



ÍNDICE

INFORMES PRÁCTICOS

La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales	175
El derecho fundamental a la libertad de tránsito. Contenido, límites y jurisprudencia	181
La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los precedentes vinculantes	186

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Cuadro de modificaciones y derogaciones del mes	193
Cuadro de nuevas normas del mes	193
Resumen legal constitucional	195

CASOS PRÁCTICOS Y CONSULTAS

¿Es posible adecuar un proceso constitucional a otro de verificarse circunstancias especiales que así lo justifiquen?	201
Si el juez de ejecución se niega a darle cumplimiento a una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, ¿es posible interponer algún recurso para lograr su cumplimiento?	202
Si se otorga gracia presidencial a un reo, ¿pueden los órganos judiciales inaplicarla por inconstitucional?	203
Si la regulación de un derecho en la Constitución es distinta a la de los tratados sobre derechos humanos, ¿cuál de ellas debe prevalecer?	204

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Jurisprudencia	205
La protección del derecho de motivación por el proceso de hábeas corpus	207

EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA

Libertades económicas: libertad de empresa	209
--	-----

La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales

Carlo Magno

SALCEDO CUADROS^(*)

SUMARIO:

I. Introducción. II. La polémica sobre la constitucionalidad del proceso cautelar especial en los procesos constitucionales de la libertad. III. Las visiones sobre la tutela cautelar. IV. Conclusiones.

MARCO NORMATIVO:

- **Constitución Política:** arts. 103, 139 inciso 3, 188, 191, 194 y 197.
- **Código Procesal Constitucional:** arts. II del TP, 1, 15, 16, 53, 65 y 74.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una clasificación comúnmente aceptada, los procesos constitucionales pueden ser agrupados en dos grandes grupos: los procesos constitucionales de la libertad (o procesos constitucionales de tutela de los derechos), por un lado, y los procesos constitucionales orgánicos, por el otro.

TEMA DE DISCUSIÓN

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 15, reconoce dos tipos de medidas cautelares: ordinarias y especiales. Las primeras proceden en todos los casos en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento; mientras que las segundas proceden solo en caso de que se cuestione un acto lesivo emanado por un gobierno local o regional. La diferencia con la que se reguló una y otra fue declarada constitucional por el TC. El autor plantea que la regulación de la medida cautelar y el pronunciamiento del TC no respetan los parámetros constitucionales, pues no garantizan una adecuada protección a los derechos.

Los procesos constitucionales de la libertad son aquellos que tienen por objeto la defensa de los derechos subjetivos fundamentales ("libertades") de la persona,

frente a los actos u omisiones que los violen o amenacen con violarlos. Es decir, siguiendo la formulación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, estos

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato al Magister en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.

procesos “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”. En tal sentido, están relacionados de manera específica a uno de los dos fines de los procesos constitucionales establecidos por el artículo II del Título Preliminar del referido código, esto es, “garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

El Título I del código regula las disposiciones generales referidas a los procesos constitucionales de la libertad, considerando como tales al hábeas corpus, al proceso de amparo, al hábeas data y al proceso de cumplimiento. Dentro de estas disposiciones generales se encuentran las referidas a las medidas cautelares (artículos 15 y 16), las cuales son procedentes en todos estos procesos, con excepción del hábeas corpus. Es decir, los ciudadanos que recurren a la jurisdicción constitucional pretendiendo la defensa de sus derechos subjetivos fundamentales, podrían obtener **tutela cautelar** si tales derechos son protegidos por el proceso de amparo, por el hábeas data o por el proceso de cumplimiento, pero no si sus derechos son protegidos por el hábeas corpus.

Ciertamente, el hecho de que el legislador no haya previsto la posibilidad de la tutela cautelar en el caso del hábeas corpus, no implica en modo alguno que los **derechos que conforman la libertad individual**, que son protegidos por dicho proceso, tengan menos herramientas para su tutela. Por el contrario, atendiendo al carácter extremadamente urgente de la protección que requieren los derechos relacionados con la libertad individual, dentro del proceso de hábeas corpus existen un conjunto de reglas especiales, no previstas para el resto de procesos constitucionales de la libertad, cuyo objetivo es asegurar la inmediata salvaguarda del derecho violado o amenazado de ser violado, de tal modo que la tutela cautelar se hace innecesaria.

La tutela cautelar, pues, se encuentra prevista para la protección de los **derechos subjetivos fundamentales de la persona, distintos a la libertad individual**, por lo cual el juez puede conceder medidas cautelares en los procesos constitucionales destinados a proteger tales derechos. Ahora bien, el actual régimen procesal constitucional, en realidad, no ha establecido un único tipo de proceso cautelar para que el juez conceda la tutela cautelar en estos procesos constitucionales, sino dos tipos de proceso cautelar claramente diferentes, de acuerdo con el tipo de acto violatorio del derecho constitucional que se pretende impugnar a través del proceso constitucional respectivo.

El primer proceso cautelar es el regulado en los dos primeros párrafos del artículo

15 del Código Procesal Constitucional y puede considerarse el **proceso cautelar ordinario**, ya que es el que procede en todos los casos, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos administrativos emitidos al amparo de la legislación municipal y regional, vale decir, cuando en el proceso principal se impugnen decisiones de los gobiernos locales (las municipalidades) o de los gobiernos regionales. En estos últimos casos procede un tipo de **proceso cautelar especial**, el cual considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable.

En efecto, en el proceso cautelar ordinario, la medida cautelar respectiva se dicta sin conocimiento de la contraparte (como es lo usual en el proceso cautelar) y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo (como también es usual en este proceso), siendo conocidas por el mismo juez constitucional que conoce o conocerá el proceso principal.

Sin embargo, en el proceso cautelar especial (el previsto para obtener una medida cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los gobiernos locales o regionales), la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada por el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debe ser notificada a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la admite, lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso; se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo; y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación es resuelta por la Corte Suprema.

Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales, ha puesto en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar.

II. LA POLÉMICA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CAUTELAR ESPECIAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Tan cuestionable ha sido considerado el trámite del proceso cautelar previsto

contra las actuaciones de los gobiernos locales y regionales, que la Defensoría del Pueblo, el 2 de setiembre de 2005, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, en los cuales, como hemos señalado, se establecen las reglas de dicho proceso cautelar especial (Exp. N° 0023-2005-PI/TC)⁽¹⁾. No obstante, en la sentencia emitida el 27 de octubre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, es decir, confirmó la constitucionalidad del referido proceso cautelar especial.

1. Posición de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo considera que las disposiciones cuestionadas son inconstitucionales por las siguientes consideraciones:

- Al regularse la procedencia de la medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, se han establecido limitaciones que desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares, las cuales resultan “irrazonables” y “desproporcionadas”, al conceder audiencia a la parte demandada e informe oral si lo solicita; disponer la intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido con efecto suspensivo y, finalmente, que el pedido de medida cautelar sea presentado ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema.
- Tales disposiciones establecen un trato discriminatorio al crear un procedimiento injustificado para sujetos como los gobiernos locales y regionales.
- Aunque dicho procedimiento pretende preservar la autonomía municipal y regional establecida por los artículos 191 y 197 de la Constitución, la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efecto suspensivo, si bien neutraliza el “factor sorpresa”, no evita necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar. Ello solo se logrará con una debida especialización y capacitación de los jueces encargados de tramitar estos procesos; y haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a que hubiere lugar. En este sentido, la Defensoría plantea como pretensión accesoria que el Tribunal Constitucional exorte a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a la pronta implementación de jueces especializados en materia constitucional, exigida por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional, tal como lo hizo en la sentencia recaída en el Caso Anicama Hernández

(1) Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

(Exp. N° 1417-2005-AA/TC), en el que se exhortó al Poder Judicial a que aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de distritos judiciales de la República.

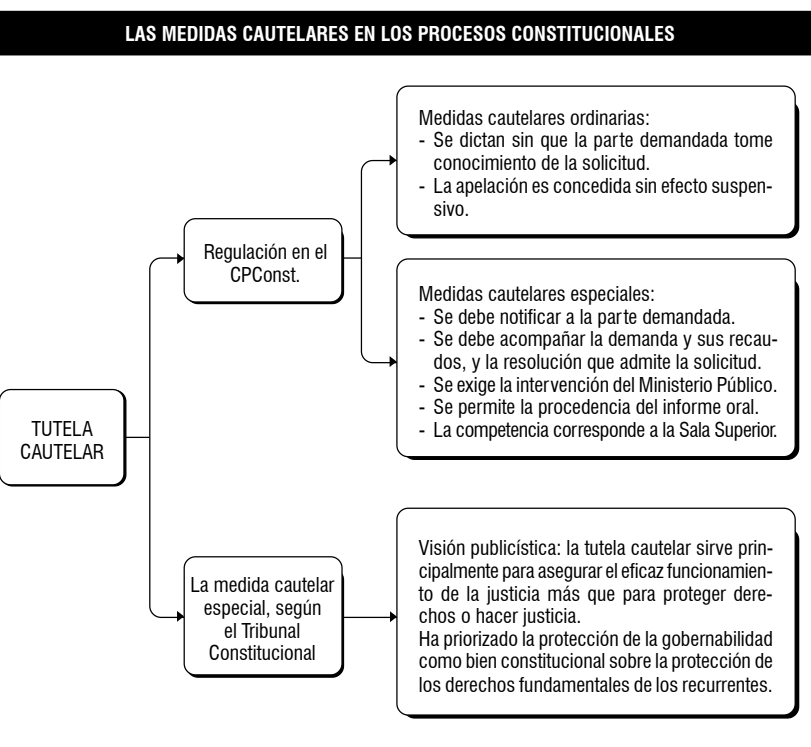
- Finalmente, dicho proceso cautelar no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva, ya que al iniciarse ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia–, al ser resuelta en segundo grado por la Corte Suprema –cuando este órgano jamás conocerá el proceso principal–, y al ser apelable con efecto suspensivo –que implica que así se conceda la medida esta no se ejecutará de inmediato–, no se asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal.

En líneas generales, nuestra postura es coincidente con la de la Defensoría del Pueblo, más allá de que el Tribunal Constitucional no haya compartido este criterio, conforme sustentaremos más adelante.

2. Posición del Congreso de la República

En la contestación de la demanda, el apoderado del Congreso de la República alega que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, por las siguientes consideraciones:

- El Congreso de la República, basándose en razones de oportunidad y conveniencia, eligió una de las variantes de medidas cautelares existentes en la Teoría General del Proceso, con el fin de proteger la autonomía municipal y regional respecto de los abusos cometidos en ejercicio de la función jurisdiccional.
- En el proceso de amparo, al constituir un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, pues estas son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.
- En cuanto a la concesión de audiencia otorgada a la parte demandada, en el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, el juez solo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, puede determinar medidas cautelares sin audiencia de las partes. De este único ejemplo el apoderado del Congreso concluye que en las medidas cautelares la bilateralidad es la regla y la medida *inaudita et altera pars*, la excepción.
- Respecto a la intervención del Ministerio Público, este órgano no “participa” en los procesos cautelares, pues solo interviene como tercero interesado que no es parte en el proceso, pero que por mandato del artículo 159 de la Constitución debe garantizar la correcta actuación de la función



jurisdiccional y representa en juicio a la sociedad.

- Respecto a la apelación con efecto suspensivo, si en los procesos principales debe respetarse la regla del efecto suspensivo de la sentencia apelada, no se incurre en inconstitucionalidad cuando se ha previsto el efecto suspensivo del auto apelado que concede una medida cautelar, máxime en un contexto como el peruano en el que el litigante “no se caracteriza precisamente por una actuación de buena fe”.
- Si las pruebas y los elementos que sirven de soporte para la concesión de la medida cautelar son distintos a los del principal no resulta cuestionable que corran en cuerda separada y por medio de jueces distintos. Por el contrario, la Corte Superior y la Suprema garantizan de mejor manera la proporcionalidad y adecuación de la medida a las exigencias del proceso y de lo que se persigue con su tramitación.
- La norma parte del hecho práctico de que los gobiernos locales y regionales son los más afectados en sus atribuciones y competencias constitucionales por el abuso del amparo y las medidas cautelares, que en los últimos tiempos solo han servido para enervar el principio de autoridad. Así, la finalidad de la norma cuestionada es el respeto del principio de autoridad, que se traduce en el acatamiento de las normas que emiten los gobiernos locales y regionales. Entonces, dicha norma no vulnera el principio de igualdad.
- La sola demora en la tramitación del despacho no es sinónimo de inconstitucionalidad. En efecto, desde esta

perspectiva, la vía igualmente satisfactoria no es necesariamente la más rápida ni la que dura el mismo tiempo, pues está claro que no hay vía más rápida que el Amparo, sino aquella en la que el derecho puede obtener satisfacción, pese al perjuicio normal que implique la demora a que se ve sometida toda persona que reclama ante la justicia.

Respecto a los argumentos del apoderado del Congreso de la República, debemos señalar que varios de ellos nos parecen poco consistentes. En primer lugar, por un lado se defienden las características (a nuestro juicio gravosas) que tiene el proceso cautelar especial en cuestión (a la cual considera una de las variantes de medidas cautelares existentes en la Teoría General del Proceso); sin embargo, se considera al mismo tiempo que en el proceso de amparo, al ser un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, las cuales son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.

Dicha superposición de argumentos no resiste un análisis lógico, ya que si en el proceso de amparo no caben admitir medidas cautelares, cómo se entiende que al mismo tiempo se defienda el proceso cautelar especial cuestionado. ¿O es que acaso se está admitiendo que, por la forma en que ha sido regulado el proceso cautelar especial, es como si en verdad no se hubiera previsto la tutela cautelar frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales? Si esto es así, nos encontramos entonces frente a

una suerte de “cinismo legislativo”, por el cual se establece una supuesta herramienta procesal a favor de los justiciables, sabiéndose de antemano que dicha herramienta no servirá para nada. ¿No hubiera sido más coherente, simplemente, establecer la no procedencia de las medidas cautelares en dichos casos? O, más aún, si en efecto es verdad que “no hay vía más rápida que el amparo”, ¿no hubiera sido más lógico proscribir la tutela cautelar en todos los procesos constitucionales de la libertad (tal como se ha hecho con el hábeas corpus)?

También resulta cuestionable que a partir de un solo caso, el brasileño, en el cual las medidas cautelares se otorgan con previa audiencia de las partes, se concluya que en las medidas cautelares la bilateralidad sea la regla y la medida *inaudita et altera pars*, la excepción. Ocurre exactamente al revés. En el Derecho Procesal comparado la tutela cautelar se ha caracterizado, prácticamente por definición, por ser otorgada con el máximo de facilidades para el justiciable, precisamente con el objeto de poder garantizarse la eficacia del resultado del proceso principal. Esa es la razón de ser del proceso cautelar.

De otro lado, el hecho de que el Ministerio Público intervenga “como tercero interesado” y no como parte en el proceso cautelar especial, no significa ningún alivio para el justiciable, ya que es evidente que la intervención de dicho organismo constitucional no se ha previsto para que sea un convidado de piedra, sino para que, en uso de sus atribuciones, tenga que tomar posición a través de sus dictámenes.

3. Posición dirimente del Tribunal Constitucional

Hemos señalado ya que el Tribunal Constitucional, en decisión que no compartimos, declaró infundada la demanda. Los argumentos de dicho colegiado para considerar constitucional el proceso cautelar especial cuestionado (al que el Tribunal denomina, erróneamente, “procedimiento”), fueron fundamentalmente, los siguientes:

- Dado que de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, esta norma suprema no ampara el abuso de derecho, el Tribunal estima que el procedimiento [proceso] cautelar especial en cuestión, establece requisitos razonables para acceder a la tutela jurisdiccional, que se constituyen en la alternativa necesaria para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido cautelar sin menoscabo de bienes constitucionales protegidos como la gobernabilidad; asimismo, resulta proporcional por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal realiza el **test**

de razonabilidad, con el objeto de verificar si los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional (que establecen un procedimiento cautelar especial), vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción. En tal sentido, llega a las siguientes conclusiones (fundamento 35 de la sentencia):

- a) Respecto al subprincipio de idoneidad o de adecuación, considera que el cuestionado procedimiento [proceso] especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo: la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
- b) Respecto al subprincipio de necesidad, considera que dicho procedimiento [proceso] constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto.
- c) Respecto al subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, considera que se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificulten la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.

- Respecto a la separación de los jueces que conocen el procedimiento [proceso] cautelar y el proceso principal, el Tribunal considera que la misma tiene por objeto garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia (fundamento 36).
- Que el legislador al configurar el procedimiento [proceso] cautelar especial cuestionado, ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. En tal sentido, crear un procedimiento [proceso] cautelar único hubiera significado limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, desconociéndose la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida

con medidas cautelares inmediatas e irrevisables. En el mismo sentido, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía política, económica y administrativa reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188, 190 y 194 de la Constitución (fundamento 39).

- Por las mismas razones señaladas, los extremos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, no suponen una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción (fundamento 40).

Luego de sustentar lo manifestado, el propio Tribunal fundamenta el carácter constitucional que tiene la tutela cautelar como una manifestación del debido proceso, así como los deberes que ello impone a los jueces. Esta es, a nuestro juicio, la parte más interesante de la sentencia; aunque no deja de resultar paradójico que dicho colegiado haga este desarrollo luego de sostener la validez constitucional del proceso cautelar especial frente a las actuaciones de los gobiernos locales y regionales.

Sobre dicho carácter constitucional, el Tribunal considera que, igual que ocurre con el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no está expresamente reconocida en la Constitución; sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. En tal sentido, no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento su decisión (fundamento 49).

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca (fundamento 51). Sin embargo, estos deberes impuestos al juez constitucional se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo, hábeas data y cumplimiento; por lo que es necesario que se distinga el uso regular de los medios procesales que la ley prevé –como la medida cautelar–, y el uso abusivo de este derecho, signo inequívoco de mala fe y, consecuentemente,

recurso repudiado por el orden constitucional (fundamento 52).

El Tribunal, asimismo, aclara que el derecho a la tutela cautelar no implica que, en todos los casos, la medida cautelar solicitada tenga que ser concedida. Por lo tanto, corresponde a la autoridad judicial valorar, en función del caso concreto, si corresponde dictarla, mantenerla o revocarla, estando todo juez facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso (fundamento 55).

Así también, considera que la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, si bien caben algunas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad (fundamento 57).

En líneas generales, estamos de acuerdo y nos parece sumamente importante que el Tribunal Constitucional haya declarado de manera expresa el carácter constitucional que tiene la tutela cautelar como una manifestación del debido proceso. Sin embargo, consideramos que, de acuerdo con dicha sustentación, lo que correspondía era que concluya estableciendo la inconstitucionalidad del proceso cautelar especial regulado por los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, ya que el mismo no resulta idóneo para lograr evitar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal.

En efecto, basta revisar el trámite que corresponde al proceso de amparo, al hábeas data y al proceso de cumplimiento establecido por los artículos 53, 65 y 74 del Código Procesal Constitucional, respectivamente, para concluir que dichos procesos constitucionales resultan incluso más expeditivos que el proceso cautelar especial cuestionado.

La consecuencia del establecimiento de dicho proceso cautelar especial es que, en los hechos, las actuaciones de los gobiernos locales y regionales que violen derechos fundamentales prácticamente no pueden ser objeto de tutela cautelar; y si en algunos casos en alguno de estos procesos un justiciable logre obtener una medida cautelar, su oportunidad será tan tardía que habrá desnaturalizado la razón de ser de la tutela cautelar. Conforme señala Samuel Abad sobre el particular: "De esta manera, ante situaciones que requieren una solución urgente y rápida la medida cautelar, debido a un trámite intencionalmente engoroso, no otorga al afectado una solución eficaz, en otras palabras no garantiza una tutela judicial efectiva"⁽²⁾.

De otro lado, no entendemos cómo es que otorgar una medida cautelar en contra de un acto administrativo de un gobierno regional o local que viole derechos

fundamentales significan una violación de su autonomía. ¿Se supone acaso que la mayoría de medidas cautelares concedidas en estos casos han sido otorgadas de manera ilegítima? De ser así, ¿el problema es que la legislación procesal constitucional haya previsto la tutela cautelar o, más bien, la deficiente actuación de los jueces, sea por falta de preparación o por corrupción?

Asimismo, si el argumento es mantener la autonomía de los gobiernos locales y regionales, habría que considerar que tan autónomos como estos gobiernos lo son los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos. ¿Por qué en tales casos, entonces, no se aplican los mismos criterios?

III. LAS VISIONES SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

Las medidas cautelares se dictan dentro del proceso cautelar, el cual puede definirse como aquel proceso que tiene por objeto garantizar la eficacia de los resultados de otro proceso (al que se le puede denominar proceso principal), respecto del cual es accesorio.

Ahora bien, más allá de esta definición operativa, es menester tener presente que, históricamente, han existido o existen diversas visiones o formas de entender a la tutela cautelar. Una de estas visiones, que hoy se considera ya superada, es la visión "publicística" de la tutela cautelar; la otra es la visión "garantística" de la misma, conforme detallaremos seguidamente.

1. Las visiones publicística y garantística de la tutela cautelar

Conforme parafrasea Eugenia Ariano Deho, el maestro italiano Piero Calamandrei, en su trabajo pionero sobre la tutela cautelar *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares), publicado en 1936, consideraba que la tutela cautelar está dirigida a garantizar la eficacia 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. En tal sentido, según el profesor florentino, las medidas cautelares, más que estar dirigidas a defender los derechos de los individuos, están dispuestos en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento⁽³⁾.

Sobre el particular, Ariano Deho considera que en los tiempos actuales, sin desmerecer el inmenso aporte de Calamandrei, ya es momento de dejar de citar lo, toda vez que su concepción "publicística" de la tutela cautelar ha sido superada. De este modo, Ariano Deho, siguiendo a los italianos Comoglio-Ferri y Fazzalari, señala:⁽⁴⁾

"Si partimos de la premisa de que todos tenemos no solo 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 caso.* [De este modo] La tutela cautelar se presenta hoy, cual componente esencial e ineludible de lo que es llamado el *modelo de garantía constitucional del proceso*. 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 (...)*".

En tal sentido, según Ariano Deho:

"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 bien. De esta forma nos encontramos frente a ese "vuelco espectacular" al que hace referencia el gran administrativista español Eduardo García De Enterría: "la constitucionalización de las medidas cautelares, esto es, de concienciación progresiva

(2) ABAD YUPANQUI, Samuel. "El Proceso Constitucional de Amparo". 1ª ed. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2004, Pág. 572.

(3) ARIANO DEHO, Eugenia. "La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el proceso garantista", ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

(4) *Ibidem*.

de que sin estas no hay, ni puede haber una auténtica y efectiva tutela judicial. Hemos desplazado, pues, el ángulo visual, de la calamandriana 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 considerar-la instrumento de *garantía de tutela eficaz* para el justiciable (que en definitiva es el “ciudadano”, o sea *todos*), bajo la premisa que el proceso es un *instrumento* al servicio nuestro y cuando necesitamos la tutela jurisdiccional debemos obtenerla (si obviamente tenemos la razón). 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 resultados”.

Respecto a estas afirmaciones, la propia Ariano Deho aclara que ello no implica una vuelta a una visión privatista del proceso (al proceso considerado como una “cosa de partes”), sino que, por el contrario, significa elevar a nivel de derecho humano fundamental el derecho que tienen los ciudadanos a que el Estado les brinde una tutela jurisdiccional auténticamente efectiva, lo que implica que el Estado no puede desentenderse del problema de la ineficacia del proceso en atención a la naturaleza privada de los intereses en juego en él.

Finalmente, aunque Ariano admite que aún no existe un precepto constitucional ni legislativo que considere a la tutela cautelar como un derecho fundamental, también destaca que gracias a la jurisprudencia constitucional europea se ha abierto paso esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose el viejo principio chiovendiano de que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Por nuestra parte, estamos persuadidos de la pertinencia de los argumentos expuestos por Eugenia Ariano, los cuales, nos parece, se corresponden con una concepción que el propio Tribunal Constitucional peruano parece reconocer al considerar, en la sentencia bajo comentario, que la tutela cautelar constituye una **manifestación del debido proceso y de la tutela jurisdiccional a que se refiere el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución**.

2. La visión publicística de la tutela cautelar por parte del Tribunal Constitucional

Como lo hemos adelantado, en una parte de la sentencia el Tribunal Constitucional parece adscribirse a una visión garantística de la tutela cautelar, cuando considera que la misma constituye una **manifestación del debido proceso y de**

la tutela jurisdiccional. Sin embargo, al confirmar la constitucionalidad del proceso cautelar especial regulado por el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, el mismo Tribunal expresa una visión publicística de la tutela cautelar.

En efecto, en el fundamento 38 de la sentencia se reproduce el siguiente texto de Calamandrei: “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”. Este texto, como muy bien lo ha explicado Eugenia Ariano, constituye la médula de la visión publicística de la tutela cautelar, actualmente superada.

Esta visión publicística que en este extremo ha adoptado el Tribunal Constitucional se manifiesta, asimismo, cuando este colegiado prioriza un supuesto bien constitucional protegido, como sería la gobernabilidad, sobre la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la persona, la cual, según el primer artículo de la Constitución, es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Cabe precisar que la Constitución en ningún momento se refiere a la gobernabilidad como un bien constitucional protegido. Asimismo, si bien en la sentencia comentada el Tribunal se refiere reiteradamente a la necesidad de preservar la gobernabilidad de los gobiernos locales y regionales, en ningún momento explica por qué es que dicha gobernabilidad es un bien constitucional.

Es decir, frente a un bien constitucional expresamente reconocido: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (del cual se deriva inmediatamente la necesidad de que el ciudadano obtenga una efectiva protección de sus derechos fundamentales, así como la obligación del Estado de garantizar dicha protección); el Tribunal ha priorizado un supuesto bien constitucional (la gobernabilidad), sobre el cual la Constitución no dice nada, siendo sumamente discutible que pueda ser considerada como un bien constitucional.

IV. CONCLUSIONES

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 15, establece dos tipos de proceso cautelar relacionados con los procesos constitucionales de la libertad. El primero de estos es un **proceso cautelar ordinario**, que procede en todos los casos, salvo cuando se trate de obtener una medida cautelar frente a actos violatorios

de derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales. El segundo tipo es un **proceso cautelar especial**, el cual procede contra los referidos actos de dichos gobiernos subnacionales.

El **proceso cautelar ordinario**, en el cual la medida cautelar se dicta sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo, resulta idóneo para que se logre una tutela judicial efectiva, ya que permite atender la urgencia que muchas veces requiere la protección de los derechos subjetivos fundamentales y evitar que su violación se convierta en irreparable.

Sin embargo, el **proceso cautelar especial**, el cual considera un conjunto de procedimientos que lo hacen mucho más gravoso para el justiciable, **no resulta idóneo para lograr evitar** los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso principal. Lo absurdo de este tipo de proceso cautelar es tal que, incluso, los procesos constitucionales de los cuales puede ser accesorio (el proceso de amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento) consideran un trámite **más expeditivo**.

No obstante lo evidente de lo gravoso y engorroso que resulta el proceso cautelar especial, por lo cual no es idóneo para lograr a través de él una tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2005-PI/TC. Con ello, a pesar de lo equivocada que ha podido ser la decisión del supremo intérprete de la Constitución, la norma cuestionada (los párrafos tercero y cuarto del artículo 15 del Código Procesal Constitucional) no puede ser ahora inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, como proponía Samuel Abad antes de que dicha sentencia se expida⁽⁵⁾. En tal sentido, la única vía que queda abierta para solucionar dicho entuerto legislativo es la modificación de la norma que pueda realizar el Congreso de la República.

La referida sentencia del Tribunal Constitucional, específicamente en la parte que sustenta las razones por las que considera que el **proceso cautelar especial** no es constitucional, se basa en una concepción publicística de la tutela cautelar (según la cual la tutela cautelar está dirigida a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, más que a defender los derechos de los individuos), en estos tiempos definitivamente superada a nivel de la doctrina y de la justicia constitucional más desarrollada, por una visión garantística de la misma (según la cual la tutela cautelar es una herramienta de garantía de tutela eficaz para el justiciable).

(5) Cfr. SAMUEL ABAD YUPANQUI. Ob. cit. Pág. 573.