los artículos 7, 52, 58 y 221 de Tratado CE y que se prohibiese al Secretario de Estado británico considerar sin efecto la matriculación existente de los buques. Además, pidieron una indemnización y la adopción de medidas cautelares hasta que se dictase la sentencia de fondo. Con fecha 10 de marzo de 1989, la Corte declaró que no podía pronunciarse sobre los extremos del derecho comunitario sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y dispuso una *interim relief* (medida cautelar) que disponía que *hasta que se dictase la sentencia firme o una nueva resolución el se suspendía la Ley en cuestión* y emitió una *interim injunction* prohibiendo al Secretario de Estado exigir su cumplimiento respecto de cada uno de los buques de los demandantes. El Secretario de Estado apeló, con fecha 13 de marzo de 1989, la resolución respecto de las medidas cautelares, ante la *Court of Appeal*, la cual, con fecha 23 de marzo de 1989, revocó la resolución en cuanto a las medidas cautelares en consideración a que *según la Constitución inglesa los órganos jurisdiccionales británicos no tenían competencia para suspender provisionalmente la aplicación de una ley*. Igualmente, dispuso que se diera curso a la cuestión prejudicial planteada por la *High Court*. Siguiendo la práctica judicial inglesa, la causa fue remitida en apelación a la *House of Lords*, la cual pese a estimar fundados los argumentos planteados por *Factortame* confirmó la denegación de las medidas cautelares hecha por la Corte de Apelación, bajo el argumento que *una norma del Common Law prohibía acordar interim relief y dirigir injunctions contra la Corona*. Igualmente, agregó a la cuestión prejudicial promovida por la *High Court* una pregunta: si según el derecho comunitario el tribunal nacional tendría competencia para otorgar la protección cautelar solicitada con el fin de proteger derechos, seriamente defendibles a pesar de que su existencia no hubiere sido demostrada. Es así que la cuestión prejudicial quedó así reformulada: "si el juez nacional que conoce de un litigio relativo al derecho comunitario y que considera que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas provisionales es una norma de derecho nacional, ha de excluir la aplicación de la norma. Es así que con fecha 19 de junio de 1990 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas emite la sentencia estableciendo el principio señalado en nuestro texto, trayendo como consecuencia que la *House of Lords* emitiera, con fecha 26 de julio de 1990, un auto suspendiendo cautelarmente, en virtud del derecho comunitario, la aplicación de la *Merchant Shipping Act de 1988*. Sobre la suerte del principal, cfr. CIENFUEGOS, *Ob. Cit.*, p. 428-429; cfr. igualmente, sobre el efecto "perverso" de *Factortame* para los ciudadanos ingleses (la posibilidad de concesión de medidas cautelares contra la Corona en las litis en donde se deba aplicar el derecho comunitario y no cuando se deba aplicar el derecho interno) y su superación con el caso *M. Versus Home Office*: IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial Review y Justicia Cautelar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 95-135.



*fundados en normas comunitarias, cuando aquello sea necesario con la finalidad de garantizar la plena eficacia satisfactiva de la decisión final de fondo y de asegurar una aplicación igual y uniforme de las normas comunitarias en relación a todos los destinatarios en los varios Estados*³⁷. En dicha sentencia el Tribunal –según refiere CHAMORRO BERNAL– “no afirma que los Jueces que apliquen derecho comunitario estén obligados a adoptar medidas cautelares, sino que establece que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles tomar esas medidas cautelares a fin de *garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial*, es incompatible con el derecho comunitario (parágrafos 20 y 21 del Arrêt)³⁸⁻³⁹. Aparece, pues, en la jurisprudencia comunitaria el nexo *tutela cautelar-tutela efectiva* que se irá paulatinamente consolidando en sendas resoluciones⁴⁰.

En España la trascendencia de la sentencia *Factortame*, ha sido enorme. Su primer efecto se manifestó en el auto del Tribunal Supremo español de 20 de diciembre de 1990 que extrae del artículo 24 de la Constitución española el “*derecho a la tutela cautelar*”: “*Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanis-*

*mo regulador que es el principio de tutela judicial efectiva fácilmente se desemboca en la consecuencia de que... nuestro derecho nacional alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)*⁴¹.

El Tribunal Constitucional español, con estos antecedentes de la justicia comunitaria y ordinaria española, mediante sentencia n. 14 de 10 de febrero de 1992 ha sentado el principio de que “*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*”⁴². Igualmente el TC ha sentado el principio de que “*el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva*”⁴³.

37 Cfr. en CARPI, “Riflessioni sull’armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968”, en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p.1044-1045.

38 FRANCISCO CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, pp.286-287.

39 Es en las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia de las CCEE donde aparece el principio chiovendiano de que *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*: cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 619.

40 “Bajo el perfil procesal, la jurisprudencia de la Corte de Justicia Cee revela una siempre más decidida afirmación de la exigencia de tutela jurisdiccional efectiva de los derechos afirmados por el particular en fuerza del derecho comunitario, con referencia sobre todo a la tutela frente a los jueces nacionales; y ello también a través de una progresiva comunitarización de los criterios y del nivel de efectividad, limitando sustancialmente la autonomía dejada a los sistemas procesales nacionales”: TESAURO, “La tutela cautelare nel sistema comunitario”, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 996, cit., por DENTI, “Armonizzazione e diritto alla prova”, en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 673-674. En un reciente auto del Presidente del Tribunal comunitario, de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*), entre otros principios enuncia: “*una prohibición absoluta de obtener una medida de esta naturaleza, independientemente de las circunstancias del caso, sería contrario al derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva que los justiciables tienen del Derecho Comunitario y que implica de manera especial que pueda ser asegurada su protección provisional si es necesaria a la plena efectividad de la decisión definitiva*”: cfr., en GARCÍA DE ENTERRÍA, “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé provision). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*)”, en la *Revista de Administración Pública*, N°142, Enero/Abril 1997, p. 230.

41 Cfr. en CHAMORRO BERNAL, *Ob. Cit.*, p. 287, nota 13.

42 Principio que es reiterado en las sentencias n. 238 de 17 dic.1992; n. 218 de 18 de julio de 1994, n. 27 de 6 de enero 1995, n. 78 de 20 de mayo 1996. Cfr. en PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 72.



5. La finalidad de la tutela cautelar y el artículo 608 del Código Procesal Civil

El nexo *tutela cautelar-tutela efectiva* no aparece explícitamente en nuestro Código Procesal Civil (C.P.C.). Sin embargo, el art. 608 del C.P.C. en su párrafo último establece, en fórmula poco feliz, que la finalidad de las medidas cautelares es “asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”⁴⁴. En otros dispositivos se utilizan otras fórmulas, tales como “evitar un perjuicio irreparable”⁴⁵ o “asegurar la ejecución de la sentencia definitiva”⁴⁶.

Las tres fórmulas son inadecuadas para describir la finalidad de la tutela cautelar pues limitan sus alcances. Respecto de la primera, si la tutela cautelar tiene por finalidad *asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva*, debemos preguntarnos ¿qué resoluciones se cumplen? Pues las que ordenan algo. Se cumplen los mandatos, las órdenes. No se cumplen las resoluciones que sólo declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o las que crean, modifican o extinguen una relación jurídica. Cómo se *cumple* una sentencia que declara que Ticio es propietario por haber adquirido un bien por usucapión, o cómo se *cumple* una sentencia que declara la anulabilidad o resolución de un contrato. En el primer caso tenemos una sentencia *meramente declarativa*, en el segundo una

sentencia constitutiva. Si necesitáramos de alguna *medida cautelar* en los supuestos que pretendamos la declaración de usucapión o la anulabilidad o resolución de un contrato (una anotación registral de demanda, p. e.) se podría válidamente sostener que la medida cautelar estará destinada a *asegurar el cumplimiento de la sentencia*. Cumplir⁴⁷ es adecuar el propio comportamiento al interés ajeno, y las resoluciones que se cumplen (o se incumplen) son las de *condena*, vale decir, las que imponen un deber de prestación (un dar, un hacer, un no hacer). Las resoluciones *meramente declarativas* y las *constitutivas* no necesitan ser cumplidas, pues sus efectos se generan por el hecho de ser emanadas, con lo cual la tutela jurisdiccional se consume, no necesitándose de ninguna actividad ulterior. En cambio, en la sentencias de condena, si el sujeto vencido, el destinatario de la orden, el mandato, no *cumple*, se requiere de una actividad jurisdiccional ulterior destinada a que el órgano jurisdiccional, a través de su actividad *sustitutiva* (haciendo lo que no hizo aquel que debió hacer) satisfaga el interés del vencedor, actividad que es denominada *ejecución forzada*⁴⁸. Con lo cual *el asegurar el cumplimiento, equivale a decir, asegurar—en caso de incumplimiento— la ejecución forzada*, asegurar la posibilidad de ejecución forzada, vale decir, asegurar que el juez pueda satisfacer materialmente el interés insatisfecho del que tenía la razón y se

43 Sentencias n. 237 de 12 diciembre 1991, n. 14 de 10 de febrero 1992, n. 105 de 11 de abril 1994, n. 218 de 18 de julio 1994, 78 de 20 de mayo 1996. Cfr. PICÓ I JUNOY, *Ob. Cit.*, p. 72.

44 Fórmula que se repite en el artículo 629 (“Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales se puede solicitar y conceder una no prevista, pero *que asegure* de la forma más adecuada *el cumplimiento de la decisión definitiva*”).

45 Artículo 618 (“Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a *evitar un perjuicio irreparable*”) y artículo 685 (“Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el juez dictar las medidas indispensables para *evitar la consumación de un perjuicio irreparable*”).

46 Artículo 618 (“Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar las medidas anticipadas destinadas a... *asegurar la ejecución de la sentencia definitiva*”).

47 El primer significado que nos da el *Diccionario de la Lengua Española* del verbo cumplir es: “*Ejecutar, llevar a efecto*”.

48 Señala CALAMANDREI que “si la ventaja económica que el actor se promete del proceso puede considerarse alcanzada solamente con la cognición en los casos de acciones declarativas y constitutivas (en el que el interés del actor queda satisfecho plenamente con el pronunciamiento de la sentencia que produce certeza o determina el cambio deseado), no siempre el interés del vencedor en una ulterior intervención de los órganos jurisdiccionales queda agotado con la sentencia de condena: no siempre, en efecto, la obligación de prestación que la sentencia de condena impone al demandado se cumple voluntariamente, por el solo obsequio al mandato contenido en la sentencia, por el obligado; y en todos aquellos casos en que la sentencia de condena no tiene la virtud de inducir al condenado a la ejecución voluntaria, la fase de cognición asegura al vencedor, en lugar de la satisfacción inmediata y final de su derecho, solamente un medio para pasar a una fase ulterior, en la que se sustituya a la ejecución voluntaria, por obra del Estado, la ejecución forzada”: *El proceso monitorio*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 20.



vio precisado de acudir al proceso para obtenerla. Si le damos esa lectura al artículo 608 se llegaría a la conclusión que la tutela cautelar tiene por finalidad sólo asegurar los resultados de aquellos procesos cuyo objeto sea obtener una sentencia de condena, la que su vez servirá de presupuesto para, en caso de su incumplimiento, poder proceder a la ejecución forzada⁴⁹. Por ello, “asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva” (fórmula general del artículo 608) y “asegurar la ejecución de la sentencia definitiva” (fórmula del artículo 618) terminarían siendo idénticas.

La segunda fórmula también es inapropiada. En principio, el que la tutela cautelar pueda estar enderezada a evitar un per-

juicio (*irreparable*⁵⁰)—se entiende al derecho que está (o estará) en juego en el proceso—, es una fórmula mucho más amplia que aquella de *asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva*, pues puede ser aplicable a cualquier proceso (en especial al que tenga por objeto una pretensión de mera declaración o constitutiva y, por qué no, también, de condena), pero no es descriptiva de la finalidad, sino del presupuesto para conceder la tutela cautelar solicitada⁵¹⁻⁵².

La finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada sólo a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional (la de condena y la subsiguiente ejecución) o, en general, a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación a cautelar. *La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela ju-*

49 Desde CARRERAS, en su clásico estudio de 1958 (“Las medidas cautelares del art.1.428 de la Lec”, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 481), buena parte de la doctrina española reconoce como nota distintiva de las medidas cautelares la “homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas”. Así, SERRA DOMÍNGUEZ considera que la homogeneidad es “la nota que permite realmente diferenciar a las medidas cautelares propias de todas las restantes medidas instrumentales existentes en el proceso” (*Medidas Cautelares*, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XVI, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1978, p. 136); GUTIERREZ DE CABIEDES la considera “otro elemento básico de toda medida cautelar”, pues “si no se diera esta homogeneidad, la medida cautelar sería ineficaz, pues no aseguraría la futura ejecución de la sentencia” (“Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en *Estudios de derecho procesal*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, p. 392); RAMOS MÉNDEZ, de igual forma—al menos en la edición del manual que manejamos— señala que “esta nota permite rechazar el carácter cautelar de aquellas actuaciones que no presenten homogeneidad con las medidas ejecutivas” (*Derecho Procesal Civil*, Quinta Edición, Tomo II, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 943); MONTERO AROCA en su estudio *Medidas Cautelares*, cit., (de 1986), p. 435, incluía la “homogeneidad con las medidas ejecutivas” como carácter identificador (“Si las medidas cautelares pretenden garantizar que los otros dos procesos realizarán, efectivamente, la satisfacción de la pretensión, habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas”); para ARANGÜENA FANEGO “Otra nota tipificadora de las medidas cautelares patrimoniales, tanto civiles como penales, viene dada por la homogeneidad que media entre este tipo de medidas y las ejecutivas” (*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, p.100). Quien se ha definitivamente distanciado de esta nota distintiva es ORTELLS RAMOS (lo que se puede observar—por exclusión— en el manual *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 633, en donde la única característica citada es la instrumentalidad) seguido por su discípula CALDERÓN CUADRADO (*Ob. Cit.*, pp. 58 y ss, en donde se ocupa *in extenso* de su divergencia respecto de esta “nota diferenciadora” de “creación puramente española”), al igual que JOVÉ (*Ob. Cit.*, p. 21-28). Todos estos autores coinciden en considerar que la nota de “homogeneidad” da lugar a un concepto muy restringido de la tutela cautelar, que la circunscribe a asegurar sólo la posibilidad práctica de ejecución. En esta misma línea se mueve VECINAS CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 1993, p. 51 y ss.

50 Sobre lo que deba entenderse por “perjuicio irreparable”, véase: ARIETA, *Ob. Cit.*, p. 119-135. Cfr., igualmente, en síntesis de lo sostenido por ARIETA, nuestro “El poder general de cautela”, en *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica*, Año III, N°1, 1998, pp. 166-168.

51 El que la tutela cautelar esté dirigida a evitar un peligro de abolición o restricción de intereses tutelados por el derecho, constituye la tesis del profesor napolitano UGO ROCCO, expuesta en el capítulo II (Esencia y fundamento de la función jurisdiccional cautelar y sus características) de su *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. V, (“la actividad jurisdiccional denominada cautelar no es más que una actividad dirigida a determinar (ascertare), desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de daño) y a eliminar tal peligro, que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, inciertos o controvertidos, conservando el estado de hecho o de derecho, en pendencia o en previsión, de la declaración (ascertamento) o de la realización coactiva de la tutela, proporcionada por el derecho objetivo a dichos intereses”), UTET, Torino, 1960, p. 56-57.

52 “Asegurar el cumplimiento” y “evitar un peligro (irreparable)” en realidad, hacen referencia a los dos tipos de peligro en la demora que se le pueden presentar a una relación jurídica a cautelar: los peligros de infructuosidad y



risdiccional se efectivice⁵³, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso-instrumento de tutela. La tutela cautelar es un instrumento que asegura (en cuanto sea posible) que pueda haber una efectiva tutela. La tutela cautelar sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición sea ésta de condena, constitutiva o meramente declarativa y no sólo eso, sino que además tiende a asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución.

Pero hay algo que sí late de las disposiciones que hemos reseñado: la función *instrumental* de la tutela cautelar. Cuando se dice que se asegura el cumplimiento de la decisión definitiva, en realidad debe leerse que *asegura la eficacia del acto terminal del proceso*; aquel proceso (ya sea de cognición o de ejecución) en el que, en definitiva, se actuará y realizará el derecho. Por ello, bien decía CALAMANDREI que la tutela cautelar⁵⁴ constituye el *instrumento del instrumento*⁵⁵.

de tardanza, distinción que se remonta a la obra de CALAMANDREI (*Ob. Cit.*, p. 71-72), y que determinan los diversos contenidos que pueden adoptar las medidas cautelares. Así decía Calamandrei que cuando las medidas cautelares tienden a neutralizar un peligro de *infructuosidad*, éstas “no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho se produzcan en condiciones prácticamente más favorables” (*Ob. Cit.*, p. 71). El caso típico de medidas cautelares que tienden a neutralizar un peligro de *infructuosidad* es el *embargo*, en donde se trata de neutralizar la posibilidad de que el presunto deudor se deshaga de sus bienes burlando la posibilidad de hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial, o de una *anotación preventiva de la demanda* que hace ineficaces para el titular de la medida los actos de disposición del derecho inscrito. En cambio, cuando las medidas cautelares tienden a neutralizar un peligro de *tardanza*, “el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el cual se contiende en el juicio de mérito” (*Ob. Cit.*, p. 72), en donde es el tiempo mismo necesario para la obtención de la tutela definitiva la fuente misma productora del daño.

53 Señala CHAMORRO BERNAL que desde el punto de vista formal existen cuatro grados de efectividad: “podemos hablar de una efectividad de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional; una efectividad de segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolviera realmente el problema planteado; una efectividad de tercer grado que garantizaría que la solución al problema planteado fuera razonable y extraída del ordenamiento jurídico y de una efectividad de cuarto grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada”: *Ob. Cit.*, p. 278. Cuando nosotros hablamos de efectividad, lo hacemos en el sentido chiovendiano, el que el proceso procure a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a conseguir (vía una mera declaración de la existencia –o inexistencia– de una relación jurídica, una resolución que crea, modifica o extingue una relación jurídica, o una condena, y de ser el caso, la satisfacción material de su interés vía la ejecución). Un proceso con cuyo acto terminal aquel que tiene la razón pueda obtener aquella misma utilidad que el ordenamiento jurídico le reconoce.

54 En realidad CALAMANDREI se refería a los “*provvedimenti cautelari*” (o sea a la “*resoluciones cautelares*”, que SENTÍS MELENDO tradujo como “*providencias cautelares*”). Sobre la expresión “medidas cautelares” (tan común entre nosotros) y “providencias cautelares”, véase, nuestro estudio “La instrumentalidad de la tutela cautelar”, en la Revista “*Biblioteca*”, órgano de la Dirección de Biblioteca y Centro de Documentación del Colegio de Abogados de Lima, Año 1, N°1, julio 2000, p. 158, nota 13.

55 CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 45.