

**MEDIDAS CAUTELARES DE OFICIO. UNA PROPUESTA PARA
SALVAGUARDAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS
CIVILES PERUANOS**

**PRECAUTIONARY MEASURES OF OFFICE. A PROPOSAL TO SAFEGUARD
EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN PERUVIAN CIVIL PROCESSES**

Luis Moisés Leyva Jiménez¹
Egresado
Universidad de San Martín de Porres
luis_leyva1@usmp.pe
Perú, Lima

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN
- PROBLEMAS ACTUALES Y UNA LUZ DE ESPERANZA
- REFLEXIONES EN TORNO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
- LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PERÚ
- EL ROL DEL JUEZ EN EL EJERCICIO DE SU CARGO
- UNA PROPUESTA DE MEDIDAS CAUTELARES DE OFICIO
- CONCLUSIONES

RESUMEN

El presente artículo científico está enfocado en realizar un análisis introspectivo de los alcances de una tutela judicial efectiva dentro los procesos civiles peruanos y su correcta interpretación y aplicación, en referencia al Código Procesal Civil de 1993.

Asimismo, justifica su importancia en los problemas actuales que vienen presentando los órganos jurisdiccionales al momento de administrar justicia, la insatisfacción de quienes la buscan con resultados inconclusos y el escaso contenido de realidad del que abunda nuestro ordenamiento jurídico.

¹ Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Premio Dario Herrera Paulsen, Parlamentario Joven 2018.

En ese sentido el autor presenta una propuesta que busca aliviar el contexto paradigmático de una carencia de efectividad al momento de entregar tutela judicial, que, basándose en la jurisprudencia, interpretaciones doctrinales y la lógica jurídica, se podrá concluir la manifiesta necesidad de un cambio en la praxis, para una correcta administración de justicia.

ABSTRACT

This scientific article seeks to perform an introspective analysis of the scope of an effective judicial protection in Peruvian civil proceedings, in reference to the Civil Procedure Code of 1993.

Likewise, it justifies its importance in the current problems that the jurisdictional bodies are presenting at the time of administering justice, the dissatisfaction of those who seek it with inconclusive results and the limited content of reality that abounds in our Peruvian legal system.

In this sense, the author presents a proposal that seeks to alleviate the paradigmatic context of a lack of effectiveness at the moment of granting judicial protection, which, based on jurisprudence, doctrinal interpretations and legal logic, may conclude the existence of a necessary change in the praxis, for a correct administration of justice.

Finally, the results of this research, will present in the reader another focus on the study of Procedural Law, and is that it should not be understood in strictness by a sort of regulatory complex, designed as a list of steps to follow the process blindly, creating an indifferent and blind justice, but see it from a perspective of common sense, applying principles and overcoming bureaucratic barriers in relation to the problematic reality that happens and for which many of us are responsible without realizing it.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares de oficio, tutela judicial efectiva, tutela cautelar, tutela jurisdiccional efectiva, justicia,

KEYWORDS

Precautionary measures ex officio, effective judicial protection, precautionary protection, effective judicial protection, justice,

“El progreso es imposible sin el cambio y aquellos que no pueden cambiar sus mentes no pueden cambiar nada”

George Bernard Shaw

INTRODUCCIÓN

En Setiembre del 2018 en una encuesta realizada por IPSOS², referida a la aprobación o desaprobación del Poder Judicial, el 84% de la población respondió negativamente ante su gestión institucional. El principal asidero de la desaprobación de estas instituciones, recae en la insatisfacción por parte de los usuarios, quienes, al verse perjudicados por el retraso en las sentencias, la demora en el proceso, y la ineficacia de los resultados, conlleva a crear una perspectiva de injusticia, y es que lo justo no demora, no es irreal ni ficticio.

Es en esta medida que cabe preguntarse si es necesario un cambio institucional, un cambio normativo o un cambio pragmático. En definitiva, lo primero y lo segundo es observado desde un punto de vista objetivo, es decir trae como consecuencia una complicación innecesaria y retos que podrían demorar en su aplicación, que requieren de una participación en conjunto bajo una directriz única, y lo que en realidad se busca es superar problemas sin entrar en otros. La tercera opción, sin embargo, referida a la ejecución de las acciones, dejando atrás la teoría, y centrándose en la realidad, nos lleva a ver el problema desde un punto de vista subjetivo, en el que es el juez, quien tiene el rol más importante dentro de esta problemática social, y es él quien deberá, con su participación, defender la institución y rescatarla de los desafortunados comentarios que han recaído sobre ella.

La inclinación por un cambio, siempre ha estado latente en nuestro pensar y nuestro actuar, el ser humano está siempre en busca de la perfección, y la justicia no es indiferente a lo que se aspira. Lo bueno se justifica en algo malo, ya que, si no existe algo que cambiar, nunca se podrá observar una mejora.

Es notable la participación de muchos aportes para fortalecer y mejorar la institución del

² IPSOS (2018). Recuperado de: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-11/opinion_data_noviembre_2018.pdf

Poder Judicial, sin embargo, es a mi parecer que deberíamos empezar cumpliendo lo que ya está estructurado y normado, y no dejar sin contenido a las palabras que siempre usamos, pues, no existe mayor problema cuando tendemos a cambiarle sus significados.

PROBLEMAS ACTUALES Y UNA LUZ DE ESPERANZA

Es una realidad que quienes somos usuarios del Poder Judicial, nos encontramos en un paradigma al momento de hacer reconocer nuestro derecho, pero lo más importante es al momento de buscar que este se ejecute, esto se puede tener como consecuencia el propio criterio de razonabilidad del juez al administrar justicia, como es en el siguiente ejemplo.

En un proceso civil, lo que pretende la parte demandante puede ser la declaración de un derecho (pretensión declarativa), la constitución del mismo (pretensión constitutiva) o una condena (pretensión de condena), esta última pretensión importa la exigencia de una conducta a realizarse por la parte demandada, quien, en muchas ocasiones se puede negar a cumplirla.

En ese sentido el actor buscará que se cumpla lo ordenado por el órgano jurisdiccional y recurrirá a un proceso único de ejecución, al que se presentara como el titular de un derecho, buscando la materialización del mismo en la realidad, y es ahí donde el poder judicial ordenara al ejecutado el cumplimiento de la obligación, sin embargo, este podría volver a negarse.

Con la denegatoria se procede a la ejecución forzada, y en caso de tratarse de una obligación de dar determinada suma de dinero, esta se cumplirá con el embargo de los bienes del demandado y el remate de los mismos, sin embargo, tanto el órgano jurisdiccional y la parte demandante se llevarán con la sorpresa de que el demandado no contaba con bienes de los que podía hacerse cobro, debido que ya se había desprendido de todos.

Es en ese contexto, que el legislador ha otorgado una herramienta necesaria para asegurar el fiel cumplimiento de una sentencia, que ya se estaba volviendo obsoleta por carecer de

efectividad, estas son las llamadas medidas cautelares, que en buena cuenta buscan remediar las conductas evasivas y garantizar la ejecución de un derecho a reconocerse.

Ahora bien, existen otros métodos para sanear las conductas reprochables que realiza el demandado para evitar su obligación, estos a modo de ejemplo puede ser la Acción Pauliana, que busca la anulación de actos realizados por el deudor en perjuicio de su acreedor, sin embargo, esto conllevaría a la realización de otro proceso judicial, y según la larga data de la duración que tienen el desarrollo de los mismos, no solo sería una opción poco rentable, sino que además generaría costos innecesarios frente a un problema que pudo haber sido advertido al inicio del proceso.

Bajo este enfoque, muchos hacen uso de las medidas cautelares, entendiéndose esta como una facultad que tienen los justiciables para asegurar la efectividad de las sentencias, pero ¿qué sucede con los que no hacen uso de ellas?, ya sea por diferentes motivos como el de no contar con un buen asesoramiento, o el de confiar en la otra parte, ¿también pueden tener el alcance a una tutela judicial efectiva? o es que al igual que las medidas cautelares, ¿la tutela judicial efectiva también es una facultad solo de quienes la piden?.

Asimismo, nace una propuesta que busca cambiar el contexto jurídico en el que vivimos, y reemplazar esa facultad de quienes la piden por un deber del juez quien debe darla, para garantizar la preservación de una tutela judicial efectiva a través de medidas cautelares de oficio.

Es común temerle a lo nuevo, a lo desconocido, dejar la asiduidad de sus actividades para reemplazarlas con innovaciones que podrían implicar un trabajo mayor y una responsabilidad de la que pocos quieren hacerse cargo, pero que al final resulta siendo necesario debido al avance contemporáneo que ha venido suscitándose en nuestra época y que trae consigo una realidad para la cual nuestros órganos administradores de justicia necesitan estar preparados.

REFLEXIONES EN TORNO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Es con la Constitución Política del Perú de 1993 que se recoge la tutela jurisdiccional efectiva como un principio de la función jurisdiccional, y aunque no se coloque de forma expresa en el texto constitucional la efectividad de la misma, toda vez que en su inciso 3 del Artículo 139° redacta “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)”, no significa que no deba serlo, toda vez que el Tribunal Constitucional – máximo intérprete de la Constitución -, ha señalado en reiterada jurisprudencia lo siguiente:

(...) A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad (FUNDAMENTO 9, Exp. N° 015-2001-AI/TC)

Asimismo, en el plano internacional la efectividad de los procesos judiciales se encuentra reconocida por diversos tratados internacionales de los que el Perú es parte, tales como:

1. La declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8°. - Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 25°. - 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida

por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En ese sentido el Código Procesal Civil de 1993, presenta en su Artículo 1 del Título Preliminar que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”, es así como su reconocimiento es totalmente pleno en el Perú, tanto el marco normativo como en las interpretaciones que los órganos jurisdiccionales han otorgado a su redacción, corresponde entonces conocer sus alcances e implicancias.

Alcances e implicancias de una tutela judicial efectiva

Para algunos doctrinarios como De Bernardis (1985), la tutela judicial efectiva tiene como finalidad el acceso a la justicia que brinda el Estado con las características de un debido proceso y que esta termina con una resolución final ajustada a derecho que puede ser ejecutada coercitivamente. Sin embargo, podemos observar que dicha concepción es muy limitada toda vez, que el Tribunal Constitucional explica que no se limita con el solo acceso del justiciable, sino que además se materialice los resultados del mismo:

En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (FUNDAMENTO 6, Exp. N° 763-2005-PA/TC)

Es por ello que, para un correcto análisis de la tutela jurisdiccional efectiva, necesitaremos recurrir a definiciones más extensas que la doctrina podría ofrecer, en así que tenemos una aseverada definición que realiza Ortiz Sánchez (2014) quien señala que:

De este modo, se afirma que el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones. (página 78)

En ese sentido no basta con la expedición de una resolución judicial para poder hablar de tutela judicial efectiva, siendo así, que de no cumplirse lo ordenado por el juez, quedaría en una mera declaración y por tanto no se cumpliría con los fines a los que está ligada, esto es, otorgar justicia.

Debemos comprender que la justicia no se acaba con la sola expresión del órgano jurisdiccional en un proceso judicial, sino en la repercusión y el cambio que trae esta con lo real, es decir que quien la busque vea totalmente satisfecha su pretensión al momento de ser amparada.

Para una mayor comprensión de cómo debería aplicarse la tutela jurisdiccional efectiva el profesor Rubio Llorente (1995, p.7) establece lo que debe garantizar el órgano jurisdiccional, esto es, “1) El libre acceso a la jurisdicción; 2) Las posibilidades de alegación y defensa; 3) La obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonable, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes; 4) el acceso a los recursos legalmente establecidos; y, 5) La ejecución de la resolución judicial firme”

Consideramos que no existe una tutela judicial efectiva en todos los procesos, esto se debe a la limitante función que tiene el juez en el desarrollo de su actuar jurisdiccional, dado que para ellos su actividad finaliza con la emisión de una resolución, que, si bien el contenido del mismo declara victorioso a alguna de las partes, existe un desinterés por este administrador de justicia para que lo ordenado por él se cumpla, quedando pendiente que si una de las partes lo desee exija que su derecho se materialice en un hecho.

Una resolución cobra sentido cuando esta se cumpla en la realidad, de lo contrario estaríamos

frente al resultado de un exhaustivo trabajo que ha conllevado costos cuyos beneficios sin imaginarios e ilusorios.

LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PERÚ

También llamadas acciones cautelares o conservativas, tienen en la doctrina una definición muy común y totalmente acertada para encontrar su definición, de esta manera Martínez Botos (1990) las entiende como una garantía que asegura el resultado del proceso para que se dé cumplimiento a la sentencia. Debe precisarse que dicha definición guarda compatibilidad con el fin que persigue la tutela judicial efectiva señalada en párrafos anteriores.

Asimismo, el profesor Monroy Gálvez (1987) plantea la siguiente definición:

Es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que pueda significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba. (página 42)

Lo que el autor hace referencia es al modo en el que proceden las medidas cautelares, estos son a pedido de parte, sin embargo, en el Código Procesal Civil de 1993, existen ciertas excepciones a esa regla general, y es que ciertos casos las medidas cautelares podrían otorgarse de oficio, como es de verse en:

1. La interdicción

Según el Artículo 683 del Código Procesal Civil, “El juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.”, esta norma señala una medida cautelar innovativa que tiene como finalidad la anticipación total

o parcial de la pretensión.

2. Asignación anticipada de alimentos

En el Artículo 675 del Código Procesal Civil, “(...) En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medidas de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.”.

Esta norma fue modificada por la Ley N° 29803, de fecha 06 de noviembre de 2011, mediante la cual se buscaba incorporar que la asignación anticipada sea de oficio para los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado.

En los dos casos mencionados anteriormente, se puede observar una iniciativa por parte del legislador, en cuanto a las medidas cautelares de oficio, sin embargo, estas protegen intereses totalmente detallados y específicos y ciertamente es muy escaso el contenido de lo que implica cada una.

Es decir, ¿en qué momento nos encontraríamos - en el caso de la Asignación anticipada de alimentos - una indubitable relación familiar?, si solo han transcurrido tres días desde que se notificó la resolución que admite la demanda, y ¿porque solo hacer referencia del menor de edad?, si tanto un adulto mayor puede encontrarse en la misma indefensión o inclusive mayor, ¿bajo qué criterios el legislador considera necesaria para algunos casos medidas cautelares de oficio y para otros casos no?

En ambos procesos es de notar una anticipación del resultado futuro, siendo en muchas ocasiones criticado toda vez que la parte demandada podría verse perjudicada al finalizar el proceso y resultar infundada la demanda.

Asimismo, Couture citado por Cueva Carrión (2012) define a las medidas cautelares como:

aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo (página 12)

Bajo esta definición se puede dar una mejor connotación del fin que persigue una medida cautelar y de los efectos que trae consigo, esto es de imposibilitar las estrategias utilizadas por la parte demandada a fin de que el resultado del proceso sea eficaz y satisfactorio para el accionante.

Presupuestos y condiciones para la obtención de una medida cautelar de parte

El Código Procesal Civil señala en su Artículo 608° que “El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código”, asimismo en el tercer párrafo de dicha norma señala que “La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”, es así que para la obtención de una medida cautelar es necesario los siguientes presupuestos:

1. Verosimilitud del Proceso invocado – *Fomus bonis iuris*

Este presupuesto hace referencia a la exigibilidad que tiene quien la solicita, de probar la posibilidad de ver amparado en el futuro lo pretendido.

Es de precisarse que no se requiere certeza para el cumplimiento de esta condición, toda vez que como explica Calamandrei (1935, p.77) “La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. (...) basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”

Podríamos afirmar que estaríamos ante una valoración subjetiva, por parte del órgano jurisdiccional sobre lo que considere en buena medida un derecho pasible de ser amparado.

2. Peligro en la demora – *Periculum in mora*

la realidad muestra a grandes rasgos, el gran costo empleado en un proceso judicial, este es, el tiempo, cuyo valor significativo importa los peligros que podrían suscitarse en su devenir.

Es así que el tratadista italiano Ugo Rocco (1977) sostiene que “el llamado *periculum in mora* no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional, de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos”. (página 48)

En ese sentido el órgano jurisdiccional deberá prever los graves daños que podrían ocasionar la demora del proceso, y la urgencia con las que piden, no solo por un daño irreparable, sino que además por una inminente connotación de que, al finalizar el proceso, la resolución a emitirse carecerá de significado si no llegase a cumplirse.

3. La contracautela

Pueden existir errores en las medidas cautelares, dado que quien las pide y las concede son seres humanos, por tanto, es necesario contrarrestar y reparar los eventuales daños que se deriven de la ejecución de una medida cautelar, es así como nace la garantía de las garantías, conocida como contracautela.

El Artículo 613 del Código Procesal Civil señala, “la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”. No es necesario dar mayor precisión en cuanto a la contracautela.

Clasificación de las medidas cautelares

Es así que nuestro Código Procesal Civil, admite dos clases de medidas cautelares, las generales y las específicas.

En cuanto a las medidas cautelares genéricas podemos encontrar a aquellas que no están regulados por el ordenamiento jurídico, así lo señala el Artículo 629 del Código Procesal Civil, “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

Las medidas cautelares específicas, son aquellas que se encuentran tipificadas y tienen cierta regulación normativa propia, y estas a su vez comprenden la siguiente clasificación

1. Las Medidas para futura ejecución forzada.
 - a. Embargo en forma de inscripción (Artículo 65° del Código Procesal Civil)
 - b. Embargo en forma de depósito (Artículo 649° del Código Procesal Civil)
 - c. Embargo en forma de retención (Artículo 657° del Código Procesal Civil)
 - d. Embargo en forma de intervención, recaudación (Artículo 661° del Código Procesal Civil)
 - e. Embargo en forma de intervención, Información (Artículo 665° del Código Procesal Civil)
 - f. Embargo en forma de administración (Artículo 669° del Código Procesal Civil)
 - g. Secuestro judicial, secuestro conservativo (Artículo 643° del Código Procesal Civil)

2. Medidas temporales sobre el fondo
 - a. Asignación anticipada de alimentos (Artículo 675° del Código Procesal Civil)

- b. Protección de menores y cónyuge debido a violentar familiar (Artículo 677° del Código Procesal Civil)
 - c. Nombramiento o remoción de administrador de bienes (Artículo 678° del Código Procesal Civil)
 - d. Administración individual de bienes conyugales y autorización para separación domiciliaria en proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal (Artículo 680° del Código Procesal Civil)
 - e. Restitución del bien en proceso de desalojo (Artículo 679° del Código Procesal Civil)
 - f. Restitución del bien despojado en el proceso sobre interdicto de recobrar (Artículo 681° del Código Procesal Civil)
3. Medidas innovativas
- a. Interdicción (Artículo 683° del Código Procesal Civil)
 - b. Cautela posesoria (Artículo 684° del Código Procesal Civil)
 - c. Abuso de derecho (Artículo 685° del Código Procesal Civil)
 - d. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz (Artículo 686° del Código Procesal Civil)

4. Medidas de no innovar

Son las que prohíben la modificación de una situación de hecho o de derecho.

EL ROL DEL JUEZ EN EL EJERCICIO DE SU CARGO

La tradición jurídica romana nos ha infundido que el rol del juez es de interpretar las normas, que cuando se presenta ante él un problema tendrá que buscar una solución en el contexto normativo con el que disponga. Ciertamente el rol de quien administra justicia es mucho más complejo que el de antes.

La función de un juez moderno es la de innovar medidas necesarias que acerquen sus decisiones judiciales en lo más cercano a una justicia equiparable, teniendo como parámetro los principios y auxilios judiciales,

En ese sentido se debe dejar atrás al juez arcaico que desempeñaba la representación de las normas y que era simple relator de las mismas.

La realidad no puede ser indiferente para el juez moderno, quien en aras de procurar una correcta empleabilidad en su actuar, tendrá que contextualizar y ser consiente de los cambios que se presentan en el día a día sobre las nuevas formas de entrapar a la Ley.

Así como el derecho debería reflejar la realidad para la que fue creada, de la misma manera el juez moderno debe ser la sombra de las personas que forman parte de esa realidad, aprendiendo de todo en cuanto le sea necesario para cuando llegue la ocasión pueda realizar una correcta administración de justicia.

En su labor diaria se encontrará con herramientas que el legislador le ha otorgado para administrar justicia, que, en vez de servirle de ayuda, podrían empeorar el proceso, es por ello que deberá hacer uso de la racionalidad y preferir no utilizar aquello que no es beneficioso para las partes.

El Juez moderno no solo administra justicia, sino que la imparte, y en ese sentido que su labor no acaba con el proceso, dado que sus decisiones se verán reflejadas en la sociedad de la que él también es parte.

Es en conclusión un juez que medita, que reflexiona y cavila, que representa a un país y sus inflexiones, que debe ser parte de la sociedad, pero a su vez imparcial al administrar justicia, que comprenda los infortunios de su país y que sepa reconocer las oportunidades del mismo para saber aprovecharlas.

Como lo detalla Alberto Binder (2004):

Por una parte, la figura del juez ha sido y sigue siendo uno de los arquetipos en las tradiciones morales y por ello conserva un valor, mezcla de respeto, miedo y sentido de lo sacro. Por la otra, la memoria y la constatación casi cotidiana de muchos de los defectos del sistema judicial generan una imagen de insensibilidad, crueldad y corrupción que también se ha convertido en un patrón fuerte de nuestra cultura, incluso a través de su utilización recurrente como personaje literario o cinematográfico (...) Si le agregamos a ello las miradas (también complejas) del abogado particular, podemos concluir que los operadores del sistema judicial deben enfrentarse a un proceso de estigmatización fuerte y arraigado que, sin duda, dificulta su inserción en proceso de cambio. (página 328)

Es posible que la modernidad de un juez no solo dependa de él, sino de todos nosotros como señale al inicio de este artículo, y sin darnos cuenta contribuimos para una continua e inmensurable encrucijada.

Límites para la modernidad y la abstracción de un juez ensimismado

El problema no se encuentra en si se puede o no lograr un cambio, sino que este erradica en si ¿existe el interés de querer realizar uno?

El beneficio de muchos puede importar la limitación de los cambios que sugieren otros pocos, esto se ve reflejado en la decisión que se toma dentro de una colectividad, que, aunque por muy malo que parezca esto resulta satisfactorio.

Las decisiones en una sociedad democrática pertenecen a la mayoría, lo cual no implica que sean las más correctas o las más justas, solo las que fueron consideradas por muchos como las más necesarias y beneficiosas en razón a la situación o estatus en el que se encuentren.

Es así que la justicia es comprendida bajo los parámetros de lo que se desea mas no lo que en esencia representa, y es el sistema judicial quien recoge estos conceptos, y se enfrasca en límites impuestos, soberanos, irreprochables pero democráticos, al fin y al cabo.

El pueblo es quien administra justicia, es quien decide que es justo y que no lo es, y aquel que difiera o se separe de dicho pensamiento, tendrá como consecuencia un castigo, que recordará a los demás que el pensar está mal, y que lo nuevo y moderno también es definido por quien castiga.

Es entonces un reto para un Juez que vive en este contexto buscar o lograr un cambio, sin embargo, dicho desafío viene acompañado de mucho trabajo, que no solo corresponde al órgano jurisdiccional, sino de todos aquellos que formamos parte de la sociedad decisiva.

UNA PROPUESTA DE MEDIDAS CAUTELARES DE OFICIO

Se ha podido observar en el transcurso del trabajo investigativo, la existencia incuestionable de la tutela judicial efectiva en los procesos civiles peruanos, y a su vez el propósito de una medida cautelar para el aseguramiento del resultado del proceso. Es así que ambas guardan en demasía una correlación necesaria para un fin único, el de otorgar una tutela real y práctica.

Asimismo, de que sirve tener como principio a la tutela judicial efectiva, si el significado de la misma no se materializa en el resultado del proceso, sino que, debido a la carencia de realidad normativa que existe en nuestro país, se aplica todo lo contrario, dejando en severa cuestión lo que llamamos justicia.

Es entonces necesario plantear de esta manera un cambio en el Código Procesal Civil, dotar de una herramienta nueva y a su vez necesaria al órgano que administra justicia, para que la acerque a quienes la pidan y cumpla a su vez una interactividad con la misma.

El dinamismo introspectivo es una de las características que tendrá que adoptar el Juez, para apoyar al camino correcto de una tutela judicial efectiva, asegurada con medidas cautelares

de oficio.

La propuesta de las medidas cautelares de oficio, no excluye que se puedan seguir dando de parte, sino lo que busca es la colaboración del juez, para quienes no la piden, y es notable que, al concluir el proceso, pueda existir problemas para hacer cumplir lo ordenado en su sentencia.

También debo señalar, que esto no implicara un anticipo en cuanto a la decisión que pueda tomar el juez al finalizar el proceso, toda vez que será igual que cuando se pedía de parte, y el juez considerando la probabilidad de que el derecho pudiese ser amparado en el futuro, otorgara la medida cautelar que considere concerniente

Al otorgarse de oficio una medida cautelar, se tendrá en consideración los mismos presupuestos que se exigían cuando el pedido era de parte, de esta forma se garantizara una debida motivación en las decisiones judiciales.

No todas las medidas cautelares podrán realizarse de oficio, estas dependerán de la circunstancia en la que se encuentre, y, además solo aquellas que aseguren una futura ejecución forzada, evitando así la disposición de las mismas por parte del demandado como acto para evitar la efectividad de la futura sentencia.

La tutela cautelar como garantía central en la configuración de un esquema procesal efectivo

La tutela cautelar no se encuentra señalada expresamente en la Constitución, sin embargo, esta se puede desprender como un contenido implícito del aseguramiento de la decisión judicial definitiva, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su pleno jurisdiccional N° 0023-2005-PI/TC:

Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente 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 artículo 139° inciso 3), de la Constitución. No existirá debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta. (FUNDAMENTO 49)

De lo explicado por el máximo intérprete de la constitución, se puede apreciar la reafirmación de lo que se ha venido mencionando a lo largo de este artículo, y es que el cumplimiento de una decisión adoptada por una autoridad judicial debe ser posible de materializarse, de lo contrario esta repercutiría en el Estado Constitucional de Derecho y en la misma democracia de la que queremos forjar esta sociedad.

Calamendrei (1996), refiriéndose a la función de las providencias cautelares señalaba que:

nace de la relación que se establece entre dos términos la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva (...). Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento practico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente. (páginas 43 – 44)

Debemos reconocer que el reconocimiento de la titularidad de un suceso, por parte del

ordenamiento jurídico, otorga una posible protección, esto se equipara a decir que cada derecho contiene una tutela propia, por lo tanto su estructuración en un proceso debe ser la más idónea posible, de ahí se parte la idea de que toda técnica procesal, debe tener el fin de lograr una tutela efectiva de dicha suceso o evento jurídico.

Entonces, el proceso debe estructurarse para otorgar seguridad y, también, satisfacción. Y las medidas cautelares de oficio deben ser parte de la configuración de este nuevo proceso que implica el cambio necesario de una sociedad democrática.

CONCLUSIONES

- La tutela judicial efectiva además de asegurar el acceso a la justicia, importa el cumplimiento y materialización de las decisiones judiciales, otorgando dicha tarea al órgano jurisdiccional para la correcta administración de justicia.
- Las medidas cautelares cumplen el fin que anhela el sistema judicial para hacer efectiva la tutela de un derecho, asegurando el fiel cumplimiento de la sentencia futura, resguardándola ante actos deliberados de evasión y obstrucción por parte de quien busca eludir sus obligaciones.
- El deber del Estado y de la Sociedad es velar por mejorar a su órgano administrador de justicia, quien no debe verse limitado para desarrollar nuevas técnicas y estrategias de acercar su actividad más a la realidad que a la norma.
- Es necesario cambiar a las medidas cautelares de parte, y permitir que se realicen de oficio, con el fin de prevalecer la tutela judicial efectiva, otorgándole un contenido real a las resoluciones judiciales, que se encontraban obsoletas, por la carencia de su cumplimiento.
- El dinamismo del Juez moderno debe buscar ir más allá del proceso, siendo que sus decisiones repercutirán en la sociedad de la cual debe sentirse parte, y que su

contribución se verá reflejada en la confianza que tiene este país, no solo en el Estado, sino en los seres humanos.

- El estudio del Derecho Procesal, no debe ser entendido en rigurosidad por una suerte de complejo normativo, diseñado como un listado de pasos que debe seguir el proceso ciegamente, creando una justicia indiferente e invidente, sino verlo desde una perspectiva del sentido común, aplicando principios y superando barreras burocráticas en relación a la realidad problemática que acontece.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Binder, Alberto M. (2004). Justicia penal y estado de derecho. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc

Calamandrei, Piero (1935). Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Calamandrei, Piero (1996). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires, Argentina: El Foro.

Cueva Carrión, Luis (2012). Medidas Cautelares Constitucionales. Quito, Ecuador: Cueva Carrión.

De Bernardis, Luis Marcelo (1985). La Garantía Procesal del Debido Proceso. Lima, Perú: Cultural Cusco.

Martinez Botos, Raúl (1990). Medidas Cautelares. Buenos aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Monroy Gálvez, Juan (1987). *Temas de Derecho Procesal Civil*". Lima, Perú: Ediciones librería Studium.

Rocco, Ugo (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Depalma

Rubio Llorente, Francisco (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona, España: Ariel.

Fuentes electrónicas

IPSOS (2018), De Paniagua a Vizcarra. Año 19, número 236. Recuperado de: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-11/opinion_data_noviembre_2018.pdf

Ley N° 29803, Ley que modifica los artículos 608 y 675 del Código Procesal Civil incorporando el caso de otorgamiento de medida de asignación anticipada de oficio para los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado (06 de noviembre de 2011). Recuperado del sitio de internet: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos//ExpVirPal/Normas_Legales/29803-LEY.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Anteriormente *Derechos del Hombre*). Recuperado del sitio de internet: <https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/VICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/3684E0279BE029FA05256CFC00795D4C/TRAAAdjunto/M-307.pdf>

Ministerio de Relaciones Exteriores (1978). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. Recuperado del sitio de internet: <https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/V>

ICUS/MREPERU!!portal/tratados.nsf/6673136905F6FD0505256D1300765AC1/TRAAdujnto/M-0506-C.pdf

Ortiz Sanchez, John Ivan (2014). El derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú (Tesis de maestría). Recuperado del sitio de internet: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5738/ORTIZ_SANCHEZ_JOHN_ACCESO_JUSTICIA.pdf?sequence=1

Tribunal Constitucional (2004). Exp. N° 015-2001-AI/TC. Recuperado del sitio de internet: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional (2005). Exp. N° 763-2005-PA/TC. Recuperado del sitio de internet: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional (2006). Pleno Jurisdiccional 0023-2005-PI/TC. Recuperado del sitio de internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>