



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

## MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESOS CONSTITUCIONALES: PROGRESOS, RIESGOS Y ALTERNATIVAS A TOMAR EN CUENTA

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA\*

SUMARIO: I. *El escenario procesal constitucional y algunos recaudos a tomar al respecto.* II. *El actual estado de la cuestión en este tema en Iberoamérica. Las limitaciones hoy existentes y algunas sugerencias sobre el particular.* III. *Reflexiones a modo de conclusión.*

### I. EL ESCENARIO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y ALGUNOS RECAUDOS A TOMAR AL RESPECTO

En un momento histórico todavía reciente, cuando el avance del derecho así lo reclamó, empezó a entenderse la importancia tanto de asegurar mediante diversos mecanismos la consecución del valor eficacia sobre lo resuelto en los distintos procesos. Ambos fenómenos generan consecuencias de innegable relevancia para diferentes materias, y entre ellas, aquellas que se nos ha pedido desarrollar.

En el primer caso, el de la tutela de determinadas pretensiones, a lo que llevará la protección que se busca apuntalar es al fortalecimiento de aquello que en estrictos términos de derecho procesal se denomina tutela diferenciada y, dentro de ella, a la llamada tutela urgente. Ello fue consecuencia de que en su oportunidad se entendiera que la protección de di-

\* Catedrático de pre y posgrado en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Administrativo en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega.

versos bienes o situaciones no podía, ya sea por su importancia o por la necesidad de evitar que el daño causado a las mismas devenga en irreversible, recibir el mismo tratamiento procesal previsto para todos los demás bienes y situaciones.

Se comprendió, además, que ese tratamiento procesal especial previsto implicaba medios o instrumentos procesales con una estructura más bien sumaria, la cual permitiese la respuesta más rápida posible desde dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado en particular para este tipo de requerimientos.

La tutela de la supremacía constitucional (sobre todo en el ámbito de la protección de los derechos que consagra) y la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a los distintos preceptos constitucionales y los valores que estos recogen serán sin duda materias para incluirse dentro de esta tutela diferenciada y urgente.

Ello explica la instauración de diversos procesos constitucionales (y principalmente, de la llamada jurisdicción constitucional de la libertad) donde no existían; la ampliación del ámbito de acción permisible en estos diversos medios procesales, y, para así cerrar una lista que podría aun ser más exhaustiva, la mejora de la legitimación procesal activa o la simplificación del tratamiento procesal de los procesos constitucionales ya existentes.

Ahora bien, y acercándome así al segundo tema planteado, fácilmente puede acreditarse como este aumento de medios de protección y la eventual simplificación de su trámite no aseguraban por sí mismas la eficacia de lo resuelto en estos casos, e incluso la misma posibilidad de obtener y actuar debidamente el elenco probatorio necesario para sustentar las resoluciones supuestamente buscadas.

Ello bien explicará como, e incluso con mayor intensidad que en otros medios procesales, en el escenario de los procesos constitucionales se apostará decididamente por el desarrollo de la actividad cautelar de sus juzgadores y juzgadoras. Este relanzamiento de la actividad cautelar tendrá el mérito de poner en vigencia, ahora bajo parámetros contemporáneos y democráticos, la antigua cognición sumaria de dichos juzgadores y juzgadoras.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Necesario es anotar como incluso se ha ido todavía más allá, recurriendo así a fórmulas de tutela autosatisfactiva en las cuales jueces y juezas, sin que exista siquiera un pedido de alguna de las partes involucradas en la controversia, y sin conocimiento de los eventual-

Así es como la actividad cautelar, entendida como el conjunto de acciones que el juzgador o juzgadora, a pedido de parte, y dentro de ciertos parámetros para su concesión (apariencia de derecho, peligro en la demora, adecuación, y, en algunos casos, irreparabilidad del daño) o para su ejecución (contracautelas en sus diferentes variables), puede tomar para asegurar la efectividad de lo resuelto en un proceso, o en su caso, el mejor trámite posible de su actividad probatoria, hoy se entiende sin duda alguna como un elemento central y casi consustancial a todo proceso constitucional.

Ello parece ir haciéndose patente en casi todos los Estados de Iberoamérica a nivel legal y/o jurisprudencial (en este sentido puede verse lo ocurrido en Estados tan diversos como el Perú, España, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Argentina, etcétera), cuando no recogido en el mismo texto constitucional (lo previsto en, por ejemplo, el artículo 107 de la Constitución federal mexicana). Se consagra en estos diversos niveles, con distintos matices, la posibilidad de ejercer actividad cautelar con el fin de asegurar la cabal obtención y cumplimiento de lo deseado.

Sin embargo, y fieles a nuestra visión por la cual el derecho y su vigencia no se agota en la existencia de normativa prevista para regular algunos temas en particular, bien cabe preguntarse sobre cómo se encuentran plasmadas estas atribuciones, así como acerca de la manera en la cual han venido siendo ejercidas, y, finalmente, sobre qué es lo que se necesita para que el ejercicio de la actividad cautelar a cargo de los jueces y juezas sea lo suficientemente tuitiva de lo que se busca obtener. Esto último buscará conseguirse, claro está, sin que, por otro lado, se haga una invocación abusiva a estas medidas cautelares por los litigantes, o, en su caso, dichas medidas sean desnaturalizadas por el legislador o comprendidas en forma antojadiza por quienes juzgan. Pasemos entonces a ir respondiendo o, por lo menos, intentando responder las diferentes preguntas que acabo de formular.

mente perjudicados por ello, toma medidas sobre el particular, medidas destinadas a asegurar la materialización de lo que fuese requerido como resultado final del proceso.

## II. EL ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESTE TEMA EN IBEROAMÉRICA. LAS LIMITACIONES HOY EXISTENTES Y ALGUNAS SUGERENCIAS SOBRE EL PARTICULAR

Basta entonces con efectuar una rápida mirada a lo previsto en nuestros países para ver como algunos de los temas y problemas allí previstos son comunes en todos los demás, y aunque las soluciones a esbozarse no tienen porque ser necesariamente iguales en todos lados, la revisión de las previsiones tomadas, o al menos, sugeridas en ciertos contextos, resulta sin duda un ejercicio útil para resolver las dificultades a las cuales cada quien debe hacer frente en sus diferentes escenarios, sin que con ello se esté señalando que lo planteado en algún país sea necesariamente determinante y definitivo en otros.

Comenzando pues con la identificación de los elementos existentes en común, bien puede apreciarse como, en primer lugar, el reconocimiento de esta actividad cautelar reconocida en favor el juzgador(a) es, en buena parte de nuestros Estados iberoamericanos, bastante genérico (conviene así ver al respecto lo previsto, por ejemplo, en Ecuador, Chile o Bolivia), tanto así que bien podría avalar la toma de medidas de corte autosatisfactorio, medidas en las cuales, por su propia naturaleza, los requisitos exigibles al juzgador(a) o el mismo pedido de parte no parecieran aparecer como aspectos de singular relevancia frente al margen de actuación con que cuenta el juez o jueza de turno en estos casos.

Sin embargo, justo es también apuntalar como aun en los escenarios donde incluso las diversas instituciones previamente existentes han comenzado a ser comprendidas como medidas cautelares (el caso de la mexicana suspensión del acto reclamado y su comprensión, no exenta de cierta polémica, como una medida cautelar de no innovar, es paradigmático al respecto), la misma normativa o la comprensión hecha de ella ha circunscrito el desarrollo de la actividad cautelar al uso de medidas de no innovar, y en el mejor de los casos, con algunos reparos, a medidas de corte innovativo.

Frente a lo recientemente expuesto, y, sobre todo, si se apuesta por una lógica de un juez director del proceso, máxime si lo que está en juego es la tutela de la supremacía de la Constitución y sus diferentes preceptos, parecería aconsejable, ya sea constitucional, legislativa o jurisprudencialmente, ampliar el escenario cautelar invocable, permitiéndose así expresamente al juzgador recurrir a medidas cautelares más bien ge-

néricas, las cuales le permitan asumir con la debida suficiencia los requerimientos que pudiesen presentarse.

Justo es también anotar como, y continuando en el ámbito de la aplicación, algunas dificultades ya no tendrán que ver con limitaciones para el juzgador o juzgadora, sino con el exceso de expectativas de algunos justiciales.

Y es que, dependiendo, sobre todo, de la rapidez de los procesos en cada Estado en particular, así como del elenco cautelar previsto para los diferentes procesos existentes (sean o no procesos constitucionales) o el mayor o menor activismo judicial en cada ordenamiento jurídico, en muchos Estados van a darse invocaciones abusivas de pedidos cautelares, pareciendo incluso que en algunos de ellos la obtención de medidas cautelares es el objetivo central de la interposición de demandas de procesos como el amparo.

Ante este último fenómeno, oportuno es resaltar que la reacción de los diferentes legisladores no siempre fue la más feliz, pues la opción a este nivel va a implicar en muchas ocasiones la desnaturalización de las medidas cautelares invocables en este tipo de procesos. Para ello, y sin tener aquí un ánimo exhaustivo, bien pueden señalarse como algunas de las alternativas seguidas en esta línea de desnaturalización de las distintas medidas cautelares a las siguientes:

Las exigencias de fianzas (y no sólo de cauciones juratorias) como contracauteles invocables para la ejecución de las medidas cautelares cuya deducción se admite en este tipo de procesos. Aquí se hace necesario comenzar explicitando cuan discutible resulta demandar el otorgamiento de contracauteles como requisito para ejecutar medidas cautelares en procesos de tutela urgente destinados, sobre todo, para la protección de derechos fundamentales. Si a ello le añadimos el que la única contracautele admisible sea la fianza, bien podemos estar generando la inaceptable situación de dejar desprotegidos aspectos cuyo valor es insoslayable por consideraciones que a todas luces son secundarias.

La ruptura del principio *inaudita pars*, consustancial a la misma efectividad de cualquier medida cautelar.

La concesión de apelaciones contra la decisión de otorgar una medida cautelar con efecto suspensivo, las cuales limitan así drásticamente el margen de acción de aquel juez o jueza que precisamente concedió dicha medida cautelar.

Resulta entonces un tema con singular relevancia el de cómo compatibilizar este mayor margen de acción en la actividad cautelar de los jueces y juezas involucrados con este tipo de casos con la generación de expectativas exageradas y una subsiguiente actuación del legislador corriendo el riesgo de desnaturalizar este indispensable escenario cautelar. Resulta interesante además, y esto es necesario decirlo, buscar evitar que el escenario de la actividad cautelar se convierta en un espacio incontrolado de acción de los diferentes jueces y juezas.

Sin que estemos en condiciones de plantear alternativas infalibles al respecto, creo que aquí un necesario aumento del margen de acción de la actividad cautelar de un juez(a) pasa también por entender varias cosas:

Por parte del legislador y de los mismos jueces, debe pasarse por entender que procesos como el amparo deben en principio ser subsidiarios o residuales. Ello implica no solamente no perder de vista que se cuenta con vías ordinarias de protección, sino también el hecho de que para que esas vías ordinarias sean eficientes, ellas deben tener un escenario cautelar adecuado y jueces(zas) debidamente preparados(as) para aplicarlo.

Similares invocaciones (mejor diseño de los procesos y su marco cautelar, mayor preparación de los(as) juzgadores(as) para aplicarlo) deberían hacerse extensivas a los distintos procesos y jueces constitucionales (o a los magistrados que en este último caso hagan sus veces).

En estos casos, el tema pasa por un diseño normativo que, sin romper con el *inaudita pars*, o plantear alternativas como la aplicación de fianzas o apelaciones con efectos suspensivos (alternativas que por cierto desnaturalizan el sentido de cualquier medida cautelar), tenga previsto lo siguiente:

Buscar asegurar que, por lo menos en principio, la decisión tomada en sede cautelar no cuente con efectos irreversibles, irreversibilidad que en puridad sería la negación del sentido de una decisión cautelar.

Plantear que, en principio, si se plasma la exigencia de contracautelas en las medidas cautelares deducibles en procesos constitucionales, dichas contracautelas deberán circunscribirse en estos casos a cauciones juratorias. Cosa distinta es lo que puede suceder en el escenario de los medios ordinarios de tutela, donde en principio no debiera haber mayor restricción para exigir cualquier tipo de contracautela, siempre y cuando se actúe de acuerdo con la normativa vigente.

Habilitar la existencia de recursos de apelación a las concesiones o denegatorias de medidas cautelares, planteándose, eso sí, en principio la instauración de apelaciones sin efecto suspensivo para lo resuelto sobre el ejercicio de la actividad cautelar en los diferentes procesos constitucionales.

Dejar abierta la posibilidad de sancionar a quien maliciosamente solicite medidas cautelares para con ello buscar dilatar el cabal desarrollo de un proceso.

Finalmente, tener claro que no solamente basta con permitir que los concesorios o las denegatorias de medidas cautelares sean apelables, sino que esas concesiones o rechazos deben ser aspectos centrales en el seguimiento de la conducta funcional del juzgador, así como en su eventual evaluación de desempeño.

Ello en mérito a que la concesión o denegatoria de una medida cautelar no puede ni debe ser el escenario de una actuación excesiva o incontrolable de un juzgador. En ese entendimiento, bien puede ser útil poner en práctica mecanismos —por cierto, no exentos de polémica— como el que hoy, por ejemplo, viene materializándose en el caso peruano. Allí, y sin perjuicio de la independencia funcional de cada juzgador(a), todos los jueces y juezas, sin importar a qué órgano jurisdiccional pertenezcan, deben poner en conocimiento de sus instancias de gobierno institucional el que en su caso hubiesen denegado, concedido o variado una medida cautelar en un proceso constitucional.

Las instancias de gobierno judicial, en ese contexto, no podrán cuestionar lo resuelto, ya que para eso existen los canales jurisdiccionales correspondientes, pero llevarán un registro de lo efectuado para, según sea el caso, ver si existen indicios que ameriten investigaciones preliminares por eventuales inconductas funcionales o sean elementos sobre los cuales preguntar o pronunciarse en una eventual evaluación de desempeño *a posteriori*.

Ahora bien, todo esto resultará insuficiente si no se insiste desde las universidades y los colegios de abogados en un cambio de actitud de los letrados, a quienes indubitablemente debe hacérseles entender (con una labor formativa y en algunos casos incluso sancionadora) la importancia de hacer un uso responsable de los pedidos de medida cautelar o de las apelaciones a su otorgamiento, denegatoria o variación, salvo mejor parecer.

### III. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Como bien puede apreciarse, y ante problemas que no son privativos de un ordenamiento jurídico en particular, desde el derecho procesal constitucional se han construido respuestas para hacerles frente, como es el caso de las medidas cautelares dentro de los diferentes procesos constitucionales que por su naturaleza así lo permitan.

Sin embargo, justo es reconocer que el establecimiento de estas medidas cautelares, muy a despecho de sus innegables virtudes, puede generar riesgos por excesos o defectos que implican a los diferentes actores involucrados.

Ojalá entonces que las ideas aquí planteadas, cuya mayor o menor pertinencia dependerá sin duda de la realidad del ordenamiento jurídico en particular, sean útiles para un mayor debate y análisis en un tema crucial para asegurar la credibilidad del modelo de jurisdicción constitucional en cada uno de nuestros Estados, con todo lo que ello acarrea.