



Este artículo se encuentra disponible  
en acceso abierto bajo la licencia Creative  
Commons Attribution 4.0 International License

## IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 5, n.º 6, julio-diciembre, 2022, 41-50

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v5i6.678

### LA TUTELA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE EFICACIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS O COMO EFICACIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

#### PRECAUTIONARY PROTECTION AS A GUARANTEE OF EFFECTIVENESS OF SUBJECTIVE RIGHTS OR AS EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL FUNCTION

JORGE LUIS CARRILLO RODRIGUEZ  
Corte Superior de Justicia de Huánuco  
(Huánuco, Perú)

Contacto: [jcarrillo@pj.gob.pe](mailto:jcarrillo@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-2563-5793>

#### RESUMEN

El análisis consiste en determinar si la tutela cautelar busca garantizar la eficacia de la soberanía del poder del Estado en el ámbito de la función jurisdiccional, para demostrar el poder absoluto que tiene y hacer prevalecer el mismo para dar una justicia efectiva o, si nos encontramos en la posición de un sentido jurídico distinto, que señala que la tutela cautelar garantiza la eficacia de los derechos subjetivos de las personas en un Estado de derecho constitucional. El fin supremo de este último es la defensa de la persona, que tiene derechos privados reconocidos dentro de un orden constitucional

y jurídico. A partir de esta finalidad, pretendemos establecer que en la actualidad la tutela cautelar judicial no persigue como fin garantizar la eficacia del poder público del Estado sino garantizar y efectivizar los derechos subjetivos y su efecto en el ámbito jurisdiccional.

**Palabras clave:** tutela cautelar; eficacia; función jurisdiccional; derechos subjetivos.

**Términos de indización:** administración de justicia; tutela administrativa; sistema judicial (Fuente: Tesouro Unesco, Eurovoc).

### ABSTRACT

The analysis of this article determines if precautionary protection seeks to guarantee the effectiveness of the sovereignty of the power of the State within the scope of the jurisdictional function, to demonstrate the absolute power that it has and make it prevail in order to grant effective justice; or if we are in the position of a different legal meaning, which states that precautionary protection guarantees the effectiveness of the subjective rights of people in a constitutional rule of law, whose supreme purpose is the defense of persons, who have private rights recognized within a constitutional and legal order. To this end, we intend to demonstrate that, currently, the purpose of judicial precautionary protection is not to guarantee the effectiveness of the public power of the State, but to guarantee and make effective the subjective rights and their effect in the jurisdictional sphere.

**Key words:** precautionary protection; effectiveness; jurisdictional function; subjective rights.

**Indexing terms:** administration of justice; administrative supervision; legal system (Source: UNESCO Thesaurus, Eurovoc).

**Recibido:** 14/11/2022

**Revisado:** 07/12/2022

**Aceptado:** 12/12/2022

**Publicado en línea:** 19/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** El autor declara no tener conflicto de interés.

## 1. INTRODUCCIÓN

La institución de la tutela cautelar en el ámbito jurídico ha sido tratada por diversos autores que inciden sobre distintos aspectos procesales. Sin embargo, son pocos los análisis efectuados desde la perspectiva jurídica sobre si, mediante la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico, se busca garantizar la eficacia de los derechos subjetivos de los justiciables dentro de un Estado de derecho constitucional o si lo que garantiza es la eficacia de la función jurisdiccional, entendida esta como la soberanía del poder público del Estado, a fin de que prevalezca ese poder, con el objetivo de lograr justicia efectiva. Con relación a esta segunda postura, parafraseando al jurista Piero Calamandrei (1945), diríamos que la tutela cautelar, más que dirigirse a la defensa de los derechos subjetivos, está para garantizar la eficacia y, por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional; es decir, para impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca en una tardía e inútil expresión verbal. Esta posición tiene un sentido jurídico distinto a la posición que señala que, con la tutela cautelar, se busca garantizar la eficacia de los derechos subjetivos de las personas en un Estado de derecho constitucional, cuyo fin supremo es la protección de la persona que tiene derechos privado-subjetivos, reconocidos en un orden constitucional y jurídico. En ese sentido, la tutela cautelar no persigue garantizar el poder público soberano del Estado. De ahí que concordamos con lo señalado por el jurista Landa (s. f.), quien menciona que «la Tutela cautelar garantiza la eficacia de la defensa de los derechos subjetivos que se plasman en el ámbito Constitucional y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos» (p. 34). Efectivamente, el fin que se persigue con la tutela cautelar es garantizar la eficacia de los derechos reconocidos de las personas. Así, tal posición encuentra sustento no solo en lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, sino también en el artículo 1 de la Convención Americana, que establece las obligaciones que tienen los Estados con respecto a los derechos humanos. Así, se señala que «contiene dos obligaciones generales que poseen efectos transversales en cada uno de los derechos humanos consagrados en el mencionado instrumento internacional; las obligaciones de respeto y garantía».

En cuanto a la obligación de garantía de los Estados con relación a los derechos de las personas, se deberá realizar acciones, medidas legislativas, judiciales o políticas públicas con el fin de cautelar y proteger los derechos de las personas establecidos en la Constitución y la Convención; por lo que en este contexto actual corresponde al Estado otorgar o brindar todos los mecanismos y medios jurídicos para lograr que estos derechos se materialicen de manera eficaz y oportuna. En esa línea se encuentran los derechos humanos que deben ser debidamente garantizados para cumplir sus fines, de tal forma que se cuente con medidas preventivas para su cautela y protección. Esto es una debida tutela cautelar, por cuanto es obligación del Estado la protección y la defensa de la persona y, el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. Para lograr tales fines en la cautela y efectividad de su ejercicio de los derechos subjetivos, la tutela cautelar emerge como mecanismo procesal objetivo y se constituye en la opción idónea para garantizar la eficacia de estos.

El tema de este artículo jurídico nos lleva a establecer en el área de materia civil —en una concepción extensiva— si estas dos posiciones se contraponen o se relacionan, o si una de ellas prima sobre la otra; o en su caso, si son posiciones concebidas en tiempos sociales y jurídicos diferentes, y no resultan adecuadas actualmente dentro del Estado constitucional y en el contexto de la vigencia de la Convención de Derechos Humanos. Este aspecto es importante porque muchas veces, en un proceso judicial, interviene el Estado a través de sus diversos estamentos e instituciones para vulnerar o amenazar los derechos humanos y subjetivos de las personas.

## **2. LA TUTELA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE EFICACIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LAS PERSONAS**

Cuando tratamos la tutela cautelar como garantía de la efectividad de los derechos subjetivos, nos encontramos en la disyuntiva doctrinal y jurídica de que existen dos posiciones imperantes. Por eso, hemos considerado contar con un mayor panorama de observación en este nivel atendiendo a la evidente posición contrapuesta, esto es, si debemos entender o concientizar la eficacia de la tutela cautelar regulada en nuestro sistema procesal

como la que permite garantizar la eficacia de los derechos subjetivos de las personas que intervienen en el proceso, o si en su caso, como señalaba Calamandrei (1936), «la Tutela cautelar garantiza la eficacia de la soberanía del poder del Estado» (p. 7).

La posición asumida con respecto a la tutela cautelar busca garantizar la eficacia de los derechos subjetivos de las personas, la cual se sustenta en el artículo 1 de la Constitución Política, donde se establece que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado», lo que implica «asegurarle al justiciable una Tutela jurisdiccional efectiva de sus situaciones sustanciales» (Ariano, s. f., p. 9); y, al ser derechos subjetivos de las personas, corresponde al Estado brindar las garantías para su eficacia y para que durante el proceso se logre brindar una debida tutela jurisdiccional efectiva, conforme a lo establecido en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y que en nuestro ordenamiento legal se cuente con la tutela cautelar.

La situación planteada se desarrolló a manera de ilustración, para que nos permita entender el tema. El presente artículo jurídico puede ser revisado por estudiantes de derecho y ciudadanos en general; por consiguiente, en el presente análisis se requiere conceptualizar, en primer orden, qué se entiende por derechos subjetivos, los que se definen como

los derechos, facultades y potestades jurídicas inherentes de las personas por razón de la naturaleza. Contrato y otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a persona para que dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estimen más conveniente para satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de interés que merecen la tutela del derecho. (Wikipedia, s. f.)

De ahí que podemos señalar que estos derechos son las facultades y potestades jurídicas que corresponden intrínsecamente a las personas por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus necesidades e intereses

en el ejercicio de su derecho de libertad. A partir de esta concepción jurídica sobre los derechos subjetivos de las personas, corresponde, en caso de vulnerarse o afectarse, exigirlos ante el sistema judicial para garantizar la eficacia de los mismos a través de los mecanismos procesales y jurídicos. De esa manera se protege, eficazmente, a través de la tutela cautelar. Asimismo, no es que esta institución procesal tenga otro objetivo, como hacer prevalecer la función jurisdiccional del Estado, entendida como el poder del Estado, sino que, al haberse reconocido tales derechos a las personas en el sistema constitucional y jurídico, estos se tornen eficaces en su ejercicio y no sufran daños irreparables. El Estado debe brindar todos los mecanismos jurídicos y técnicos para garantizar que la administración judicial opere con eficacia y se logre tal finalidad con la tutela cautelar de los derechos subjetivos, como señala la doctora Ariano (2021): «la instauración de Estados democráticos constitucionales basado en el reconocimiento y defensa de los derechos y de la dignidad del ser humano [...] nadie debería poder sostener seriamente que la Tutela cautelar tenga por finalidad salvaguardar el “imperium iudicis”» (p. 8).

En este sentido, el Estado no tiene que otorgarlos o reconocerlos en cada caso concreto, por cuanto originaría que quede a su libre albedrío o potestad, lo cual sería absurdo en la actualidad, sino que estos derechos pertenecen de manera inherente a las personas en una situación o relación jurídica determinada y corresponde, en caso de vulnerarse, afectarse o ser amenazados los derechos e intereses subjetivos, exigirlos ante el sistema judicial para que se garantice su eficacia. A través de los mecanismos procesales y jurídicos se cuenta con la institución procesal de la tutela cautelar, y no es que esta institución sea para resaltar o hacer prevalecer el poder del Estado.

Consideramos que en los Estados democráticos constitucionales no se podría sostener jurídicamente la tesis de que la tutela cautelar tenga por finalidad salvaguardar el poder del Estado para defender los derechos subjetivos, es decir, «pensar que lo que se busca es garantizar la eficacia del buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre, de un poder del Estado, como es el Poder Judicial» (Calamandrei, 1936). De manera que no corresponde considerar que la finalidad de la tutela cautelar

es salvaguardar y garantizar el *imperium iudicis*. Evidentemente, es obligación del Estado de derecho brindar todos los mecanismos jurídicos y técnicos para garantizar que la administración judicial opere con eficacia, lo que también se lograría por medio de la tutela cautelar de los derechos subjetivos. La posición según la cual la tutela cautelar busca garantizar la eficacia del poder soberano del Estado se encuentra desfasada en la actualidad, como señala Ariano (2021): «tiene pensamiento que pudo sostenerse como acorde a los criterios y posiciones de una época, en la actualidad bajo un régimen y ordenamiento constitucional no resulta admisible». Así, esta posición no es compatible actualmente en un Estado democrático constitucional.

Por consiguiente, asumir la primera posición, referida a que la tutela cautelar garantiza la eficacia de los derechos subjetivos, encuadra pacíficamente en un Estado democrático, como sostiene la Corte Internacional de Derechos Humanos:

La segunda obligación de los Estados Parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el apartado gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de los derechos humanos. [...] además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso la repartición de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (Crispín, 2021, p. 79)

Las responsabilidades del Estado frente a la inacción de adoptar las acciones y medidas para garantizar el efectivo ejercicio y goce de los derechos genera recomendaciones y sanciones. Los Estados asumen las consecuencias de las acciones u omisiones de sus autoridades que incurren en el quebramiento de sus compromisos internacionales; por consiguiente, el Estado está obligado a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas, como también señala Crispín (2021):

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio a de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una consulta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (p. 79)

Garantizar la eficacia del ejercicio pleno de los derechos con las medidas preventivas cautelares de inmediato no es demostración del poder del Estado, de la función jurisdiccional, sino de la protección y garantía efectiva de aquello que se dirá sobre los derechos subjetivos de las personas, más aún si la justicia es el medio por el cual se brinda los mecanismos para lograr justamente la efectividad de los derechos subjetivos, con lo cual el Estado cumple el rol en democracia que la persona espera del sistema, es decir, que garantice sus derechos.

Entiéndase que a través de la tutela cautelar se puede lograr ese medio en el marco del proceso judicial, solo si se dan las condiciones. Es decir, para que existan garantías en un proceso y se logre una efectiva atención en el sistema de justicia, se observan todos los requisitos para asegurar la adecuada defensa a las personas cuyos derechos, obligaciones e intereses se encuentren en el ámbito judicial, para plasmar en los hechos la función aseguradora de la efectividad de la tutela cautelar. Si un Estado brinda todos mecanismos jurídicos y técnicos para garantizar que la administración judicial opere con eficacia para garantizar los derechos subjetivos, la tutela cautelar es la institución que cumple de manera eficaz tal fin. De ahí que los derechos subjetivos de las personas no se otorgan por decisiones individuales por soberanía del Estado, sino que surgen, como señala Crispín (2021): «La existencia de una norma jurídica que subyace en nuestro ordenamiento legal, que puede ser una ley o un negocio jurídico, o contrato».

De esa forma, se asume que mediante la tutela cautelar se garantiza la eficacia de los derechos subjetivos y su real cumplimiento, esto es, su eficacia absoluta. Además, consideramos que en la actualidad no resulta aceptable que con la institución de la tutela cautelar se busque garantizar la eficacia de la soberanía de poder del Estado, como señalaba Calamandrei (1945):

salvaguardar el *imperium iudicis*, o sea la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa a llegar siempre demasiado tarde.

Lo anterior traería consecuencias en los procesos judiciales, donde el Estado, a través de los órganos y las instituciones que lo conforman, participa como parte en el proceso al vulnerar y desacatar el derecho-principio fundamental y base de todo nuestro sistema, que señala que el fin supremo de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana.

### 3. CONCLUSIONES

1. En nuestro sistema jurídico, la tutela cautelar tiene como fundamento garantizar la eficacia de los derechos subjetivos de la persona; de tener otra concepción, como considerar que la tutela cautelar sirve para garantizar la eficacia del poder de la soberanía del Estado, perdería su finalidad. Se sobrepone por encima de los derechos subjetivos de las personas, lo que afecta la garantía de la eficacia de la tutela cautelar, al vulnerar el derecho-principio fundamental y la base de todo nuestro sistema constitucional y jurídico, que establece que la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.
2. La garantía de la eficacia de los derechos subjetivos, a través de la institución de la tutela cautelar, requiere, para el efectivo ejercicio y goce pleno de los mismos, que el Estado democrático —como una obligación propia de sus competencias— realice acciones legales que eviten daños irreparables en los derechos subjetivos de las personas, de manera que se pueda lograr estructurar las instituciones del Estado y potenciar la institución de la tutela cautelar, con el fundamento de que siempre se garantice la eficacia de los derechos subjetivos de las personas.

## REFERENCIAS

- Ariano, E. (2021). *Instituciones de la Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil*. Instituto Pacífico.
- Ariano, E. (s. f.). *La Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil*. Pacífico Editores.
- Calamandrei, P. (1936). *Introduzione all studio dei provvedimenti cautelari*. Editorial Pacífico.
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Crispín, A. (Coord.). (2021). *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Gaceta Jurídica.
- Landa, C. (s. f.). Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gaceta Jurídica.
- Wikipedia. (s. f.). *Derecho subjetivo*. [https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_subjetivo](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_subjetivo)