

## CAPÍTULO II

### MEDIDA CAUTELAR

#### ART. 18

#### Medidas cautelares

*Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de este código.*

*La medida cautelar solo debe limitarse a garantizar el contenido de la pretensión constitucional, teniendo en cuenta su irreversibilidad, el orden público y el perjuicio que se pueda ocasionar. El juez, atendiendo a los requisitos dicta la medida cautelar sin correr traslado al demandado. La ejecución dependerá del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. El juez puede conceder la medida cautelar en todo o en parte.*

*Tratándose de medidas cautelares respecto de procesos de selección de obras públicas o de ejecución de estas, bajo sanción de nulidad, se notifica la solicitud cautelar a la parte demandada para que haga valer su derecho en el plazo de diez días hábiles. La Sala resuelve en el término de cinco días hábiles de formulada la oposición<sup>(\*)</sup>.*

*La apelación solo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.*

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C.: arts. 608-639; C.A.D.H.: art. 25

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 31583 del 05/10/2022.

**Julio César Pérez Vargas  
Raúl Humberto Feijóo Cambiaso**

## **I. La importancia de las medidas cautelares en los procesos constitucionales**

Los procesos constitucionales de la libertad (procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) se caracterizan por la tutela de urgencia que brindan para lograr una protección idónea, oportuna y eficaz de los derechos fundamentales en caso de que se produzca su amenaza o vulneración por parte de actos estatales o de los particulares en un caso concreto.

En ese sentido, la justicia constitucional únicamente logrará su propósito si es que el titular del derecho fundamental amenazado o vulnerado obtiene una tutela jurisdiccional que sea “efectiva”, es decir, que obtenga un pronunciamiento de fondo con verdaderos efectos en la realidad con el fin de reponer las cosas al estado anterior y evitar dos consecuencias nefastas: i) que el peligro cierto e inminente de vulneración de un derecho fundamental (amenaza) se concrete; o; ii) que la vulneración de un derecho fundamental se torne en un daño irreparable.

Precisamente, el tiempo que dura el proceso representa el mayor enemigo de la jurisdicción constitucional en el caso peruano, encontrándonos, lamentablemente, acostumbrados a una protección que llega demasiado tarde y que se convierte en un mecanismo inútil como consecuencia de la sobrecarga procesal, las deficiencias en la formación constitucional de litigantes y jueces, y una legislación procesal constitucional completamente alejada de la realidad.

Es ante dicho escenario que surge en favor de los justiciables un mecanismo procesal que les permite garantizar la efectividad de la decisión que será emitida por el juez constitucional: las medidas cautelares. En efecto, el derecho a la tutela cautelar permite asegurar que la protección de los derechos fundamentales de las partes llegue sin dilación, al contar con un derecho a “solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria– el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse”<sup>(1)</sup>.

(1) PRIORI, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Ius et Veritas*. Nº 30, Lima, 2005, p. 194.

La importancia de las medidas cautelares ha sido reconocida por el nuevo Código Procesal Constitucional al regular expresamente que “se pueden conceder medidas cautelares” y al establecer los presupuestos procesales y procedimiento para su dictado y ejecución en sus artículos 18, 19 y 20. Cabe resaltar que gran parte de lo previsto en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional del 2004 se ha mantenido en la nueva legislación procesal constitucional, regulación que se caracterizó por establecer “un procedimiento ágil” al dictarse la medida cautelar “sin audiencia a la otra parte, sin conocimiento del Ministerio Público y de ejecución inmediata pese a haber sido apelada”<sup>(2)</sup>, con excepción del nuevo supuesto añadido por la modificación del artículo 18, del 5 de octubre de 2022, para los casos de medidas cautelares solicitadas en procesos constitucionales relacionados a procesos de selección o ejecución de obras públicas, la cual establece una regla especial de traslado de la solicitud cautelar a la parte demandada a fin de que pueda interponer su oposición, bajo sanción de nulidad.

En el presente artículo, nos centraremos en el artículo 18 del nuevo Código Procesal Constitucional y su modificación del 5 de octubre de 2022, cuya comparación con el artículo 15 del Código del 2004 permite apreciar algunas cuestiones que merecen ser destacadas:

- i. Se mantiene la previsión de límites para la concesión de la medida cautelar, los cuales son: a) el contenido de la pretensión constitucional; b) la garantía de reversibilidad y el perjuicio que se pueda ocasionar; y, c) el orden público, eliminando la referencia a la finalidad de los procesos constitucionales y a los postulados constitucionales como elementos a ser tomados en cuenta por el juez constitucional.
- ii. Se mantiene en su procedimiento la regla general de prohibición de correr traslado al demandado de la solicitud cautelar (principio *inaudita altera pars*), pero se elimina el procedimiento especial previsto en el artículo 15 del Código del 2004, el cual establecía el traslado de la solicitud cautelar en caso de que el objeto de la medida cautelar tuviera como propósito dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.
- iii. Se incorpora un trámite especial para las medidas cautelares a ser dictadas en los procesos constitucionales que incidan sobre procesos de selección o ejecución de obras públicas, estableciéndose

---

(2) ABAD, Samuel. *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2019, p. 234.

que se deberá correrse traslado de la solicitud cautelar a la parte demandada para que pueda formular su oposición, bajo sanción de declararse la nulidad del procedimiento cautelar.

- iv. Se mantiene que el juez pueda conceder la medida cautelar de forma parcial o total y que la ejecución de la medida cautelar dependerá del contenido de la pretensión y del adecuado aseguramiento de la decisión final, pero se elimina que ello sea tomado en cuenta para su procedencia y trámite. Se mantiene la regla general de que el recurso de apelación presentado por el demandado sea sin efecto suspensivo, salvo en caso de medidas cautelares en las que se declare la inaplicación de normas autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Por último, el artículo 18 del nuevo Código Procesal Constitucional ha mantenido la potestad de los jueces constitucionales de conceder medidas cautelares; pero, además, hace referencia a la potestad de conceder medidas de “suspensión del acto violatorio”, como si esto último se tratara de alguna categoría de tutela específica, cuando lo cierto es, como lo dice Juan Monroy, que la suspensión de un acto es un tipo de medida cautelar<sup>(3)</sup>. En ese sentido, nos encontramos ante una referencia redundante que por ningún motivo debe llevarnos a la confusión de considerar que únicamente es posible conceder una medida de suspensión; pues lo cierto es que el juzgador podrá otorgar cualquier medida cautelar que garantice la eficacia del proceso principal para la protección adecuada de los derechos fundamentales de las partes.

## II. Los límites para conceder las medidas cautelares

El artículo establece los parámetros dentro de los cuales el juzgador podrá otorgar una medida cautelar, a saber: a) que garantice el contenido de la pretensión constitucional; b) la garantía de reversibilidad y el perjuicio que se pueda ocasionar; y, c) el orden público.

Con relación a estas características, Calamandrei sostiene que “un carácter distintivo” de las medidas cautelares se encuentra en su provisoriedad; es decir, “en la limitación de la duración de los efectos propios de estas providencias”<sup>(4)</sup>. Sin embargo, dicho autor precisa que la provisoriedad no debe confundirse con la noción de temporalidad (duración limitada

(3) MONROY, Juan. “Comentarios exegéticos al ‘nuevo’ Código Procesal Constitucional”. En: *Extramuros*, Palestra, 2021.

(4) CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 36.

independientemente de que sobrevenga otro evento), pues “los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal, sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar” y la emanación de la providencia definitiva<sup>(5)</sup> (en los procesos constitucionales, un pronunciamiento de fondo sobre la amenaza o vulneración del derecho fundamental alegado).

Del mismo modo, la doctrina resalta que una nota característica de las medidas cautelares se encuentra en su instrumentalidad, la cual se refiere a la “relación necesaria entre la resolución cautelar y principal”, las cuales forman un “binomio inseparable”<sup>(6)</sup>. En ese sentido, las medidas cautelares siempre se encuentran supeditadas al proceso principal<sup>(7)</sup>, dado que representan un “instrumento” para asegurar la efectividad de la tutela sobre el fondo de la controversia<sup>(8)</sup>. Por lo tanto, las medidas cautelares se caracterizan por no tener vocación de permanencia y por representar un instrumento para la protección de la eficacia de una decisión que se va a dictar en el futuro, lo cual produce que “la medida cautelar deba ser variable y que sus efectos sean reversibles”<sup>(9)</sup>. Veamos cada uno de los límites:

- i. **Adecuación.** En la búsqueda del respeto de los rasgos esenciales de las medidas cautelares, el legislador ha establecido que la concesión de la medida cautelar “solo debe limitarse a garantizar el contenido de la pretensión constitucional”; esto es, que el juzgador no puede otorgar una medida cautelar que no sea conexas con la pretensión demandada. El Tribunal Constitucional señala que la medida cautelar deber ser proporcional al fin perseguido<sup>(10)</sup>. En palabras de Priori esta característica, “(...) hace referencia a la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar solicitada”<sup>(11)</sup>.

---

(5) *Ibidem*

(6) GIMENO SENDRA, Vicente *et al.* “Las materias cautelares en materia comercial”. En: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 502.

(7) SERRA, Manuel. “Medidas cautelares”. En: Nueva enciclopedia jurídica Seix. Tomo XVI, editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1978, p. 136.

(8) ARIANO, Eugenia. “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: *Revista de Investigación. Facultad de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM. Año 2, N° 3, 2000, p. 89.

(9) PRIORI, Giovanni. *Medida cautelar para el ingreso a la unidad de cuidados intensivos: ¿Es correcta la decisión del juez que la ordenó?* Entrevistado por Ventana Jurídica, 2021.

(10) STC Exp. N° 00023-2005-AI/TC.

(11) PRIORI, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 147.

- ii. **Garantía de reversibilidad.** Con relación al límite de reversibilidad de las medidas cautelares, Ariano sostiene que “todas las medidas cautelares nacen bajo el signo de su precariedad, transitoriedad, interinidad”<sup>(12)</sup>, por lo que “ninguna resolución cautelar, por definición, debe producir efectos irreversibles. Ese es su límite y es un límite inherente a su función instrumental”<sup>(13)</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de reversibilidad se refiere a que “(...) en caso de confirmarse la inexistencia de afectación del derecho o la competencia invocada en la demanda, se puedan retrotraer las cosas al estado anterior a que se dictara la medida”<sup>(14)</sup>.

Entonces, no cabe duda que el juez constitucional al conceder una medida cautelar deberá evaluar que las consecuencias de su ejecución no conlleven un daño irreparable –es decir, irreversible– para el sujeto obligado, evitando que pueda tener vocación de permanencia y que rompa con la dependencia de la decisión definitiva.

Lamentablemente, tal y como señala Monroy, el legislador ha incurrido nuevamente en una grave imprecisión al señalar que el juez constitucional deberá tener en cuenta su irreversibilidad, cuando lo correcto hubiese sido que se establezca que la medida cautelar únicamente podrá ser concedida si se asegura que resultará “reversible”, “al revés de lo que se afirma”<sup>(15)</sup> en el segundo párrafo del artículo 18. En esa línea, “el perjuicio que se pueda ocasionar” por la medida cautelar representa un límite claramente ligado a sus efectos reversibles.

- iii. **Orden público.** Finalmente, se opta por mantener el orden público como límite para la concesión de medidas cautelares. Se trata de un concepto indeterminado que presenta diversas definiciones por parte de la doctrina, pero que puede resumirse en el respeto de los principios y normas imperativas que componen al ordenamiento jurídico<sup>(16)</sup>. La noción de orden público se caracteriza por su im-

(12) ARIANO, Eugenia. “Apuntes de la duración temporal de la tutela cautelar”. En: *Themis*. N° 49, 2001, p. 79.

(13) ARIANO, Eugenia. “No hay ningún obstáculo para suspender, en vía cautelar, el procedimiento para la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 196, Lima, 2010, p. 16.

(14) Tribunal Constitucional del Perú, auto del 29 de octubre de 2019 recaído en el Exp. N° 00006-2019-CC/TC.

(15) MONROY, Juan. Loc. cit.

(16) Véase: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional”. En: *Ius et Veritas*. Año 12, N° 24, Lima, pp. 303-304; DOMÍNGUEZ, Jorge.

peratividad; esto es, que las normas no pueden ser modificadas por las partes y no pueden dejarse de lado.

Por último, cabe mencionar que este artículo elimina la referencia –que estaba en la anterior ley– a la finalidad de los procesos constitucionales y a los postulados constitucionales como elementos a ser tomados en cuenta por el juez constitucional. Sin embargo, estos conceptos siguen vigentes como consecuencia de la interpretación que exigen los artículos II y III del Título Preliminar del nuevo Código.

### III. El principio *inaudita altera pars* en los procesos constitucionales

#### 1. Las razones que justifican no correr traslado a la otra parte

El segundo párrafo del artículo 18 del nuevo Código ha mantenido la regla de dictar la medida cautelar sin correr traslado al demandado que se encontraba en el artículo 15 del Código del 2004. En efecto, el principio *inaudita altera pars* en los procesos constitucionales se refiere a que, una vez admitida a trámite la demanda, la solicitud cautelar deberá tramitarse bajo reserva sin que el demandado tome conocimiento de su contenido hasta su total ejecución, lo cual se tramitará en un cuaderno incidental.

Al respecto, un sector de la doctrina señala que el principio de *inaudita altera pars* significa que “los trámites para la declaración de la medida cautelar se harán sin audiencia ni noticia al afectado con la medida, porque este podría frustrar la diligencia”<sup>(17)</sup>. En esa línea, Peyrano señala que no nos encontramos ante “una excepción al contradictorio, sino una restricción temporal a su vigencia porque la bilateralidad de la audiencia reaparece pasada la oportunidad en la que resultaba contraproducente su imperio”<sup>(18)</sup>. Por lo tanto, se trata de “una postergación del ejercicio del derecho a la defensa”<sup>(19)</sup>, donde “la bilateralidad se cumple luego de efectivizada la medida”<sup>(20)</sup>.

---

*Orden público y autonomía de la voluntad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, pp. 83-91. ACEDO, Angel. “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Nº 14-15, 1997, pp. 323-392. MONTALVO, Juan. “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”. En: *RJUAM*. Nº 22, Madrid, 2010, pp. 197-222.

(17) LEDESMA, Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 602.

(18) PEYRANO, Jorge. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 155.

(19) PRIORI, Giovanni. “La oposición a las medidas cautelares”. En: *Advocatus*. Nº 24, Lima, 2011, p. 418.

(20) LEDESMA, Marianella. Ob. cit., p. 603.

Ahora bien, como puede verificarse, las razones principales para la postergación del ejercicio de defensa se encuentran tanto en el peligro en la demora que conlleva el tiempo que dura el proceso para la efectividad de la decisión definitiva, como en la mala fe del demandado, quien podría impedir la eficacia de la tutela cautelar<sup>(21)</sup>.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina que discrepa de la posición del legislador de establecer como regla general de no correr traslado de la medida cautelar al afectado. Al respecto, Ariano señala que “la postergación del contradictorio (no su ausencia) solo debe poder producirse en supuestos realmente justificados”<sup>(22)</sup>. Del mismo modo, Priori considera que “es el juez –y no el legislador– el que debe establecer en función de la concreta situación, cuando se justifica la restricción del derecho a la defensa”, lo cual debe resolverse “en el plano de la ponderación y proporcionalidad” ante una colisión con el derecho a la tutela cautelar.

Desde nuestro punto de vista, si bien la posición en contra del principio *inaudita altera pars* como una imposición del legislador presenta un importante sustento, consideramos que el artículo 18 del nuevo Código Procesal Constitucional ha optado por el camino correcto para el caso de los procesos constitucionales al mantener como regla general que no se corra traslado de la medida cautelar al demandado.

Nuestra posición se basa en que nos encontramos frente a procesos de tutela de urgencia de los derechos fundamentales, los cuales se caracterizan por presentar un “peligro en la demora acentuado”<sup>(23)</sup> ante la necesidad apremiante de evitar que el pronunciamiento sobre el fondo se convierta en ineficaz y que el demandado, al tomar conocimiento de la medida cautelar, realice actos que produzcan que se concrete la amenaza o que la vulneración se torne en un daño irreparable. En ese sentido, las propias características (tutela de urgencia) y fines de los procesos constitucionales (protección de derechos fundamentales) justifican que se establezca como regla el postergar el derecho a la defensa del demandado como una medida razonable y proporcional en favor de la eficacia de la tutela cautelar.

(21) PRIORI, Giovanni. Ob. cit., 2011, p. 418.

(22) ARIANO, Eugenia. “¿Un cautelar renovado?”. En: *Manual de actualización civil y procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 26.

(23) ABAD, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 504.

## 2. La eliminación del traslado de la solicitud cautelar relacionada a actos administrativos de Gobiernos regionales y locales y la incorporación de una nueva excepción en procesos constitucionales que incidan sobre procesos de selección o ejecución de obras públicas

Una de las grandes novedades que presenta el artículo 18 del Nuevo Código es la eliminación de la excepción al principio *inaudita altera pars* para medidas cautelares contra actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional que establecía el tercer párrafo del artículo 15 del Código del 2004.

Según Abad, en la versión original de este procedimiento especial, se caracterizaba por la presentación del pedido cautelar “ante la Sala competente de la Corte Superior (...) debía darse audiencia al demandado, intervenía el Ministerio Público, podían efectuarse informes orales y si se apelaba se suspendía la ejecución de la medida concedida”<sup>(24)</sup>. En ese sentido, dicho autor considera que nos encontrábamos ante “un procedimiento distinto, que carecía de una justificación objetiva y razonable, (...) estableciendo así un trato discriminatorio para el afectado en función de quién sea el agresor”<sup>(25)</sup>.

Cabe resaltar que contra dicha norma se presentó una demanda de inconstitucionalidad, la cual fue desestimada por el Tribunal Constitucional bajo el Exp. N° 00023-2005-PI/TC. Ello motivó a que la Ley N° 28946 modifique la competencia de dicho procedimiento cautelar especial, determinando que sea el juez de primera instancia y no la Corte Superior el encargado de conocer la solicitud cautelar. A pesar de la mencionada modificación, Priori considera que “la inconstitucionalidad del trámite, sin embargo, se mantenía (...) porque proteger desmedidamente el derecho a la defensa vulnera el derecho a la tutela cautelar”. Coincide con dicha posición Abad, al señalar que, de las diversas opciones disponibles, el legislador optó por “la más restrictiva (...) sin considerar que los procesos constitucionales son de urgencia destinados a la tutela de derechos fundamentales”<sup>(26)</sup>.

Por las razones mencionadas, consideramos que resulta positiva la eliminación de este procedimiento especial en el artículo 18 del nuevo Código, al tratarse de un trámite que vulnera el derecho a la tutela cautelar de forma

(24) ABAD, Samuel. Ob. cit. 2019, p. 234.

(25) Ibidem, pp. 234-235.

(26) ABAD, Samuel. “La medida cautelar contra actos administrativos locales o regionales prevista por el Código Procesal Constitucional. A propósito de una reciente demanda de inconstitucionalidad”. En: *Derecho y Sociedad*. N° 25, Lima, 2005, p. 122.

desproporcionada al fomentar un procedimiento engorroso que retarda el aseguramiento de la efectividad de la decisión definitiva.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que la modificación al artículo 18, del 5 de octubre de 2022, ha incorporado una nueva excepción al principio *inaudita altera pars* para los casos de medidas cautelares a ser dictadas en procesos constitucionales relacionados a procesos de selección o ejecución de obras públicas, estableciéndose nuevamente un procedimiento especial de traslado de la solicitud cautelar a la parte demandada a fin de que pueda interponer su oposición de forma previa a que la medida cautelar sea concedida, bajo sanción de declararse la nulidad del procedimiento cautelar. Desde nuestra perspectiva, nos encontramos ante un nuevo error del legislador al establecer un procedimiento cautelar especial que atenta contra el derecho a la tutela cautelar sin una justificación razonable y proporcional.

#### IV. La concesión y ejecución de la medida cautelar

Como hemos mencionado, el artículo 18 mantiene que el juez tendrá la potestad de conceder la medida cautelar de forma parcial o total y que su ejecución dependerá del contenido de la pretensión y del adecuado aseguramiento de la decisión final (eliminando que ello sea tomado en cuenta para su procedencia y trámite).

Al respecto, anteriormente hemos señalado que, en los procesos constitucionales, puede dictarse tanto medidas cautelares innovativas como de no innovar, pues, como señala Landa “la medida cautelar deberá consistir en órdenes dirigidas al demandado para que preserve el estado de cosas que ha narrado en la demanda, pero también puede consistir en una serie de órdenes para que el demandado innove dicho estado de cosas”<sup>(27)</sup>.

En ese sentido, a partir de un análisis sobre la pretensión en la demanda que se tramita en el cuaderno principal y el respeto de los principios de provisoriedad, instrumentalidad y variabilidad, el juez deberá decidir si concede la pretensión cautelar de forma parcial o total. Asimismo, el juez constitucional deberá analizar si la medida cautelar solicitada cumple con los presupuestos procesales del artículo 19 para su procedencia y trámite (ello justifica la supresión del artículo 18).

Finalmente, de conformidad con el principio de instrumentalidad de las medidas cautelares y el principio de congruencia procesal, la ejecución

(27) LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 161.

de la medida cautelar se encontrará circunscrita a la pretensión del proceso principal y su futura decisión final, siendo de vital importancia que el juez constitucional cumpla con su total ejecución conforme a la resolución cautelar antes de realizar el traslado a la contraparte.

## V. La apelación y sus efectos contra las medidas cautelares

La regla general es que el recurso de apelación presentado por el demandado (o el afectado) contra la medida cautelar concedida sea **sin** efectos suspensivos; es decir, la medida cautelar surtirá efectos inmediatos.

Ahora bien, si la medida cautelar esta referida a la inaplicación de una norma autoaplicativa, en ese supuesto, la apelación contra la resolución que la concede será **con** efectos suspensivos. Esta excepción a la regla general conlleva que las normas autoaplicativas que amenazan o vulneran derechos fundamentales sigan surtiendo efectos, hasta que la Sala Superior confirme la decisión que la otorgue. El legislador, ha considerado para este caso específico un tratamiento diferenciado en la impugnación partiendo del principio de presunción de constitucionalidad de las normas. Sin embargo, consideramos que el legislador ha omitido tomar en cuenta que dicho principio constitucional no resulta absoluto y habría sido conveniente que se limite el efecto de la apelación en caso se produzca un conflicto con el derecho a la tutela cautelar. En ese sentido, de mantenerse los efectos de las normas autoaplicativas cuestionadas durante el tiempo que el juez constitucional decide sobre el recurso de apelación contra la medida cautelar, existe el grave peligro de que llegue a concretarse la amenaza de vulneración o la vulneración del derecho fundamental alegado podría tornarse en irreparable.

Creemos que la norma debió permitir que sea el juez quien a su discreción determine si el caso concreto justifica otorgar efectos suspensivos al recurso de apelación. Asimismo, consideramos que el legislador deberá corregir la imprecisión de limitar dicho supuesto a normas “legales” autoaplicativas, cuando el artículo 8 del nuevo Código Procesal Constitucional en ningún momento limita la posibilidad de cuestionar normas de rango reglamentario a través del proceso de amparo.

Finalmente, corresponde hacer una breve referencia a la interposición del recurso de oposición contra medidas cautelares por parte del afectado. Al igual que el Código del 2004, el nuevo Código Procesal Constitucional no contempla el recurso de oposición. Sin embargo, este tema se debatió en el Pleno Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima realizado el 15 y 16 de julio del 2010, concluyendo la ponencia con mayor votación que sí resulta aplicable

el recurso de oposición previsto en el artículo 637 del Código Procesal Civil a las medidas cautelares en los procesos constitucionales. Con relación a dicho recurso, coincidimos con Abad respecto a que resulta una decisión del demandado el optar por formular la oposición o, por el contrario, decidir no hacer uso de ella e interponer directamente el recurso de apelación<sup>(28)</sup>.



#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- La función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no solo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos: *STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC (f. j. 38)*.
- El otorgamiento de medidas cautelares en los procesos constitucionales cumple una función instrumental para el logro o realización de sus fines, según la Constitución y el Código Procesal Constitucional: *ATC Exp. N° 00001-2020-CC/TC (f. j. 3)*.
- Las medidas cautelares están destinadas a neutralizar la posible ineficiencia del proceso principal, garantizando la conservación o modificación de la situación jurídica existente según el contenido de la pretensión: *ATC Exp. N° 00001-2020-CC/TC (f. j. 6)*.
- Las medidas cautelares no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia ordinaria o de resistirse a su efectivo cumplimiento. El Tribunal Constitucional ha precisado que el principio *pro homine* debe trasladarse inclusive al ámbito de los procesos ordinarios, de modo que cuando existan oposiciones o contradicciones en los términos de dichos actos procesales, los jueces del proceso cautelar ordinario deben hacer prevalecer la sentencia ordinaria sobre cualquier intento de desconocerla a través del concesorio de una medida cautelar ordinaria, pues en estos casos la tutela procesal efectiva, manifestada a través de una medida cautelar, viene ciertamente limitada por el derecho a la cosa juzgada: *STC Exp. N° 00978-2012-PA/TC (f. j. 6.8)*.
- Los deberes de los jueces constitucionales de actuar con la debida diligencia y dotar de prioridad debida la tramitación de los pedidos cautelares se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo, hábeas data y cumplimiento: *STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC (ff. jj. 39 y 43)*.

(28) ABAD, Samuel. Ob. cit. 2004, p. 596.



## BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ABAD, Samuel. “La medida cautelar contra actos administrativos locales o regionales prevista por el Código Procesal Constitucional. A propósito de una reciente demanda de inconstitucionalidad”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 25, Lima, 2005; ABAD, Samuel. *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2019; ACEDO, Ángel. “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. N° 14-15, Extremadura, 1997; ARIANO, Eugenia. “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: *Revista de Investigación. Facultad de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM. Año 2, N° 3, Lima, 2000; ARIANO, Eugenia. “No hay ningún obstáculo para suspender, en vía cautelar, el procedimiento para la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 196, Lima, 2010; ARIANO, Eugenia. “¿Un cautelar renovado?”. En: *Manual de actualización civil y procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010; ARIANO, Eugenia. “Apuntes de la duración temporal de la tutela cautelar”. En: *Themis*. N° 49, Lima, 2001; CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro, Buenos Aires, 1996; DOMÍNGUEZ, Jorge. *Orden público y autonomía de la voluntad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional”. En: *Ius et Veritas*. N° 24; GIMENO SENDRA, Vicente y otros. “Las materias cautelares en materia comercial”. En: *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011; LEDESMA, Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013; MONROY, Juan. “Comentarios exegéticos al ‘nuevo’ Código Procesal Constitucional”. En: *Extramuros*, Palestra, 2021; MONTALVO, Juan. “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”. En: *RJUAM*. N° 22, Madrid, 2010; PEYRANO, Jorge. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Astrea, Buenos Aires, 1985; PRIORI, Giovanni. *La oposición a las medidas cautelares*. En: *Advocatus*. N° 24, Lima, 2011; PRIORI, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Ius et Veritas*. N° 30, Lima, 2005; PRIORI, Giovanni. *El Proceso y la Tutela de los derechos*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005; PRIORI, Giovanni. *Medida cautelar para el ingreso a la unidad de cuidados intensivos: ¿Es correcta la decisión del juez que la ordenó?* Entrevistado por Ventana Jurídica, 2021; SERRA, Manuel. “Medidas cautelares”. En: *Nueva enciclopedia jurídica Seix*. Tomo XVI, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1978.

## ART. 19

### Requisitos para su procedencia

*El juez para conceder la medida cautelar deberá observar que el pedido sea adecuado o razonable, que tenga apariencia de derecho y que exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable.*

*En todo lo no previsto expresamente en el presente código, es de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 630, 636 y 642 al 672.*

*Tampoco es de aplicación supletoria el artículo 621 del Código Procesal Civil, salvo que se trate de procesos de selección de obras públicas o de ejecución de estas, a que se refiere el último párrafo del presente artículo.*

*En los procedimientos de selección de obras públicas o de ejecución de estas, la medida cautelar se acompaña de contra cautela, consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento en favor del Estado, con una vigencia no menor de seis meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad con clasificación de riesgo B o superior autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.*

*El juez puede desestimar la medida cautelar si considera que el monto de la carta fianza es insuficiente para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que puedan resultar de la medida<sup>(\*)</sup>.*

#### CONCORDANCIAS:

C.: art. 139; C.P.C.: art. 35; N.C.P.Const. art. 18; L.O.P.J.: art. 96

**Julio César Pérez Vargas**  
**Raúl Humberto Feijóo Cambiaso**

## I. Introducción: los presupuestos procesales para que se dicten medidas cautelares en los procesos constitucionales

Uno de los grandes obstáculos para que se conceda una medida cautelar en los procesos constitucionales se encuentra en que no existe una correcta

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 31583 del 05/10/2022.

comprensión por parte de jueces y litigantes de los denominados “presupuestos procesales”, los cuales se refieren a “aquellos elementos que son indispensables para obtener una medida cautelar válida”<sup>(1)</sup>.

Lamentablemente, en los últimos años la tutela cautelar en los procesos constitucionales ha sido erróneamente concebida como una tutela “residual”, convirtiéndose en regla el arbitrario rechazo de legítimas solicitudes cautelares que pretenden evitar que la demora del proceso termine por producir que la justicia constitucional llegue demasiado tarde, mientras que, son excepcionales los casos de medidas cautelares concedidas.

Esta problemática se ha visto reforzada por una legislación procesal constitucional que no propone ningún desarrollo normativo que contribuya a una adecuada interpretación de los elementos necesarios para el dictado de la medida cautelar y que, incluso, opta por “fórmulas creativas” que, en vez de aclarar el complejo panorama, terminan por fomentar mayor oscuridad para la teoría cautelar en los procesos constitucionales. Un claro reflejo de lo apenas señalado se encuentra en el artículo 19 del nuevo Código Procesal Constitucional, el cual ha incorporado una polémica modificación respecto a uno de los presupuestos básicos de la medida cautelar: el peligro en la demora.

Al respecto, puede verificarse que el artículo 15 del Código Procesal Constitucional del 2004 señalaba que los presupuestos procesales eran: i) la apariencia del derecho; ii) el peligro en la demora; y, iii) la adecuación o razonabilidad. Sin embargo, una de las innovaciones de este nuevo Código para que el juez pueda conceder la medida cautelar es la incorporación de la “certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable”:

#### Código del 2004 - artículo 15

“(…) para su expedición se exigirá apariencia del derecho, **peligro en la demora** y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable (…)

#### Nuevo Código - artículo 19

“(…) que el pedido sea adecuado o razonable, que tenga apariencia de derecho y que **exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable (…)**”.

(1) MONROY GÁLVEZ, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Palestra Editores, Lima, 2002, p. 167.

Como puede apreciarse, el presupuesto procesal de peligro en la demora ha sufrido un importante cambio que eleva el estándar exigido para conceder la medida cautelar, pues con la nueva legislación resulta necesario acreditar i) una certeza razonable; ii) que la demora en la expedición de la medida cautelar pueda producir un daño irreparable. Como analizaremos más adelante, ello resulta un preocupante retroceso que refuerza la visión de las medidas cautelares en los procesos constitucionales como excepcionales, limitándose sin una justificación razonable el derecho a la tutela cautelar.

Si bien los presupuestos procesales de apariencia del derecho y de adecuación o razonabilidad se han mantenido en los mismos términos que establecía el artículo 15 del Código del 2004, consideramos necesario desarrollar en el presente comentario un análisis sobre cada uno de los elementos esenciales para la concesión de las medidas cautelares en los procesos constitucionales que sirva como guía para su correcta interpretación conforme a las modificaciones que trae el nuevo Código.

## **II. La apariencia del derecho: ¿análisis de certeza o de probabilidad?**

Existe una gran discusión en torno a la comprensión del presupuesto procesal de “apariencia del derecho” en los procesos constitucionales, el cual ha mantenido el artículo 19 del nuevo Código. La primera interrogante que surge es la siguiente: ¿es lo mismo que hacer referencia a la “verosimilitud en el derecho”?

Al respecto, Priori señala que “el dictado de una medida cautelar supone una “(...) afectación que no se produce a consecuencia de un juicio de certeza, sino más bien de verosimilitud, es decir, de mera apariencia”<sup>(2)</sup>. Del mismo modo, Monroy considera, como presupuesto procesal de la medida cautelar, a la “apariencia de fundabilidad de la pretensión principal (verosimilitud)”<sup>(3)</sup>. En ese sentido, puede verificarse que la doctrina ha considerado que los términos “apariencia” y “verosimilitud” pueden utilizarse indistintamente para hacer referencia al mismo presupuesto procesal.

Por otro lado, con relación a su definición, Priori considera que cuando se hace referencia a dicho presupuesto se exige acreditar “que existe una

(2) PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: Revista *Ius et Veritas*. Año 15, N° 30, Lima, 2005, p. 175.

(3) MONROY GÁLVEZ, Juan José. Ob. cit., 2002, p. 170.

razonable probabilidad de que al término del proceso se le vaya a dar la razón a quien plantea la pretensión cuya efectividad se pretende asegurar”<sup>(4)</sup>. En esa misma línea, Monroy señala que la apariencia del derecho invocado implica que “la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia”<sup>(5)</sup>. De este modo, para la doctrina procesal la exigencia de la apariencia del derecho invocado no supone un análisis de certeza, sino únicamente de una probabilidad razonable de que la pretensión discutida en el proceso principal sea declarada fundada al momento de emitirse la decisión definitiva.

Ahora bien, cabe resaltar que la apariencia del derecho en el ámbito específico de los procesos constitucionales ha tenido un importante desarrollo. Es así como la apariencia del derecho para Landa significa que “el solicitante debe ser titular del derecho invocado. Para ello, tal titularidad deberá estar sustentada con algún medio documental”, la cual “se evalúa caso por caso”<sup>(6)</sup>. Una concepción distinta sobre la apariencia del derecho ha sido desarrollada por Glave, quien considera que “el análisis del requisito de verosimilitud en el derecho, en el caso de los procesos de amparo, no revisite mayor diferencia con el análisis de la pretensión principal de la demanda en tanto que en ambos casos se tiene por cierta la existencia del derecho constitucional y se debe tomar una decisión ponderando los derechos o valores que se encuentran colisionados”<sup>(7)</sup>, es decir, no existirá “diferencia entre el juicio de probabilidad y el juicio de certeza”<sup>(8)</sup>.

A partir de las posturas expuestas por los autores mencionados, corresponde cuestionarnos: ¿el análisis de “apariencia del derecho” deberá limitarse a verificar solamente la titularidad del derecho fundamental que se alega como amenazado o vulnerado? ¿Acaso resulta correcto señalar que el análisis no será un juicio de probabilidad, sino uno de certeza que conllevará realizar una ponderación de los derechos o principios constitucionales que se encuentran en conflicto?

(4) PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso y la tutela de derechos*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.

(5) MONROY GÁLVEZ, Juan José. Ob. cit., 2002, p. 170.

(6) LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 161. Al respecto, entenderíamos que el profesor Landa se refiere al concepto de “titularidad” como un título habilitante para solicitar la medida cautelar.

(7) GLAVE MAVILA, Carlos. “Las medidas cautelares en los procesos de amparo: una visión sobre el requisito de verosimilitud en el Derecho”. En: Priori Posada, G. (coordinador). *Proceso y Constitución*. Ara, Lima, 2011, p. 722.

(8) *Ibidem*, p. 714.

La respuesta a dichas interrogantes requiere distinguir entre dos momentos distintos que deben ser analizados por el juez constitucional al encontrarse frente a un proceso constitucional: a) el análisis de procedencia de la demanda, en el cual se analiza si se ha producido una incidencia preliminar sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental (causal de improcedencia del artículo 7.1 del nuevo Código); y, b) el análisis de fondo de la demanda, que se produce cuando ha quedado demostrado que la incidencia sobre dicho derecho fundamental supera el test de proporcionalidad<sup>(9)</sup> y, por tanto, que resulta justificada. En esa línea, Sosa sostiene que nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta a los procesos constitucionales, permite identificar un primer momento de procedencia de la demanda, donde el juez determina si se hizo referencia al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados por el demandante y, uno último, cuando el juez sentencia el fondo del caso y determina si se produjo intervenciones legítimas o ilegítimas en el contenido de los derechos<sup>(10)</sup>, es decir, verifica si efectivamente nos encontramos ante una vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental.

¿Cómo se traduce lo anteriormente señalado en las etapas del proceso constitucional que propone el nuevo Código? La gran novedad de la nueva legislación procesal constitucional se encuentra en la eliminación del rechazo liminar de la demanda en su artículo 6, el cual obliga al juez constitucional a admitirla a trámite, convocar de forma inmediata a audiencia única y realizar el traslado a la contraparte (art. 12 del nuevo Código). Es recién a partir de la presentación de la contestación de la demanda que el juez constitucional se encuentra habilitado para realizar el análisis de procedencia de la demanda, debiendo verificar que no se incurra en ninguna de las causales de improcedencia del artículo 7, pues, de lo contrario, podrá prescindir de la audiencia única (en la cual puede, incluso, decidir el fondo de la controversia).

(9) El test de proporcionalidad representa un método para resolver conflictos de derechos fundamentales elaborado por el profesor alemán Robert Alexy, quien señala que ante una colisión de derechos fundamentales o principios constitucionales corresponde realizar una ponderación. Véase: ALEXY, R. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014; y, SOSA SACIO, J. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011. Ello sin perjuicio de anotar que este no es el único método de resolución de conflictos de derechos fundamentales.

(10) SOSA SACIO, Juan Manuel. *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 35.

En ese sentido, corresponde preguntarnos: ¿en qué momento del proceso se presenta la solicitud cautelar? Pues, una vez que se ha admitido a trámite la demanda<sup>(11)</sup>; y, ¿en qué momento deberá ser analizada y concedida por el juez constitucional? Teniendo en cuenta que nos encontramos ante una tutela de urgencia de derechos fundamentales que exige una medida provisional que evite que la demora del proceso torne en ineficaz el pronunciamiento de fondo, la solicitud cautelar debería ser resuelta antes de la audiencia única, es decir, antes del momento en el cual el juez contará con los elementos para emitir la decisión definitiva, pues justamente la medida cautelar presenta un carácter instrumental respecto al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En consecuencia, ¿cuál deberá ser el análisis de apariencia del derecho por parte del juez constitucional conforme a la etapa del proceso en la que nos encontramos en base a las disposiciones establecidas por el nuevo Código?

- i. El juez deberá verificar que la demanda no incurre en ninguna causal de improcedencia del artículo 7 del nuevo Código, pues en esta etapa del proceso el juez cuenta con los elementos necesarios para comprobar si es que la demanda que ha sido admitida a trámite se encuentra referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (análisis preliminar sobre la incidencia del acto lesivo) o si es que no existe una vía específica igualmente satisfactoria para su tutela, entre otras. Ello se justifica en que no resultaría razonable que el juez constitucional considere que se cumple con el presupuesto de “apariencia del derecho” si es que la demanda resulta manifiestamente improcedente.
- ii. Asimismo, deberá analizar si la controversia realmente presenta relevancia constitucional, debiendo verificar que: a) se invoca un derecho fundamental cuya protección se sustenta en la Constitución, los tratados internacionales o la jurisprudencia nacional y supranacional a partir de una interpretación amplia y dinámica; b) el solicitante de la medida cautelar sea realmente titular del derecho fundamental, lo cual tiene gran relevancia, por ejemplo, en el derecho a la propiedad, al trabajo, a la libertad de empresa, entre

(11) Nuestra afirmación se sustenta en que el artículo 19 del nuevo Código Procesal Constitucional establece que “en todo lo no previsto expresamente en el presente código, es de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672”. En consecuencia, al regular el artículo 636 del Código Procesal Civil la figura de la medida cautelar fuera del proceso, la medida cautelar únicamente podría ser solicitada una vez que se haya admitido a trámite la demanda.

otros; y, c) el acto lesivo alegado realmente incida sobre el ámbito de protección del derecho fundamental invocado por el demandante, debiendo verificarse que de forma preliminar existe una amenaza o vulneración que justifica el dictado de la medida cautelar (sin analizar si la afectación resulta o no legítima).

Lo anteriormente señalado nos lleva a concluir que el análisis de apariencia del derecho va más allá de verificar la titularidad del derecho fundamental invocado, debiendo comprobarse que existe una incidencia sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho (análisis de procedencia). En ese sentido, resultaría erróneo al momento de evaluar la solicitud cautelar realizar un análisis sobre el fondo de la controversia, cuando todavía no existen todos los elementos para realizar un test de proporcionalidad<sup>(12)</sup> en caso la controversia de fondo conlleve un conflicto de derechos fundamentales, análisis que creemos corresponde solo ser realizado al momento de sentenciar. Ello coincide con lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual considera que “la finalidad de la medida cautelar es, principalmente, garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (*fumus boni iuris*)”<sup>(13)</sup>.

Nuestra visión de la apariencia del derecho resulta coherente con el juicio de probabilidad que conlleva este presupuesto procesal. Por el contrario, consideramos que exigir un análisis de fondo de la controversia conllevaría desnaturalizar la finalidad de la tutela cautelar y promover su incorrecta residualidad. De este modo, concluimos que aquello que se debe demostrar es solamente si hay un acto lesivo que incide en el derecho fundamental invocado del que el demandante es titular. Por el contrario, la verificación de si la incidencia es proporcional o razonable deberá ser evaluado luego, cuando el juez disponga de todos los elementos del caso al momento de emitir su decisión definitiva.

### **III. La certeza razonable de que la demora en la expedición de la sentencia pueda constituir un daño irreparable**

Como señalamos anteriormente, una de las polémicas innovaciones del nuevo Código se encuentra en que el artículo 19 ha reemplazado el presupuesto procesal de “peligro en la demora” para la concesión de una medida cautelar en los procesos constitucionales por la “certeza razonable de

(12) Véase la nota a pie de página 11.

(13) STC Exp. N° 02730-2006-PA/TC, f. j. 86.

que la demora en su expedición pueda producir un daño irreparable” para el derecho fundamental amenazado o vulnerado.

Con relación al peligro en la demora, Calamandrei señala que se trata del “interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares”<sup>(14)</sup>. Ello se justifica en que, como señala Monroy:

[S]e encuentra referido a la amenaza de que el proceso se torne en ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva (...), amenaza que se configura sea por el transcurso del tiempo entre la petición y la sentencia que concede el derecho solicitado o por el actuar malicioso de la parte sobre la que se reclama el derecho o de un tercero<sup>(15)</sup>.

De este modo, queda claro que este presupuesto procesal para conceder la medida cautelar conlleva acreditar que la demora para expedir una decisión definitiva en un caso concreto pueda producir que la tutela llegue demasiado tarde y se torne en ineficaz (sea por el tiempo mismo del proceso o por actos de la contraparte o terceros). Ahora bien, la gran interrogante que surge a partir de la modificación introducida por el artículo 19 del nuevo Código es si lo que realmente corresponde para obtener una medida cautelar en un proceso constitucional es acreditar una “certeza razonable” de que la demora del proceso pueda producir un “daño irreparable” sobre el derecho fundamental invocado.

Creemos que el artículo 19 no deja claro si la referencia a la “demora en la expedición” se refiere a la medida cautelar o a la sentencia. Al respecto, coincidimos con Monroy cuando señala que “si se aprecia la frase del artículo, esta parece referirse a la demora en expedirse la medida cautelar. Sin duda es un absurdo”<sup>(16)</sup>, pues no cabe duda que lo que debe acreditarse es el peligro que puede producir la demora en la expedición de la sentencia.

Por otro lado, sobre el concepto de “daño irreparable” que introduce el artículo 19, señala Priori que se refiere a que el daño presenta tal magnitud que produce una “situación irreversible”, es decir, se trata de “situaciones de

(14) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 37.

(15) MONROY GÁLVEZ, Juan José. Ob. cit., 2002, p. 175.

(16) MONROY GÁLVEZ, Juan José. “Comentarios exegéticos al ‘nuevo’ Código Procesal Constitucional”. En: *Extramuros*, Lima, 2021. Recuperado de: <https://palestraextramuros.blogspot.com/2021/10/comentarios-exegeticos-al-nuevo-codigo.html>.

lesión que determinan una imposibilidad de ser reparadas de manera específica<sup>(17)</sup>. En otras palabras, se produce “un quebranto real e irremplazable del status jurídico”<sup>(18)</sup> del derecho que se pretende tutelar. Desde nuestro punto de vista, en el caso de los procesos constitucionales, ello se traduce en la imposibilidad permanente de ejercer el derecho fundamental amenazado o vulnerado.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el fin de la medida cautelar en esta clase de procesos no solo es evitar que la demora en la expedición de la decisión definitiva pueda producir un daño irreparable sobre el ejercicio del derecho fundamental, sino también es evitar que: a) la amenaza de vulneración sobre el derecho fundamental logre concretarse; y b) que el demandante sufra una vulneración continuada del derecho fundamental invocado. En ese sentido, nos cuestionamos: ¿acaso el peligro de que la amenaza pueda concretarse y de que el demandante sufra una vulneración continuada de sus derechos fundamentales por la demora del proceso no resulta suficiente para que se le conceda una medida cautelar? Por supuesto que sí.

En nuestra opinión, la inclusión de esta nueva exigencia genera una gran confusión sobre el fin de la tutela cautelar en los procesos constitucionales y resulta peligrosa para una protección idónea de los derechos fundamentales. Coincide con nuestra posición *Priori*, quien considera que:

[L]a consideración de que el daño que se pretende evitar con la medida cautelar sea irreparable, no hace sino ocultar una concepción de la tutela cautelar como residual (...) la consideración del daño como inminente es ya suficiente justificación como para que se dicte una medida cautelar<sup>(19)</sup>.

Por lo tanto, lo que debe exigirse para acreditar el peligro en la demora en los procesos constitucionales es únicamente que el daño sea inminente, siendo la irreparabilidad del daño una exigencia que contraviene el espíritu mismo del instituto cautelar en los procesos constitucionales.

Asimismo, cabe resaltar que *Priori* señala que este criterio de irreparabilidad del daño tiene origen en la regulación de las medidas cautelares innovativas y de no innovar en el Código Procesal Civil, las cuales exigen que

(17) PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. *Ius et Veritas*, N° 30, p. 200.

(18) RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Rodhas, Lima, 2000, p. 43.

(19) PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara, Lima, 2006, pp. 41-42.

el daño sea irreparable para su concesión<sup>(20)</sup>. Desde nuestro punto de vista, el legislador ha incurrido en un grave error al transportar dicha exigencia a los procesos constitucionales, en los cuales, por su propia naturaleza y objeto de tutela, no es posible exigir un estándar del daño que limite de forma irrazonable el derecho a la tutela cautelar.

Finalmente, el nuevo artículo 19 exige también la acreditación de una “certeza razonable” de que la demora en la sentencia producirá un daño irreparable. Lamentablemente, la actual regulación se equivoca nuevamente, pues la “certeza” representa un concepto totalmente contrario a la teoría cautelar, la cual se basa en un juicio de probabilidad y cuyas características son su provisionalidad, instrumentalidad y variabilidad. En efecto, al introducirse el concepto de “certeza razonable” creemos que el legislador pretende elevar el estándar probatorio para que el juez constitucional pueda dictar una medida cautelar, lo cual obliga al solicitante no solo a acreditar una “probabilidad” de que se producirá un daño irreparable, sino que los medios probatorios ofrecidos deberán estar destinados a producir una convicción en el juez constitucional de que sucederá el hecho futuro que tornará ineficaz la decisión final del proceso<sup>(21)</sup>.

#### IV. La adecuación o razonabilidad de las medidas cautelares

El artículo 19 del nuevo Código mantiene como presupuesto procesal para la concesión de la medida cautelar que esta resulte adecuada o razonable para el aseguramiento de la pretensión constitucional. En ese sentido, la medida cautelar deberá ser idónea y proporcional para garantizar la eficacia de la sentencia que ampare lo solicitado en el proceso principal.

Al respecto, Monroy señala que, para cumplir con el presupuesto de adecuación, la medida cautelar solicitada deberá ser congruente y proporcional con el objeto que es materia del proceso principal<sup>(22)</sup>. De este modo, coincidimos con que la medida cautelar deberá cumplir con dos elementos: a) la congruencia, lo cual implica verificar que exista una “correlación

(20) PRIORI POSADA, Giovanni. “El peligro en la demora como elemento que distingue la satisfacción o infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. En: Priori Posada, G. (coordinador). *Proceso y Constitución, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal*. Ara, Lima, 2011, p. 45.

(21) En nuestra opinión, este requisito representa una restricción desproporcionada sobre el derecho a la tutela cautelar, pues se eleva sin justificación alguna el estándar probatorio para acreditar el peligro en la demora que justifica que se dicte la medida cautelar. En ese sentido, consideramos que los jueces constitucionales deberán realizar una interpretación de dicha exigencia en favor de la efectividad de las resoluciones judiciales.

(22) MONROY GÁLVEZ, Juan José. Ob. cit., 2002, p. 189.

lógica” entre la medida cautelar solicitada y el objeto de la pretensión<sup>(23)</sup>; y b) la proporcionalidad, que se refiere a que “el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar obtenida”<sup>(24)</sup>.

Ahora, una importante precisión que merece ser realizada respecto al elemento de proporcionalidad en los procesos constitucionales se encuentra en que, si bien la medida cautelar puede resultar idónea para asegurar la pretensión constitucional, podría suceder que su ejecución conlleve un perjuicio para la contraparte o terceros que conlleve la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. Ante una situación como la descrita, consideramos que corresponde al juez no solo comprobar que la medida cautelar sea congruente, sino que, en caso de que se produzca una incidencia sobre otros derechos fundamentales o principios constitucionales, deberá aplicar un test de proporcionalidad que confirme que la medida resulta aquella menos gravosa, debiendo “proceder a realizar un juicio de ponderación entre el derecho fundamental a la tutela cautelar y el otro derecho fundamental con el cual estaría entrando en conflicto”<sup>(25)</sup>.

## V. ¿Es necesario ofrecer contracautela?

El artículo 19 del nuevo Código no exige de forma expresa que para la concesión de una medida cautelar deba ofrecerse contracautela. Consideramos que ello resulta correcto, debido a que la contracautela no representa un presupuesto procesal para conceder la medida cautelar solicitada, sino un requisito para su ejecución. Sin embargo, surge la duda en torno a si corresponde su exigencia en los procesos constitucionales.

Al respecto, una lectura conjunta de los artículos II y III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional permite afirmar que, en principio, la exigencia de contracautela sería contraria a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales, la cual se encuentra referida a la tutela de derechos fundamentales<sup>(26)</sup>. En efecto, esta postura ha sido respaldada por parte de la doctrina<sup>(27)</sup>.

(23) *Ibidem*, p. 190.

(24) PRIORI POSADA, Giovanni. *Ob. cit.*, 2011, p. 87.

(25) PRIORI POSADA, Giovanni. *Ob. cit.*, 2000, p. 198.

(26) Esto también puede leerse en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional recaídas en los Exps. N°s 00776-2014-PA/TC, f. j. 18; 00791-2014-PA/TC, f. j. 18; y 00607-2009-PA/TC, f. j. 63.

(27) Véase: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*. Provincia, Venezuela, 2005, p. 412. ABAD, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Su aporte a la tutela de derechos fundamentales. *Gaceta Jurídica*, Lima, 2004, p. 505.

Sin perjuicio de ello, corresponde tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional ha establecido al pronunciarse sobre la actuación inmediata de las sentencias estimatorias de primera instancia que “no será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional, el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad”<sup>(28)</sup>. Ello permitiría considerar que, en determinados supuestos, sería posible exigir contracautela en los procesos constitucionales, siempre y cuando se mantenga un criterio de proporcionalidad que no represente un obstáculo para la ejecución de la medida cautelar concedida.

En esa línea, mediante una modificación del 5 de octubre de 2022, el legislador optó por incorporar al artículo 19 que la solicitud cautelar debe ser acompañada por una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento en favor del Estado en aquellos procesos constitucionales relacionados a procesos de selección o ejecución de obras públicas en los que se pretenda ejecutar medidas cautelares. De este modo, se establece que el juez podrá incluso desestimar la medida cautelar en caso considere que el monto de la carta fianza resulta insuficiente para reparar los daños y perjuicios que puedan resultar de la ejecución de la medida cautelar. Finalmente, debe resaltarse que la modificación del artículo 19 habilita a que el juez pueda aplicar las sanciones por medidas cautelares innecesarias o maliciosas reguladas en el artículo 621 del Código Procesal Civil en caso se declare infundada la demanda.



#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

- Las características esenciales de toda medida cautelar son la apariencia de derecho, el peligro en la demora, así como que, la medida sea adecuada para los fines perseguidos: *STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC (f. j. 24)*.
- La apariencia del derecho exige al juzgador un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que la sentencia puede declarar fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues este es exigible al momento de sentenciar: *STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC (f. j. 52. a)*.
- El peligro en la demora se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la

(28) STC Exp. N° 00607-2009-PA/TC, f. j. 63.

medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso: *STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC* (f. j. 52. b).

- El presupuesto de que el pedido sea adecuado exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue: *STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC* (f. j. 52. c).



## BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014; CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro, Buenos Aires, 1996; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*. Provincia, Venezuela, 2005; GLAVE MAVILA, Carlos. “Las medidas cautelares en los procesos de amparo: una visión sobre el requisito de verosimilitud en el Derecho”. En: Priori Posada, G. (coordinador). *Proceso y Constitución*. Ara, Lima, 2011; LANDAARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011; MONROY GÁLVEZ, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Communitas, Lima, 2002; MONROY GÁLVEZ, Juan José. “Comentarios exegéticos al ‘nuevo’ Código Procesal Constitucional”. En: *Extramuros*, Lima, 2021; PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Revista Ius et Veritas*. Año 15, N° 30, Lima, 2005, pp. 171-200; PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso y la tutela de derechos*. Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019; PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara, Lima, 2006; PRIORI POSADA, Giovanni. “El peligro en la demora como elemento que distingue la satisfacción o infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. En: Priori Posada, G. (coordinador). *Proceso y Constitución, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal*. Ara, Lima, 2011; RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Rodhas, Lima, 2000; SOSA SACIO, J. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011; SOSA SACIO, Juan Manuel. *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018.