

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**DESNATURALIZACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL
FONDO: AUSENCIA DE PROTECCIÓN PROCESAL Y SU
AFECTACIÓN AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

KEMI CUBAS WONG

ASESOR

SHEILA MARIA VILELA CHINCHAY

<https://orcid.org/0000-0001-5302-7715>

Chiclayo, 2021

**DESNATURALIZACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR
SOBRE EL FONDO: AUSENCIA DE PROTECCIÓN
PROCESAL Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO A UN
DEBIDO PROCESO**

PRESENTADA POR:

KEMI CUBAS WONG

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Edilberto José Rodríguez Tanta

PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Vélez

SECRETARIO

Sheila Maria Vilela Chinchay

VOCAL

Dedicatoria

A Dios, que es mi eje fundamental en esta vida, pues siempre me ha bendecido con su amor y fortaleza, para seguir adelante.

A mis padres, Doris y Andrés, por su amor y apoyo incondicional.

A mis hijas Ivana y María Rafaela por darme la fuerza para seguir adelante; y a ustedes Manuela, Luz e Iván por los consejos brindados, por seguir a mi lado, y por el ejemplo dado de ser cada día mejor.

Agradecimientos

El desempeño de este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda, conocimiento y palabras acertadas de mi guía y asesora de tesis Dra. Sheila María Vilela Chinchay, porque bajo su dirección se logró culminar la meta trazada.

Índice

Resumen.....	9
Abstract	10
Introducción	11
CAPÍTULO I:	15
TEORÍA CAUTELAR: INSTITUCIONES Y MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL FONDO	15
1.1.- Tutela Cautelar.....	16
1.2.- Medidas Cautelares – Naturaleza Jurídica.....	19
1.2.1. Definición	19
1.2.2. Finalidad	23
1.2.3. Presupuestos.....	24
a) Verosimilitud del derecho.....	26
b) Peligro en la demora	28
c) Contracautela	31
1. Concepto	31
2. Clases.....	33
Contracautela real:.....	34
Contracautela personal:.....	34
3. Criterios para fijarla.....	35
4. Ejecución de la contracautela	37
1.2.4. Requisitos de la solicitud cautelar.....	40
1.2.5. Características de las medidas cautelares.....	45
a. Instrumentalidad	45
b. Provisionalidad.....	47
a) Por Cambio de las circunstancias.....	48
Rebus sic stantibus.....	48
Sentencia desestimatoria.....	49
b) Por la finalización o duración del proceso	50
I. Sentencia estimatoria.....	50

II. Plazo legal de la medida	51
c) Por estar la cautelar sujeta legalmente a un plazo determinado de vigencia	53
d) Por Incumplimiento de cargas	53
I. Medidas fuera del proceso.....	53
II. Por decaimiento de la contracautela	54
e) Por extinción del proceso con anterioridad a la sentencia definitiva.....	55
c. Variabilidad.....	55
d. No Cosa juzgada	58
1.2.6. Procedencia e improcedencia.....	61
Excepciones.....	61
1.2.7. Modalidades de adopción de las medidas cautelares	62
a) Iniciativa	62
b) Oportunidades Genéricas y Específicas	63
1.2.8. Clases de medidas cautelares	65
1.3 Tutela anticipatoria	67
1.3.1.- Delimitación y Naturaleza Jurídica.....	67
1.3.2.- Medidas Temporales Sobre el Fondo	70
a) Elementos para su procedencia	71
b) Clases	74
1.- Asignación anticipada de alimentos	76
2.- Asuntos de familia e interés de menor	78
3.- Administración de bienes.....	80
4.- Desalojo y despojo	82
1.4 Proceso Cautelar	86
1.4.1.- Autonomía	87
1.4.2.- Características de proceso.....	89
a) Sumariedad	89
b) Reserva.....	90
c) Funcionalidad	94

d) No tienen incidencia directa sobre la relación procesal principal	95
e) Son de ejecutabilidad inmediata.....	95
CAPÍTULO II:	98
TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO	98
2.1.- TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	99
2.1.1.- Cuestión terminológica	99
2.1.2.- Definición de tutela jurisdiccional efectiva	104
2.1.3.- La tutela jurisdiccional efectiva y su relación con el debido proceso	109
2.2.- Características del derecho a la tutela jurisdiccional.....	112
2.2.1 Es un derecho fundamental	112
2.2.2.- Es un derecho público	113
2.2.3.- Es un derecho subjetivo	113
2.2.4.- Es un derecho abstracto y de configuración legal	113
2.2.5.- Es un derecho de contenido material y no puramente nominal	115
2.3.- El derecho a la tutela jurisdiccional en el curso del proceso (Debido Proceso o proceso justo)	116
2.3.1.- Debido Proceso- Definición.....	116
2.3.2.- Dimensiones del debido proceso	120
2.3.3- Elementos que conforman el debido proceso y derechos vulnerados según la hipótesis planteada	121
a) Intervención de un juez responsable	124
b) Derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, razonable y congruente	127
2.4.- Desarrollo de la hipótesis.....	129
a) Fundamentación y consecuencias	131
b) Excepción al límite de la apreciación de oficio, y propuesta de norma.....	132
Conclusiones	137
Bibliografía	139

Tabla de abreviaturas

T.C.: Tribunal Constitucional

C.P.: Constitución Política

C.C.: Código Civil

C.P.C.: Código Procesal Civil

Resumen

Esta tesis aborda el asunto de la desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo y la afectación al derecho a un debido proceso; pues una medida cautelar sobre el fondo, que deja de lado su naturaleza reversible y temporal, puede conllevar a que los efectos de lo otorgado sean de difícil reversión y en su caso afectar al proceso principal. Creando una situación jurídica, que vulneraría las garantías procesales que conforman el derecho a un debido proceso. Por ello, ante el supuesto se tiene como objetivo el establecer un mecanismo de protección procesal, distinto a la oposición, que actúe de manera inmediata para el supuesto de la desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo. Brindando la posibilidad, que, ante la falta de oposición por parte del demandado, se pueda de oficio dejar sin efecto la resolución cautelar que contiene la medida cautelar sobre el fondo desnaturalizada.

Palabras clave: Medida cautelar sobre el fondo, naturaleza jurídica de la medida cautelar, debido proceso

Abstract

This thesis addresses the issue of the denaturalization of the provisional measure about the background and the effect on the right to due process; as a provisional measure about the background, which sets aside its reversible and temporary nature, may lead to the effects of the grant being difficult to revert and, where appropriate, affect the main process, creating a legal situation that would violate the procedural guarantees that make up the right to due process. Therefore, in the event of this assumption, the objective is to establish a procedural protection mechanism, different from the opposition, which acts immediately in the event of the denaturalization of the provisional measure on the background, providing the possibility that in the absence of opposition from the defendant, the provisional resolution containing the provisional measure on the denatured fund may be annulled ex officio.

Keywords: Provisional measure on the background, legal nature of the Provisional measure, due process.

Introducción

Cuando a nivel jurídico se habla acerca de las medidas cautelares, lo primero que llega a nuestra mente son los términos protección y proceso, y es que esta institución jurídica por su naturaleza permite asegurarle al demandante que la duración del proceso no convertirá en improbable la realización del fallo definitivo y con ello el derecho mismo.

De hecho, esta institución jurídica puede adoptar una forma de actuación distinta, diferente, no ya asegurando la eficiencia de la sentencia a imponerse (a través de la protección de bienes o situaciones), sino actuando directamente, esto es, satisfaciendo de forma anticipada la pretensión principal, no obstante, conforme a lo resuelto en el proceso principal.

Sin embargo, lo grave es que quienes están facultados a proporcionar esta clase de tutela anticipatoria, pueden llegar a desconocer su finalidad, caracteres y limitaciones; y por extensión llegar a desnaturalizarla.

Es por ejemplo lo que sucedió en el caso Javier Ríos Castillo, quien después de haber renunciado ante el Congreso de la República, a su plaza como magistrado del Tribunal Constitucional; el Juez dispuso, previa solicitud cautelar, que en vía cautelar sobre el fondo, el Congreso de la República limite su proceso de convocatoria y selección de candidatos al Tribunal Constitucional a una sola plaza (y no a dos) y que (ni más ni menos) el propio Congreso de la República emita la Resolución Legislativa de nombramiento del Señor Ríos Castillo como magistrado

del Tribunal Constitucional disponiendo igualmente, que, tras su publicación en El Peruano, el Presidente del TC proceda a tomarle juramento en el cargo de inmediato.

“Acatándose de esta manera la validez, vigencia y eficacia plena de su designación como magistrado del Tribunal Constitucional”¹.

Medida concedida por el Juez, que paso este límite de los efectos irreversibles (o de difícil reversión), en la parte que dispuso que el Congreso de la República culminara con el procedimiento de designación del Sr. Ríos Castillo como magistrado del Tribunal Constitucional y que este asumiera (con el juramento respectivo ante el TC) de inmediato sus funciones². Y esto porque el Juez debió tener en cuenta que la resolución de concesión de tutela cautelar no puede tener efectos irreversibles (o de difícil reversión), pues ella es por definición siempre provisional. Pues una medida cautelar por definición no es fin en sí misma, sino que es un instrumento para asegurar la efectividad de la decisión final. De ahí, que la Resolución luego de unos días, fuera dejada sin efecto.

Ahora bien, lo sorprendente de todo esto no sólo radica en lo expuesto, sino en la forma cómo el Juez que decretó la medida solucionó el problema; en tanto que, sin existir oposición por la parte afectada, ni modificación de los presupuestos cautelares, el juez deja sin efecto su propia resolución cautelar; respaldándose, principalmente, en el principio de prevención de consecuencias, principio que además vendría a ser de carácter exclusivo de la jurisdicción constitucional.

Cuando, “ello simplemente no puede ser realizado por ningún juez, ni “ordinario” ni “constitucional”, por más erradas, inoportunas o públicamente cuestionables que resulten ser sus decisiones”; demostrando con esta nueva resolución la “fantasía” de su redactor para hacer pasar una “autorevocación” (prohibida por el

¹ Cfr. ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Reflexiones a la luz de lo sucedido en el caso “Ríos Castillo”*. En: Enfoque Derecho, 20 de febrero de 2010. (ubicado el 15 de IV. 2015). Obtenido en: [http://enfoquederecho.com/reflexiones-a-la-luz-de-lo-sucedido-en-el-caso- /](http://enfoquederecho.com/reflexiones-a-la-luz-de-lo-sucedido-en-el-caso-/)

² No así en la parte que dispuso que el Congreso de la República limitara su proceso de convocatoria y selección de candidatos al Tribunal Constitucional a una sola plaza (y no a dos), pues con ello se estaría asegurando que de estimarse la demanda de fondo el ganador podría asumir efectivamente sus funciones. En este último aspecto me parece que nos movemos en el estricto campo de lo cautelar. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. “No hay ningún obstáculo para suspender, en vía cautelar, el procedimiento para la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica. Información especializada para Abogados y Jueces*, Tomo N° 196, Marzo, 2010, p. 16.

artículo 406 del CPC.) por una que la deja en statu quo (no prevista en ningún lado)³.

En base a estas consideraciones cabe preguntarse lo siguiente: qué sucedería si se diera el supuesto de que en sede civil un Juez decreta una medida cautelar sobre el fondo desconociendo el carácter temporal y de fácil reversión de la misma; cuál sería el mecanismo de protección procesal adecuado para el demandado (como parte afectada), si al igual que en el caso señalado líneas arriba, no ha existido oposición. Más aún si se tiene en cuenta que la oposición (como remedio) es sin efecto suspendido.

Hecho o situación jurídica que a su vez acarrearía una grave afectación del derecho que tiene el demandado, a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva; bajo las garantías de un Juez responsable.

Es por ello que frente a esta problemática, se tiene como objetivos el analizar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en su aspecto genérico, para llegar a la naturaleza de las medidas cautelares sobre el fondo, explicar las instituciones jurídicas de la medida cautelar, analizar la cosa juzgada en correspondencia a las medidas cautelares, y precisar las notas características de la medida sobre el fondo y del debido proceso, para luego llegar a relacionarlas con la desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo.

Llegando a formular como hipótesis lo siguiente: conceder al Juez que dictó la medida cautelar sobre el fondo, sin tener en cuenta sus limitaciones, naturaleza y condiciones; la posibilidad de declarar de oficio, o a pedido de parte, la nulidad del auto que concede la cautelar; basados en la potestad nulificante del juzgador (parte *in fine* del art. 176° del CPC); reponiendo el proceso al tiempo antes de la emisión del auto que otorga la cautelar, dictando la disposición que corresponda. No obstante, basados en la excepción de la audiencia previa a las partes.

Propuesta que tiene como propósito el evitar que los límites de la tutela cautelar se superen, y que a su vez ello conlleve a la vulneración de derechos.

³Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. “No hay ningún obstáculo para suspender, en vía cautelar, el procedimiento para la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional”, Ob. Cit., p. 16.

Entre tanto, esta tesis responde a un método de estudio de tipo explorativo-explicativo, estableciendo relaciones teórico-doctrinarias, sobre las variables, para luego formular respuestas que permitan explicar y dar solución al problema. Estructurándose a su vez en dos capítulos, cuya temática está en función de la siguiente unidad de análisis: el Capítulo I está dedicado al estudio de la institución de la medida cautelar, de forma general, y la medida sobre el fondo de manera particular; y el Capítulo II comprende el estudio de la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso en relación a los derechos vulnerados a consecuencia de la desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo, además de desarrollar la explicación de la hipótesis de la tesis y las conclusiones finales.

Esperamos entonces que esta investigación pueda contribuir a la reflexión sobre el tema, y, más aún a que en la comunidad jurídica, se evalué lo propuesto, en tanto lo que se busca es fortalecer una política procesal y judicial preventiva, preocupada en evitar daños más que en resarcirlos.

La Autora.

CAPÍTULO I:

TEORÍA CAUTELAR: INSTITUCIONES Y MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL FONDO

El artículo I del Título Preliminar del C.P.C. Peruano fija que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de sus derechos o intereses, bajo la observancia de un debido proceso. No obstante, el reconocimiento judicial del derecho y su posterior ejecución, “exigen por lo general un tiempo más o menos prolongado, según la mayor o menor complejidad de las cuestiones que pudiesen encontrarse involucradas en la *litis*; más aún cuando se repara en que para ello se busca alcanzar, un delicado equilibrio entre la celeridad en la composición judicial de los conflictos y la seguridad jurídica, que impone, entre otras cosas, un debate exhaustivo de la relación jurídica”⁴.

Sin embargo, en la medida que ello acontece, la situación de hecho que justificaba la intervención del órgano jurisdiccional en la tutela del derecho demandado, puede modificarse, hasta el punto que puede llegar a disiparse la pretensión material deducida, antes que sea satisfecha, tornando en un imposible la efectividad del derecho exigido.

Es así que, para impedir el fracaso de la actividad jurisdiccional, es hacedero que quien la ejercita, opere de una forma que denominamos “asegurativa”, para distinguirla de otra que llamamos “dirimente”. “La primera es la que apunta, no a resolver definitivamente el conflicto, como ocurre en la segunda, sino a generar situaciones en virtud de las cuales cuando se concrete y culmine la función dirimente, tenga esta real efectividad”⁵. Lograr tal propósito hace a la esencia de las medidas cautelares, que precisamente tienen por finalidad asegurar el resultado práctico del pronunciamiento.

1.1.- Tutela Cautelar

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional⁶, como deber del Estado, para garantizar la efectividad de las tutelas jurisdiccionales de

⁴Cfr. KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 13.

⁵Cfr. RIVAS, Armando. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*, Lima, Jurista Editores, 2005, p.24.

⁶ “Pues según la Teoría trinaría, son tres las modalidades tradicionales de tutela jurisdiccional: de conocimiento, de ejecución y cautelar; según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia”. Cfr. SOUZA XAVIER, Sergio. *Consideraciones sobre la tutela jurisdiccional diferenciada* (ubicado el

cognición y ejecutiva⁷, asegurando anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas. “Esto, a consecuencia de la natural y hasta diríamos inevitable lentitud de los procedimientos judiciales, que pueden aparejar cierto riesgo de que la composición del conflicto resulte tardía (con una sentencia que quizás aparezca como intrínsecamente justa pero paradójicamente ineficaz) tornando así en ilusorio o ineficaces las resoluciones judiciales nominalmente destinadas a restablecer la observancia del derecho”⁸.

De ahí que se afirme que “el fundamento indiscutible de la tutela cautelar es la constatación de un peligro, de un daño jurídico, derivado del propio retraso en la administración de justicia”⁹. Es que “en un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares”¹⁰.

Por ello “la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”¹¹, “desempeñando así una función de protección del derecho materia de controversia, al garantizar su permanencia, o al resolver su

27.IV.2013). Obtenido en <http://jus.com.br/artigos/5523/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdiccional-diferenciada#ixzz32HIZt3g3>

⁷ Estas precisiones están contenidas en: PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010, p.357. (ubicado el 23. X 2013). Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1480/perez_rc.pdf?sequence=1

⁸ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas cautelares*, Ob. Cit., p. 14.

⁹ Cfr. ANGELES JOVE, María. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1995, p. 139.

¹⁰ KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas cautelares*, Ob. Cit., p. 19.

¹¹ “Así, pues la función de las providencias cautelares 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”. Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima, ARA Editores, 2005, p. 79.

ejecución anticipada, en procura de evitar un daño irreparable”¹². Por eso se sostiene que las “providencias cautelares representan una conciliación entre, las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde”¹³, en vista de ello, se manifiesta que, las medidas cautelares buscan, principalmente, hacerlas rápido dejando que el conflicto de fondo, vale decir, la justicia e imparcialidad intrínseca del proceso, se solucione con posterioridad, con la necesaria valoración fáctica y jurídica que requiere el proceso principal¹⁴.

Ahora bien, “si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial, que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, en efecto, son de una manera inevitable un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, y a su vez, un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento”¹⁵.

Por otro lado, corresponde tener en cuenta que “el contenido de la tutela cautelar es variable, al adecuarse caso por caso al diverso contenido de la pretensión definitiva. Este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que esta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía”¹⁶.

Se puede establecer, válidamente entonces que la tutela cautelar se encuentra sirviendo a la ulterior tutela jurisdiccional, lo que la convierte, en el principal instrumento procesal, que permite al demandante del proceso principal el

¹²Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El embargo y otras medidas cautelares. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica forense*. 3era edición, Lima, Ed. San Marcos, 2002, p 18.

¹³ CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p.43.

¹⁴ Dejando de esta manera que el proceso se desarrolle con tranquilidad, en tanto ya han sido asegurados, anticipadamente, los medios idóneos para la eficacia de la sentencia a dictarse.

¹⁵ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p 45.

¹⁶ *Ibíd.*, p 79.

asegurar provisionalmente la eficacia de un futuro fallo jurisdiccional, contribuyendo a su vez asegurar el eficaz desempeño de la justicia.

Por otra parte, respecto a la configuración constitucional de la tutela cautelar, el Tribunal Constitucional ha declarado que “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.º inciso 3), de la Constitución”¹⁷ (las cursivas son nuestras). Por esta razón, cualquier limitación o afectación al derecho a la tutela cautelar, representaría a su vez la afectación del derecho al debido proceso.

Asimismo, el T.C., instituye “que la función de las medidas cautelares está orientada, en su carácter instrumental, a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos, pues existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho”¹⁸.

1.2.- Medidas Cautelares – Naturaleza Jurídica

1.2.1. Definición

Se ha optado por esbozar una definición de las medidas cautelares, que de manera concreta determine la comprensión de esta institución jurídica; así asumimos que las medidas cautelares pueden ser definidas como “una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto su función aseguradora servirá a la realización o materialización del derecho cuya

¹⁷ STC del 27 de octubre de 2006. {Expediente número 0023-2005-PI/TC}. [ubicado el 16 X. 2012]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

¹⁸ *Ibid.*, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

observancia o ejecución se ordena en el proceso principal”¹⁹, evitando o reduciendo situaciones o conductas que pongan en peligro la eficacia y ejecución de la sentencia futura²⁰; “anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado, y peligro en que la demora en la sustanciación de la *litis* traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho”²¹, pudiendo ser adoptadas antes de deducida la demanda o después de ella, a petición de parte o excepcionalmente de oficio²².

Es por definiciones como estas que, al hablar sobre la naturaleza de la institución cautelar, desde un enfoque doctrinario, se señala “que aquella está referida a la aspiración de prevenir los daños que la duración del proceso acarrea”. De esta manera, se afirma que cuando se habla de medidas cautelares, se señala que estas son de neta raigambre procesal²³, “como quiera que hayan tenido su origen y han sido estructuradas sólo con vista de la contienda judicial del proceso”²⁴.

Añadiéndose, además, sobre su naturaleza, que “la actuación preventiva, como manifestación de una forma de garantía subsidiaria, y por lo tanto sujeta al ejercicio de una acción principal, *no puede dar lugar* a un proceso dotado de una propia y constante estructura particular que permita considerarlo como tipo

¹⁹HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p.15.

²⁰Cfr. ROY PEREZ, Cristina. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 2007, p. 7.

²¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p.15.

²²Cfr. TITO PUCA, Yolanda. “La tutela cautelar en el proceso constitucional de amparo” en *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre, 2010, p. 24.

²³ “De ahí que se diga que las medidas cautelares son jurisdiccionales, en virtud a que su despacho o concesión está reservada a la decisión de una autoridad judicial. Sin embargo, esta característica en nuestro medio no es absoluta, es decir que la facultad de dictar medidas cautelares no sólo está reservada como exclusiva para el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que más bien el legislador ha ampliado en horizonte de éstas y le ha brindado la posibilidad para que algunos organismos y/o autoridades administrativas tengan también la posibilidad de dictarlas. Por ejemplo, INDECOPI, éste tiene facultades para dictar medidas cautelares en asuntos vinculados a la protección del Derecho de Autor, del consumidor y para reprimir la competencia desleal. Para la protección de la Propiedad industrial. También están permitidas las medidas cautelares en el derecho tributario, por ejemplo, para Ejecutores Coactivos en cobranzas de deuda tributaria y otras. Asimismo, en el procedimiento administrativo general se pueden dictar medidas cautelares”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Lima, Palestra, 2006, p. 193.

²⁴GONZÁLEZ, Pedro, citado por HINOSTROZA, Ob. Cit., p. 15.

especial”²⁵. Determinación de su naturaleza que resulta un punto de partida indispensable para comprender su objetivo, y, en virtud de ello, emplearlas de modo apropiado.

Ahora bien, sobre la denominación en sí de las medidas cautelares, señalan uniformemente algunos autores, entre ellos Ramiro Podetti, que el sustantivo “medidas”, resulta plenamente justificado²⁶, pues si bien significa “decisión”, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, por cuanto indica que algo se cumple. Así, “Tomar medidas” para reparar o solucionar una dificultad no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución. A tal vocablo, y para indicar su naturaleza, se le agregan diversos adjetivos calificativos o voces que predicen algo sobre ellas, tales como precautorias, urgentes, provisionales o cautelares, prefiriendo ésta última en la medida que significa “prevenir”, “precaer”²⁷, toda vez que su finalidad consiste en prevenir o evitar daños (*periculum*, peligro, riesgo)²⁸.

Por su lado, la Convención Interamericana establece en el artículo 1° *referente al cumplimiento de las medidas cautelares*: “que para los efectos de esta Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” *se consideran equivalentes* cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial y procesos penales (en cuanto a la reparación civil)”²⁹.

²⁵ Cfr. PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*, Lima, Grijley, 2005, p. 163.

²⁶ Postura también asumida por Calamandrei, cuando señala “que la calificación de “cautelares” (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a toda la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza”. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p.48.

²⁷ Citado por PONCE, Carlos. “Ejecución procesal forzada, juicio ejecutivo, medidas cautelares” en *Estudio de los procesos civiles*. Tomo 3, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1998, p. 232.

²⁸ Cfr. NOVELLINO, Norberto. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, 5ta Ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, p.8.

²⁹ *Convención Interamericana sobre el cumplimiento de las medidas cautelares* firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Derecho procesal internacional. Convenciones interamericanas suscritas y no ratificadas por Venezuela. (ubicado el 15. IV 2013). Obtenido en <http://aciempol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-2100/A-30.pdf>

Particularmente, dentro de nuestra esfera legal la aludida institución jurídica cautelar se encuentra bajo la denominación de “Medidas Cautelares”³⁰, denominación impuesta por J. Ramiro Podetti, designación que nos parece acertada (a causa de la explicación ya antes expuesta). Calificación situada en la Sección Quinta del Código Procesal Civil (procesos contenciosos), a los que dedica el Título IV; cubriendo en nuestro vigente ordenamiento legal un amplio tratamiento legislativo a diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles³¹, implicando el aseguramiento de los intereses privados de los justiciables y, sustancialmente, el interés público del mantenimiento de la paz social, a través de importantes medidas que el órgano jurisdiccional adopta, como derecho-deber del Estado³², incluso de oficio, cuando las circunstancias lo requieran.

De esta manera las medidas cautelares, cumplen una función de protección y aseguramiento procesal, con carácter instrumental y provisional, sobre bienes o situaciones, para amparar la eficacia de la sentencia estimatoria a expedirse en el proceso principal que tutela el órgano jurisdiccional. Permitiendo que el tiempo que tome el desarrollo del proceso, y los acontecimientos que en este vayan a darse, no acarreen la inejecutabilidad de la sentencia o su cumplimiento incompleto o insuficiente.

³⁰Es de hacer notar que la primera disposición derogatoria establece que las normas del Código de Procedimientos Civiles, de vigencia anterior al Código Procesal Civil, quedaron sin vigencia, pero en cuanto fueran incompatibles con este Código.

³¹ “Es preciso destacar que el actual Código Procesal Civil Peruano representó un gran avance en la materia, ya que el anterior Código de Procedimientos Civiles, vigente desde 1912, solamente contenía un título referente al embargo preventivo (es decir a una de las tantas medidas cautelares posibles) cuando se trataba de créditos dinerarios. Por ello se dice que, con relación al código anterior, existía un precario tratamiento legislativo, jurisdiccional y doctrinario que, pese a su trascendencia, se concedía a las medidas cautelares”. Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 27.

³² Cfr. PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. Cit., p. 6.

1.2.2. Finalidad

A simple vista se podría mostrar que la finalidad de las medidas cautelares es “garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”. Pues así lo expresa el último párrafo del artículo 608° del C.P.C.: “*Juez competente, oportunidad y finalidad: (...)*”

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”; Y, más aún porque el artículo 611° del mismo cuerpo normativo lo reafirma, al señalar: “El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la forma que considere conveniente...”.

En la misma línea se ha pronunciado Monroy, al advertir “que la finalidad de dicho instituto se encuentra íntimamente ligada al valor eficacia en el proceso civil. En tanto que aquél permite asegurar, que la duración del proceso no convierta en ilusorio el cumplimiento del fallo definitivo”³³.

Pero, en todo caso enseña Hinostroza, “también se garantiza al solicitante de la misma que, no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo”³⁴.

Cumpliendo así una doble finalidad: asegurativa y subsidiaria, lo primero en tanto están dirigidas a asegurar y garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia principal, para que la justicia no sea burlada, haciendo posible su cumplimiento evitando se afecten los derechos de quienes recurren al órgano jurisdiccional; y lo segundo (subsidiaria) en tanto aparecen como una tercera actividad (junto a la cognición y a la ejecución) con la que la jurisdicción desempeña sus funciones principales³⁵.

³³ Cfr. MOROY GALVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Lima, Ediciones Librería Studium, 1987, p.16.

³⁴ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 19.

³⁵ Al respecto PIERO CALAMANDREI, precisa que “la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución. División tripartita, señala el autor, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar (conservación), como forma autónoma de tutela”. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 34.

Empero, “la tutela cautelar no solo tiene como finalidad asegurar el resultado del proceso, sino que tiende, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia, o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional”³⁶. Pues como bien lo indica Monroy “resulta del principio general previsto en el artículo III del Título Preliminar del C.P.C., que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, y a ese fin están apuntadas también las medidas cautelares”³⁷. Lo cual no es sino una consecuencia directa de la finalidad concreta del proceso.

En fin, a nuestro entender podríamos desdoblar dos tipos de finalidades que resultan paralelas en un proceso cautelar, a saber, las concretas y las abstractas:

- a) Concretas: Dentro de las finalidades concretas encontramos, por un lado, a la operatividad de la jurisdicción (pues se busca asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado); y, por otro lado, el resguardo del derecho del accionante (frente a una contienda judicial). Finalidades que a su vez aseguran los valores de “eficacia” y “justicia”;
- b) Abstractas; Aquí encontramos la conservación del orden y la tranquilidad pública.

1.2.3. Presupuestos

Las medidas cautelares exigen la presencia de presupuestos para ser decretadas; “los cuales, pueden dividirse en presupuestos de procedencia y de efectivización; los primeros configuran situaciones básicas cuya existencia es imprescindible para que los pedidos puedan ser concedidos, mientras que el último es considerado como presupuesto de efectivización porque una vez dispuesto por

³⁶Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución cautelar*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p.9.

³⁷Cfr. MONROY GÁLVEZ. *Teoría general del proceso*, 3era Edición, Lima, Ed. Communitas, 2009, p. 32.

decisión judicial, aparece la necesidad de que se produzca o concrete el presupuesto (contracautela), pero a través de la efectivización o traba material”³⁸.

“Los presupuestos en cuestión son tres: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora y c) la contracautela. Particularidades que, en su conjunto, determinarán el acogimiento o rechazo de la medida cautelar”³⁹.

Sin embargo, es preciso indicar que a nivel doctrinario se reconoce otro requisito, llamado adecuación, consistente en “que, el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, es decir, cuando se repara en la razón de ser de la medida cautelar”⁴⁰. De ello se desprende que “el Juez como director del proceso deba, además, exigir que dicha medida esté premunida de razonabilidad y utilidad para que sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento”⁴¹.

En todo caso, y después de un examen al artículo 611.3 del Código Procesal Civil⁴², se puede ultimar en que la adecuación viene hacer, simultáneamente con la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, un requisito para la concesión de la medida cautelar, pues es precisamente la exigencia de este presupuesto el que hace razonable, congruente y proporcional la medida otorgada. Sin embargo, cabe resaltar que este presupuesto presenta una peculiaridad, que se desglosa de la redacción del mismo artículo 611^o, hablamos de cierta facultad que la ley concede al juez, que le permite al momento de resolver el otorgamiento de la medida cautelar, la posibilidad de salvar la insuficiencia de este presupuesto, pudiendo aquel adecuar o modificar lo solicitado, con el propósito de dar por cumplido el presupuesto.

³⁸Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella; ALFARO VALVERDE, Luis y otros. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p.30.

³⁹Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p.39.

⁴⁰Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*, Lima, Gaceta jurídica, 2012, p. 105.

⁴¹ Cfr. Resolución emitida por el Primer Juzgado Mixto de Motupe, expediente 00087-2012, de fecha 20 de julio del 2012.

⁴² Artículo que hace referencia a aquellos requisitos que el Juez debe de observar para conceder una medida cautelar, esto es, lo expuesto por el solicitante y la prueba aportada.

a) Verosimilitud del derecho

Para la concesión de una medida cautelar no se necesita de prueba concluyente y plena del derecho demandado, que sólo se concretará en el pronunciamiento definitivo, sino la probabilidad de que el mismo sea real o verdadero. Así, “el juez analiza sólo el grado de apariencia, no de certeza del derecho pretendido; o, como gráficamente se ha dicho, a través de un estudio prudente puede percibir el *fumus bonis iuris*, o humo de buen derecho”⁴³. Y ello es así porque “la verosimilitud del derecho equivale, sino a una incontestable realidad, al menos a la probabilidad de la existencia del derecho en cuestión”⁴⁴.

Para esto “la prueba anexada a los fundamentos expuestos son los referentes a los que acudirá el juez para aproximar la probabilidad del derecho a tutelar y justificar la urgencia que se requiere; pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema”⁴⁵.

Lo cierto es que “por regla general cada medida cautelar en concreto exige la aportación de un principio de prueba documental por escrito”⁴⁶, “suficiente, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Es decir, debe referirse a los sujetos activo y pasivo implicados en la concesión de la medida, y, tener relación con el objeto de la misma y del proceso principal”⁴⁷.

⁴³Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 239.

⁴⁴Cfr. MOROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, p.173.

⁴⁵Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. *Elementos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005, p.481.

⁴⁶ “Bajo la salvedad que en ordenamientos jurídicos extranjeros se decreta que en defecto de justificación documental podrá ofrecerse “otros medios” que pueda proponer el solicitante. LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil- España artículo 728.2)”. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. Los procesos especiales II*, 2da edición, Madrid, Editorial Colex, 2007, p.34. Sin embargo, creemos al respecto que nuestro ordenamiento jurídico no admitiría la posibilidad de que otros medios probatorios, no escritos, puedan ser valorados por el juez, al momento de determinar la concesión de una medida cautelar, ello por razones visibles de urgencia.

⁴⁷Cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. Tomo II, Barcelona, JM Bosch Editor S.A., 1992, p.944.

De esta manera, el examen de la verosimilitud del derecho invocado, se desprenderá de los elementos adjuntados a la solicitud cautelar⁴⁸ “que objetivamente den lugar a inferir, por parte del Tribunal, un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de la pretensión”⁴⁹.

De hecho, la apariencia del derecho, se verá reflejada en los fundamentos de la solicitud cautelar, y en los medios de prueba incorporados al proceso, requisitos que deberán ser lo suficientemente apropiados, para justificar el aseguramiento de un eventual resultado positivo de la demanda instaurada.

No obstante, explica Monroy⁵⁰ “se trata de un requisito cuya evaluación no es posible normarla al detalle, estando sometida a la decisión del juzgador que, para no ser arbitraria, deberá estar expresada en la resolución o en la denegatoria”⁵¹.

Ahora bien, en estos casos, “a diferencia de lo que ocurre cuando se emite un juicio de certeza, la decisión que se adopte no será definitiva, en el sentido que se admitirá el juego del principio *rebús sic stantibus*, de modo tal, que pueda ser modificada la cautelar si cambian las circunstancias que justificaron su dictado”⁵².

Puestas, así las cosas, podremos decir que la verosimilitud del derecho genera en el juez que decidirá el otorgamiento de la cautelar, la convicción de que se declarará el derecho, en sentencia estimatoria, a aquél que peticiona la cautelar. No correspondiendo, en esta evaluación inicial del proceso, el determinar la certeza del derecho alegado, sino solo el evaluar la existencia de un juicio favorable, al solicitante de la medida cautelar; el cual, se verá reflejado, en su momento, en el pronunciamiento final que recaerá en el proceso principal.

Siendo necesario, para obtener el juicio de verosimilitud, la realización de una cognición sumaria de los fundamentos de hecho como de derecho, valoración

⁴⁸Normalmente hablamos de prueba de carácter documental.

⁴⁹Cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. Cit., p. 113.

⁵⁰Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano*, 2da edición, Lima, Palestra, 2004, p 124.

⁵¹De ahí que en el último párrafo del artículo 611 del C.P.C se estipule que “*La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad*”.

⁵²Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 40.

prima facie de la solicitud cautelar, que tendría que estar acompañado del examen preliminar de la consistencia del soporte probatorio, que genere aparentemente evidencia de la verosimilitud.

b) Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Otro de los presupuestos, cuya presencia es necesaria para decretar una medida cautelar es el peligro en la demora o *periculum in mora*, “el cual constituye la base de las medidas cautelares, no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional (inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario) considerada en sí misma, como posible causa de ulterior daño”⁵³.

Ciertamente, “será la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva”⁵⁴.

Esto es, se podría considerar que “la medida cautelar tiende a evitar la producción de un daño marginal significado por la demora que provoca la duración del pleito, pues es el tiempo, en su llano transcurrir, el que hace que los efectos de la sentencia final puedan resultar inútiles o inoperantes”⁵⁵, de ahí que “la lentitud de la justicia se cubra preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial”⁵⁶.

Riesgo, que puede resultar de la duración aún normal del proceso, por la incidencia de situaciones o actos que puedan evitar la efectividad de una

⁵³Cfr. ALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p.42.

⁵⁴ Sin embargo, “en muchos casos el peligro se presume, está ínsito en la situación que deriva del conflicto sin que se necesite acreditar otra cosa que la existencia del conflicto mismo; es lo que ocurre, por ejemplo, en las relaciones de familia, ante la disolución del matrimonio, el fijar régimen de tenencia de hijos, visitas, alimentos, etc”. Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 44.

⁵⁵Cfr. TITO PUCA, Yolanda. Ob. Cit., p. 197.

⁵⁶Cfr. GOZAÍNÍ, Osvaldo. Ob. Cit., p.473.

sentencia estimatoria. Pues, “el fundamento de una decisión cautelar es el riesgo real de que mientras se sustancie el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro una futura ejecución”⁵⁷.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que “la configuración del peligro en la demora, dependerá también del tipo de medida cautelar, así: en el caso de las medidas cautelares de no innovar e innovar, el peligro en la demora consiste en el inminente perjuicio irreparable; mientras que en el caso de las medidas cautelares sobre el fondo, se exige la necesidad impostergable, la misma que en algunos casos se presume de acuerdo al tipo de reclamo formulado, por ejemplo, en las medidas cautelares sobre el fondo en temas de familia, se presume el peligro en la demora por la necesidad que se busca satisfacer: alimentos, administración de patrimonio, etc”⁵⁸. “De ahí que en la cautelar anticipatoria lo fundamental no es el *periculum in mora* sino el *periculum praense* (peligro actual) o *in futuro* (peligro eventual)”⁵⁹.

En sí, “toda medida cautelar se encontrará supeditada a la ocurrencia de un peligro en la demora (*periculum in mora*), esto es, a la circunstancia de que, en caso no se conceda, la cautelar solicitada, provenga un *perjuicio irreparable o un daño inminente* que tornará en tardío el eventual reconocimiento del derecho demandado en el proceso principal. Riesgo o peligro en el cual, además, reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar”⁶⁰.

Ahora bien, es preciso señalar que “no basta que la providencia invocada tenga la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que, a causa de la eminencia del peligro, la providencia solicitada tenga el carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya

⁵⁷Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p.41.

⁵⁸ Cfr. RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares: en el Procesal Civil Peruano*, Trujillo, Editorial Rodhas, 2000, p. 208.

⁵⁹ Sartori. *El Debido Concepto De lo Cautelar*. (ubicado el 15. VIII. 2017). Obtenido en: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>

⁶⁰Cfr. Sartori. *El Debido Concepto De lo Cautelar*. Ob. Cit., p.8.

ocurrido”⁶¹. “No siendo suficiente la simple creencia o aprensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias”⁶². Esto es, el peligro en la demora debe verse reflejado en forma objetiva de los fundamentos y medios ofrecidos, en la solicitud cautelar.

De hecho, “la efectividad del peligro no es una apreciación subjetiva del actor, sino que ha de ser justificada por el solicitante alegando situaciones concretas que amenacen la efectividad del proceso principal, para evitar situaciones irreales y los perjuicios inherentes que se causen al demandado”⁶³. No obstante, “en algunos casos ese peligro se encuentra implícito, tal como sucede con las cautelares asegurativas (embargo preventivo, secuestro), donde el *periculum in mora*, se configura porque durante el transcurso del tiempo más o menos prolongado que dura la sustanciación del proceso, el deudor puede caer en estado de insolvencia”⁶⁴.

De todos modos, es el juez quien debe apreciar la prueba del "daño irreparable" que alega el solicitante de la medida cautelar, y el efecto que la misma comprenderá en la esfera jurídica subjetiva del afectado, quien por la concesión de esta cautelar soportará una carga.

De ahí que muchos tratadistas coincidan, “en que este es el presupuesto más importante para la concepción de la medida cautelar; pues es la condición típica y distintiva de las providencias cautelares”⁶⁵.

Incluso, se puede considerar que nuestro C.P.C., al estatuir en su artículo 611° que la medida cautelar será viable si apareciera “*la necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso*”, estaría afirmando lo antes señalado, es decir, que la procedencia de cualquiera de las

⁶¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p.41.

⁶² Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p. 482.

⁶³ Corte Superior de Justicia de Lima- Cuarta Sala Civil de Lima. Expediente N° 1268-2009, Lima 7 de setiembre del 2009. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*, p. 105.

⁶⁴ Ob. Cit., *El Debido Concepto De lo Cautelar*.

<http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>

⁶⁵ Cfr. TITO PUCA, Yolanda. Ob. Cit., p. 24.

medidas cautelares, nace del peligro derivado de la demora en la emisión de la decisión jurisdiccional definitiva.

Por ello, es que se puede aseverar, que la base que sustenta el dictado de la cautelar, cualquiera que fuera, se halla en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, habitualmente es más o menos prolongado según la menor o mayor complejidad del reconocimiento del derecho en el proceso.

c) Contracautela

1. Concepto

“La contracautela o caución es el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar; por ella, aquél obtiene una relativa seguridad respecto de los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordena fuera sin derecho o abusiva”⁶⁶. Es decir, la contracautela, se presenta “como la garantía que por disposición del juez debe otorgar quien requirió una medida cautelar, como presupuesto para la efectivización de la misma, con el objeto de asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle la traba”⁶⁷.

“El motivo que la inspira reposa en el equilibrio que las partes deben conservar en el proceso, frente a la cautela que se decreta, en base a una *cognitio* sumaria y sin contradicción alguna”⁶⁸. De ahí que “semánticamente, se entienda a la contracautela como sinónimo de caución o garantía fundada en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad”⁶⁹.

Por ello Ledesma sostiene que “más allá de la innegable importancia que tiene la caución, la resolución que la admite contiene una medida cautelar a favor del

⁶⁶ Cfr. GOZAÍNÍ, Osvaldo. Ob. Cit., p. 482.

⁶⁷ En este mismo sentido lo declara el artículo 613 del CPC: “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p.145.

⁶⁸ Cfr. GOZAÍNÍ, Osvaldo. Ob. Cit., p. 482.

⁶⁹ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 241.

ejecutado, para asegurar, no el derecho en debate, sino los daños que le pueda generar la ejecución de la medida cautelar. Es decir, la resolución cautelar contiene medidas precautorias a favor del actor y a favor del ejecutado, pero asegurando objetos diversos. Estas cautelas mutuas tanto para el actor como para el ejecutado, se justifican por la incertidumbre de la relación jurídica en debate”⁷⁰.

Sin ir más lejos, y a nuestro entender, es razonable que, ante la ausencia de conocimiento del sujeto pasivo de la medida cautelar, y la falta de certeza; se busque la forma de tutelar al ejecutado con la medida, con la finalidad de otorgarle otro tipo de tutela, frente al daño que le pueda causar la cautelar otorgada.

No obstante, y aunque nuestro CPC proclame la exigencia de que el solicitante de una medida cautelar preste contracautela, el mismo cuerpo normativo estipula excepciones a esta regla general, en los casos en que expresamente lo señale la ley así por ejemplo el artículo 614° del CPC, expone como exceptuados de prestar contracautela a los “Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las universidades”⁷¹. Exclusión que recae específicamente cuando el actor es un ente público. En razón de la solvencia material y moral que ostentan, así como por la finalidad atribuible a los mismos.

Por otro lado, respecto a la facultad de fijar la contracautela, es necesario advertir, que será el Juez quien determine los alcances cualitativos y cuantitativos de esta⁷². Pues aquél “no está obligado aceptar la que ofrece el peticionante, pudiendo en su caso graduarla, modificarla o sustituirla por la que estime

⁷⁰Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 20.

⁷¹ “Asimismo, el aludido artículo determina en su parte final, que la excepción incluye también a los que hubiesen obtenido auxilio judicial. Es decir, a quienes por cubrir o garantizar los gastos del proceso, ponen en riesgo su subsistencia. Excepción que tiene su razón de ser, en que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta”. Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p. 483.

⁷²Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p. 146.

pertinente, conforme se verifica de lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 613 del C.P.C.⁷³.

Es por ello que, en nuestro ordenamiento jurídico, la contracautela posee a la vez los caracteres de⁷⁴ exigible, autónoma⁷⁵ y discrecional⁷⁶.

En este aspecto se puede ultimar, que la prudencia, es pieza clave al momento de determinar la contracautela, ya que una determinación gravosa de la caución generaría la imposibilidad de lograr la traba de cualquier medida cautelar, y en modo opuesto, una contracautela mínima o insuficiente podría generar graves peligros para el afectado con la medida.

En suma, la prestación de contracautela constituye, una garantía que el Juez acuerda con la finalidad de garantizar de modo efectivo los daños y perjuicios que pudiera sufrir quien asumirá la medida cautelar, como también el evitar se generen solicitudes de medidas cautelares de manera irresponsable por parte del actor.

2. Clases

La contracautela, ya se de naturaleza real o personal, es siempre de cargo propio de quien solicita la cautelar⁷⁷, siendo él quien la ofrece⁷⁸; no obstante, la prestación puede ser satisfecha, por un tercero. Ahora bien, el artículo 613 CPC clasifica la contracautela según su naturaleza en real y personal.

⁷³ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Lima, Palestra, 2003, p. 72.

⁷⁴ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 256.

⁷⁵ Porque actúa de forma *autónoma* en relación a los otros presupuestos.

⁷⁶ “En tanto que es el juez quien la fija determinando su naturaleza y *quantum*, teniendo la tarea de establecer con firmeza su proporcionalidad garantizando seriamente la eventual responsabilidad que le corresponda al actor para solventar los daños y perjuicios”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 256.

⁷⁷ Teniendo en consideración que autores como Rivas, piensan que una cautelar puede ser solicitada tanto por el demandante como por el demandado.

⁷⁸ El que solicite una medida cautelar debe, según el artículo 610.4 del C.P.C., ofrecer contracautela.

Contracautela real:

“La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente”⁷⁹

Esta forma de contracautela “alude específicamente a los derechos reales, es decir los que signifiquen afectar una suma de dinero, títulos o bienes en concreto (muebles o inmuebles o semovientes inclusive) o si fuese aceptable, porcentuales o patrimonios; los bienes pueden pertenecer al propio solicitante o a terceros dando éste su conformidad. Si se trata de dinero, habrá que depositarlo a la orden judicial o si fueran otros bienes, se entregarán a la misma orden para su ulterior destino de custodia; siendo registrales, se asentaran en los registros pertinentes”⁸⁰.

Contracautela personal:

Dentro de este tipo de contracautela, encontramos la caución juratoria la cual se funda en el juramento que presta el beneficiario de la medida cautelar⁸¹, “para responder por los daños potenciales que puede causar la precautoria lograda”⁸²; siempre que resulte proporcional y eficaz⁸³. Esta forma de contracautela “es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo”⁸⁴. De hecho, “en este tipo de

⁷⁹ Artículo 613 del Código Procesal Civil. Código Civil y Procesal Civil, ed. setiembre del 2021, Lima, Jurista Editores, 2021, p. 611.

⁸⁰ Cfr. PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. Cit., p. 33.

⁸¹ Por el contrario autores como Raúl Ponce no otorgan el carácter de contracautela a la caución juratoria, en el ordenamiento jurídico argentino, pues para él la contracautela personal consiste en un acto procesal prestado por un tercero ajeno al proceso, que puede ser una persona física de acreditada responsabilidad económica, instituciones bancarias, financieras, etc.; como así también una póliza de seguro de caución otorgada a nombre del juzgado, garantizando los perjuicios aludidos precedentemente; entonces la caución juratoria se diferencia sustancialmente de la caución personal en el sentido de que ésta es prestada por un tercero, mientras que la juratoria, como se ha visto, la formula el propio sujeto pasivo de la medida cautelar o su apoderado. Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 242.

⁸² Cfr. GOZAÍN, Osvaldo. Ob. Cit., p. 486.

⁸³ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 68.

⁸⁴ Artículo 613 del CPP. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

contracautela al juez le queda graduar el monto, no así la calidad (personal) por cuanto ella se ha determinado”⁸⁵.

En otras palabras, la contracautela personal se presenta como una especie de juramento o compromiso que asume el beneficiario de la medida, frente a los eventuales daños que la otra parte pueda tener por la cautelar otorgada.

3. Criterios para fijarla

En lo relativo a la forma de fijar la contracautela, existen diversos factores que son tomados en cuenta, por ejemplo, “el derecho sustantivo a cautelar; la condición socio-económica de quien peticiona la medida; el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho”⁸⁶, etc.

No obstante, “es común en la actividad judicial la existencia de una regla, no escrita, pero que se adapta a un modismo jurisprudencial, de establecer la contracautela sobre la base de la solidez del *fumus bonis juris*, de tal manera que cuando el derecho no tenga una gran verosimilitud la contracautela se tornará más fuerte; por ello algunos jueces sostienen que “la contracautela es inversamente proporcional al grado de certeza del derecho que se pretende asegurar”, a tal punto que cuando el derecho es cierto, por existir una sentencia favorable al demandante, no cabe exigir contracautela”⁸⁷, tal como lo estipula el párrafo del artículo 615 del CPC⁸⁸.

En atención a esto, existe una polémica sobre la correspondencia que se ha establecido entre la caución y la verosimilitud del derecho, al momento de fijar la

⁸⁵ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., 485.

⁸⁶ Cfr. PELAEZ BARDALES, Mariano. *El Proceso Cautelar*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, p.570.

⁸⁷Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución cautelar*. Ob. Cit., p.34-35.

⁸⁸ “Artículo 615 del C.P.C.: Caso especial de procedencia: Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separa ante el juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, *sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610*”. Los cuales hacen referencia a: inciso 1. “Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar y 4. Ofrecer contracautela”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 29. V. 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

contracautela; pues para algunos, a mayor verosimilitud menor caución y viceversa. Mientras que, para otros, esta correspondencia resulta errada y hasta irrazonable.

La base de la crítica radica, entre otros aspectos, “en que no pueden mezclarse presupuestos de concesión (procedibilidad-verosimilitud del derecho) con los presupuestos para la ejecución (caución), por encontrarse en momentos de análisis totalmente diferentes”⁸⁹.

Al respecto, un interesante trabajo del profesor Monroy Palacios refuta la incidencia de la verosimilitud del derecho en el establecimiento de la caución, al decir que “a diferencia de la medida cautelar, que es una garantía procesal que busca asegurar la eficacia del proceso, la caución es, si bien una garantía procesal, un mecanismo que tiene como propósito asegurar que los daños producidos por una medida cautelar innecesaria puedan ser resarcidos en su plenitud y en modo oportuno, por parte del sujeto que se vio beneficiado precisamente por la medida cautelar”. Estableciendo, “dos puntos sobre los cuales debe girar el examen del juez, a consecuencia de establecer la adecuada deliberación del tipo de contracautela: a) una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad en que devenga innecesaria, puede causar; y b) un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida”⁹⁰.

Más aún hay magistrados⁹¹ que proponen, al evaluar la forma de fijar la contracautela, partir del análisis del artículo 613 del CPC en lo relativo al *objeto de la contracautela*, el cual es el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda acarrear la ejecución de la medida cautelar; de ello se desprende, señalan, que la contracautela busca garantizar el daño más no el riesgo en caso este se verifique. Es de ahí, que derivan dos aspectos importantes: primero, si hablamos de daño

⁸⁹Cfr. JIMÉNEZ VARGAS, Roxana. *Apuntes sobre medidas cautelares*. [ubicado el 25.IX 2012]. Obtenido en <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>

⁹⁰Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. “Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud, menor caución y viceversa”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, marzo 2005, p. 243.

⁹¹ Cfr. JIMÉNEZ VARGAS, Roxana. Ob. Cit., p.10.

éste se calcula-cuantifica de modo objetivo, y segundo, debido a ello la valorización del daño se estimaría sin consideración del grado de verosimilitud del derecho que se haya acreditado⁹².

Al margen de todo lo dicho, y, con respetuosa discrepancia se considera que la clave para elegir la naturaleza, y alcances de la contracautela; radica en la verosimilitud del derecho invocado, pues mientras aquélla resulte ser elevada implicaría una mayor certeza, y con ello, el peligro de perjudicar al afectado con la medida cautelar sería mínimo; y, ya de manera complementaria, recaería en un análisis de la cuantía de los probables daños y perjuicios procedentes de la ejecución de la medida. Resultando ser, la evaluación conjunta de estos dos elementos, la forma adecuada de poder cuantificar la contracautela, y prever el perjuicio económico que sufrirá el demandado a consecuencia de la adopción de la medida cautelar.

4. Ejecución de la contracautela

Dicho lo anterior hay que mencionar que sea cual fuese la contracautela ofrecida, esta quedará cancelada de pleno derecho una vez “resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar (artículo 620 del CPC)”⁹³ “y contrario sensu, en caso de ejecución de la contracautela, ésta se actuará a pedido del interesado, ante el Juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar, previo traslado a la otra parte (artículo 613 del CPC)”⁹⁴. “En este mismo sentido el artículo 621 del CPC señala que de declararse infundada la demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Indemnización que será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días”⁹⁵.

⁹²Cfr. JIMÉNEZ VARGAS, Roxana. Ob. Cit., p. 10.

⁹³ Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 612.

⁹⁴ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 212.

⁹⁵ Al respecto y a decir de Hurtado Reyes “esta regulación ha recogido parcialmente esta característica, es decir la de ejecución de la contracautela, en tanto que contempla

Esto es, la responsabilidad derivada de la dación y/o ejecución de una medida cautelar se circunscribe y peticona en el mismo proceso cautelar donde se generó el perjuicio, bajo las normas por las cuales se decretó la medida. Tocando conocer, los casos de indemnización, al juez de la demanda.

A la vez “cuando la medida ejecutada perjudicase a un tercero que resulte ser propietario del bien afectado; la contracautela, que aportó el peticionante, y en atención a las circunstancias, podrá ser ejecutada en favor del propietario (art. 624 del CPC)”⁹⁶; de modo tal que la seguridad que brinda la caución no únicamente favorece a las partes, sino también al tercero afectado.

Incluso se considera que este supuesto se puede desarrollar para el caso de deducirse una tercería⁹⁷, aunque el aludido artículo no lo estipule, al fin y al cabo, esta figura jurídica se funda en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución (art.533 del CPC)⁹⁸ que pertenecen a un tercero ajeno a la *litis* (tercerista).

únicamente el supuesto en que la demanda sea declarada infundada. Regulación parcial, señala, que nos obliga a preguntarnos si esta indemnización por la responsabilidad le corresponde o no al afectado cuando opere la revocación de una medida cautelar ejecutada, sin haber llegado a la emisión de una sentencia, además del pago de la multa, costos y costas del proceso cautelar. Concluyendo, el autor, en que el sistema judicial debe diseñar mecanismos que permitan que la contracautela se comporte como un real medio de resarcimiento frente al daño que sufre la parte demandada o un tercero en la ejecución cautelar, al margen que la sentencia declare la improcedencia de la demanda”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit. p.212

⁹⁶ “El artículo 624 CPC hace referencia a la desafectación. La norma busca autorizar que el tercero perjudicado con la afectación de su patrimonio, pida el levantamiento de la medida, sin promover tercería. Además, permite -por economía procesal- se presente la prueba documental necesaria para que, a través de una sumaria información, bajo un trámite rápido y fácil, se declare la procedencia o no del levantamiento sin tercería. El éxito de esta desafectación está supeditado a la prueba clara y fehaciente del título de dominio, si se trata de un bien inmueble o de una información sumaria de posesión si la cosa fuese mueble”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La Póliza Judicial en el Proceso Cautelar*, Lima, Universidad Católica del Perú, 2008, p. 24.

⁹⁷ “La adquisición del bien por el tercerista, tiene que ser antes de que se ejecute la medida cautelar, pero puede ser con posterioridad al auto que la ordena, para que pueda prosperar la demanda de tercería”. Cas. N° 1518-2000-Moyobamba, El Peruano, 30-04-2001. *Código civil. Código Procesal Civil. Código de niños y adolescentes*, Lima, Jurista Editores, 2013, p. 635.

⁹⁸ Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial, Ob. Cit., p. 591.

Ahora bien, en sede cautelar, cuando hablamos de responsabilidad, dice Hurtado, debemos establecer a qué clase de responsabilidad nos estamos refiriendo y cuáles son sus elementos, así tendremos que para reclamar la indemnización por responsabilidad deben existir tres elementos: la existencia de una medida cautelar ejecutada, la ilegitimidad de ésta y el daño producido⁹⁹.

En todo caso será el juez, al momento de graduar la responsabilidad del favorecido con la cautelar, quien defina los alcances del daño alegado, pues no es lo mismo alegar perjuicio por el secuestro conservativo de un bien que produce frutos y genera ingresos diarios a su propietario, que invocar perjuicios por la anotación de demanda sobre un inmueble, alegando perjuicio por “sustraerlo” del tráfico jurídico, dependerá pues del caso concreto para definir los alcances del daño y en consecuencia de la responsabilidad¹⁰⁰.

De hecho, “para el caso de las medidas cautelares sobre el fondo, referidas a conflictos de familia, por regla general se prescinde de contracautela, dado que se exige su cuasi certeza del derecho y necesidad impostergable”¹⁰¹. Lo que para el caso significaría que en las medidas cautelares sobre el fondo que tengan que ver con temas como la asignación anticipada de alimentos¹⁰² y asuntos de familia e intereses de menores no se hace efectivo la ejecución de la contracautela. Quedando la posibilidad de exigir contracautela solo para las medidas cautelares sobre el fondo que giran sobre el desalojo y despojo. Contracautela que, para el caso del desalojo, a nuestro parecer, bien podría encuadrar en una caución juratoria, ello si se tiene en cuenta que para su procedencia se requiere que el solicitante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

⁹⁹ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p.210.

¹⁰⁰ Ibid., p.214.

¹⁰¹ VERAMENDI, FLORES. Erick. El nuevo presupuesto de la Medida Cautelar, Lima, 2011, p.13. (ubicado el 23.x.2014). obtenido en <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%C3%ADcullo%20-%20EL%20NUEVO%20PRESUPUESTO%20DE%20LA%20MEDIDA%20CAUTELAR.pdf>

¹⁰² Estando a su vez pendiente, al carácter reversible de este tipo de medida, el mismo que se encuentra regulado en el Art 676 del CPC, el cual estipula la devolución de la suma percibida y el interés legal, si la sentencia fuera desfavorable al demandante.

1.2.4. Requisitos de la solicitud cautelar

Cuando el litigante acude a la jurisdicción en busca de tutela cautelar, lo hace a través de un instrumento llamado solicitud, en el que manifiesta su voluntad de requerir una medida cautelar. “La solicitud cautelar constituye una forma de cómo se materializa el derecho de acción, que no siempre es a través de una demanda, sino que bien puede ejercitarse mediante una solicitud”¹⁰³.

“Los objetivos de esa solicitud, son el dar inicio al proceso cautelar y lograr el pronunciamiento de la jurisdicción al respecto”¹⁰⁴. Más aún la ley no admite que pueda decretársela en cualquier caso sino cuando se conjugan ciertos requisitos. Los cuales se conciben como requisitos extrínsecos o formales de la medida cautelar¹⁰⁵. Enunciados en el artículo 610 del CPC, a saber:

- 1) “Exponer los fundamentos de la pretensión cautelar;
- 2) Señalar la forma de ésta;
- 3) Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
- 4) Ofrecer contracautela; y
- 5) Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso”¹⁰⁶.

Y sumadas a estas, la concurrencia de las exigencias establecidas en el artículo 427 C.P.C (Improcedencia de la demanda)¹⁰⁷, de lo contrario la solicitud podría

¹⁰³ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 14-15

¹⁰⁴ Ibid., p. 14.

¹⁰⁵ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 262.

¹⁰⁶ “(...) Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal”. Artículo 610 del C.P.C. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹⁰⁷ “Artículo 427.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

- 1.- El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
- 2.- El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
- 3.- Advierta la caducidad del derecho;
- 4.- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o
- 5.- El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

ser rechazada liminarmente¹⁰⁸; teniendo como ejemplo, que si el solicitante de la medida no tiene legitimidad activa no logrará su objetivo. Todo ello sin perjuicio de la observancia de los requisitos especiales que, para el caso concreto, requiera cada medida.

Así pues, tenemos que, en el cumplimiento del primer requisito, el cual es “establecer los fundamentos de la pretensión cautelar”, “está el sustento de la cautela y a la par constituye un elemento de la resolución cautelar. Esta exigencia es determinante para conceder la medida, pues en ella el interesado debe mostrar los elementos de la cautela: verosimilitud y peligro en la demora; esto es, que se acrediten indicios de probabilidad, de que preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, y, que existe o presenta un riesgo fehaciente de perder el objeto de la pretensión de no mediar un despacho provisional inmediato”¹⁰⁹.

Y “cuanto más convincentes sean los argumentos que sustenten el pedido de cautela, más próxima será la concesión de la medida, y, a la inversa (si los argumentos no persuaden al Juez) más lejana será la posibilidad de lograr la cautelar”¹¹⁰. De ahí que, “si se carece de estos, la pretensión se desestimará y carecería de objeto ingresar a analizar la contracautela, tipo de cautela, la adecuación de la medida, etc”¹¹¹. Es por ello que los fundamentos, deben contener una argumentación sólida que convenza al Juez a dictar la medida, argumentación que deberá tener no sólo un sustento fáctico, sino jurídico y probatorio (pues la prueba aportada será el sustento de lo expuesto), de donde deben aparecer expresados, en forma bastante clara, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos..”, Ley 30292 (ubicado 21. II. 2019). Obtenido en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-diversos-articulos-del-codigo-procesal-civi-ley-n-30293-1182576-2/>

¹⁰⁸ No obstante, “dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación” (último párrafo del artículo 636 C.P.C) Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 617.

¹⁰⁹ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 481.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 250.

¹¹¹ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 15.

En si este primer requisito pone en evidencia la exigencia de la incorporación formal de los presupuestos cautelares de verosimilitud y peligro en la demora, en la solicitud cautelar. Formalidad que servirá de sustento para el contenido de la decisión cautelar.

Por otro lado, “cuando se habla de señalar la forma, no es sino la modalidad en la que se presentan las medidas cautelares que regula el Código Procesal Civil, pudiendo recurrir a las medidas para futura ejecución forzada (embargos), a la anotación de demanda, a la medida temporal sobre el fondo, a la medida innovativa y de no innovar y a la medida genérica. Las cuales se proponen para el aseguramiento de la pretensión de que se trate”¹¹².

“La forma en la que se debe pedir y ordenar la medida cautelar es de suma importancia, pues delimita y hace claro el objeto de la misma”¹¹³.

Todo ello teniendo en cuenta, como ya se dijo, que “la forma de la cautela sea congruente con la naturaleza jurídica del bien que se quiere afectar y la pretensión que se busca asegurar”¹¹⁴.

“Otro requisito que debe poseer la solicitud cautelar, si fuera el caso, es la designación de los bienes sobre los que debe recaer la medida”¹¹⁵ y el monto de su afectación¹¹⁶; “debiendo además acreditarse, en la misma solicitud cautelar, que dicho bien le pertenece al presunto obligado”¹¹⁷.

¹¹² Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p. 56.

¹¹³ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 263.

¹¹⁴ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.17.

¹¹⁵ “Por ejemplo, en vehículos automotrices su identificación será su número de matrícula, en los inmuebles lo será su ubicación, dirección o numeración municipal. En algunos casos la designación de los bienes será genérica, cuando se trate de embargo en forma de depósito (artículo 649 1er párrafo CPC) sobre bienes muebles que posee el demandado sin saber con exactitud cuáles son o de que características. Su identificación se producirá en la ejecución del embargo, consignando en el acta correspondiente”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 263.

¹¹⁶ Por ejemplo, cita Ledesma, “si estamos ante pretensiones dinerarias, la afectación de bienes dentro del monto que se propone, sería un buen referente (art. 642 del CPC, embargo); sin embargo, dicha fórmula no sería aplicable para el caso de pretensiones extrapatrimoniales, salvo que además de la pretensión principal (no patrimonial) se discuta acumulativamente una pretensión dineraria, por ejemplo, la indemnización

“El monto de la afectación, es de vital importancia en las medidas cautelares, pues determina hasta cierto punto cuantificablemente, cuál es el derecho expectatio que tiene el acreedor embargante sobre el bien y además establece la suma que deberá pagar el ejecutado o un tercero que pretende liberarlo; más aún, cuando se trata de demandas por sumas dinerarias, no se puede concebir embargos o secuestros sin la determinación de un monto”¹¹⁸. Llegado a este punto se deberá tener en cuenta, que “el artículo 642 del CPC (embargo) no sólo permite la afectación a los bienes, cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, sino que lo extiende a los derechos del presunto obligado”¹¹⁹. Por ello el artículo 611 del CPC, al referirse al contenido de la resolución cautelar señala: “*la medida solo afecta los bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso*”¹²⁰.

acumulada a la pretensión de mejor derecho de propiedad”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 17.

¹¹⁷ “No obstante, cabe indicar que la afectación de una medida cautelar puede recaer en bien de tercero, siempre y cuando, se acredite su relación o interés con la pretensión principal, y siempre que haya sido citado con la demanda (art.623 del CPC); es el caso por ejemplo de la ejecución de una medida cautelar contra un fiador del obligado principal, en donde es necesario que se le hubiese emplazado con la demanda a través de la cual se persigue el pago de la deuda. Exigencia, que daría a entender que en peticiones cautelares fuera del proceso no sería factible afectar bien de tercero, pues faltaría la citación con la demanda. Pero, cuando la petición es dentro del proceso, para afectar el bien de tercero debe verificarse si ha sido o no citado con la demanda”. Cfr. PELAEZ BARDALEZ, Mariano. Ob. Cit., p.570.

¹¹⁸ “Aunque en algunos casos las medidas cautelares prescinden de cuantía, como en la Anotación de demanda y las medidas innovativas”. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., 264.

¹¹⁹ “Esta posibilidad de la afectación del bien o derecho del presunto obligado, tiene la justificante en el concepto de patrimonio, el que es definido como: el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona física o jurídica, destinado a lograr la satisfacción de sus necesidades y a garantizar sus responsabilidades”. LLEDÓ YAGUE, Francisco y ZORRILA RUIZ, Manuel. Citado por LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 19.

¹²⁰ Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

En este sentido las fórmulas que consagran los artículos 611 y 642 del CPC, referente a la afectación a derechos del presunto obligado; permite ubicar dentro de tales derechos a los créditos que tenga el deudor; por ejemplo es el caso del deudor que tenga en alquiler un bien, lo que le permite tener el derecho de crédito a requerir el pago de una renta. En tales circunstancias, puede operar la medida cautelar de retención (embargo en forma de retención), para afectar los derechos de crédito provenientes de una relación jurídica.

Lo que lleva a sostener, revela Ledesma, que este tercer requisito, “no debe apreciarse restrictivamente a los bienes, sino que también se podría incorporar la afectación de derechos”¹²¹.

Por otra parte, y sobre el ofrecimiento de la contracautela, tenemos que “esta debe hacerse en el mismo escrito de petición, especificando de que tipo se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone, salvo que se disponga lo contrario”¹²². Esto es, “el *ofrecimiento de la contracautela*, viene a comprender un acto previo a la *constitución efectiva de la contracautela*; de ahí que ambos actos conllevan, a nivel jurídico, a consecuencias disímiles que a su vez se procuran en momentos distintos; así, la inobservancia de la primera (ofrecimiento de contracautela) trae consigo la inadmisibilidad del pedido cautelar en su etapa inicial; mientras que la inobservancia de la segunda, conlleva a la inejecutabilidad de la medida o en su caso la nulidad de la misma, en su etapa final”¹²³.

Por último, “tenemos al órgano de auxilio judicial el cual debe ser propuesto en el escrito de la medida cautelar, cuando sea necesario, ya sea custodio o depositario (artículo 610 inciso 5 CPC)”¹²⁴.

En suma, la presencia de estos requisitos en la solicitud de una medida cautelar es una cuestión trascendente; después de todo de no existir estos se correría la suerte de que el otorgamiento de la medida cautelar, o en su caso la denegatoria, puedan pasar hacer un ejercicio arbitrario de la capacidad discrecional del Juez; y, a la vez llevaría a que los solicitantes de las medidas cautelares no cuenten con directrices para efectivizar el derecho pretendido.

¹²¹ “Otro aspecto a considerar en el concepto de bienes y derechos es que aquellos sean susceptibles del tráfico jurídico lo que supone a su vez que han de tener un contenido económico, y ser susceptibles de comercio entre hombres. Supuestos que no forman parte del patrimonio, encontramos las prestaciones de la seguridad social, los derechos honoríficos o nobiliarios; que pese a reconocérseles un contenido económico, no pueden formar parte del patrimonio, ya que sobre estos no cabe tráfico por persona distinta de su titular”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 17.

¹²² Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p.57.

¹²³ Ibid., p.44.

¹²⁴ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p 264.

1.2.5. Características de las medidas cautelares

En este punto, nuestro enfoque se limita al estudio de las características que expresamente se encuentran establecidas en el artículo 612° del C.P.C.¹²⁵, precisamente rubricado “características de la medida cautelar”, como a aquélla que a nivel doctrinario se ha establecido, así tenemos:

a. Instrumentalidad

Esta característica “fue propuesta por Calamandrei, es una de las características de mayor aceptación, en la teoría general de las medidas cautelares. Instrumentalidad significa accesoriedad, en tal sentido las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en sí mismas, sino que constituyen un accesorio de otro proceso denominado principal, del cual dependen y aseguran el cumplimiento de la sentencia que en este vaya a dictarse”¹²⁶. De ahí que “la tutela cautelar no sea independiente, sino que dependa de una tutela principal al no poder concebirse su existencia (o subsistencia) sin la presencia del proceso al que sirve, debido a que, sin este último aquélla carecería de objeto”¹²⁷; además, agrega Ariano, “el que la tutela cautelar sea necesariamente instrumental a la tutela de fondo, implica que ésta jamás pueda ser el instrumento para tutelar directamente la situación sustancial”¹²⁸. Afirmando asimismo “que la esencia de la tutela cautelar se encuentra, pues, en su Instrumentalidad, en tanto, se le considere como medio para hacer la efectividad de la tutela de fondo”¹²⁹.

¹²⁵ Artículo del cual se desprenden como características de las medidas cautelares el ser provisoria, instrumental y variable.

¹²⁶ Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p. 9.

¹²⁷ En este mismo sentido Henríquez La Roche, citado por Hinostroza, manifiesta: “Instrumentalidad en el sentido que ellas no son fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad, que puede definirse en esta escueta frase: *ayuda de precaución anticipada y provisional*”. Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p.31.

¹²⁸ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *La Instrumentalidad de la tutela cautelar, en Problemas del proceso civil*, Lima, Editorial Jurista Editores, 2003, p.613.

¹²⁹ Ibid. p.613.

Por estas razones se piensa que la instrumentalidad es la característica esencial de las medidas cautelares. Y a su vez se dogmatice que de esta nota fundamental se deriven las demás notas, o características, como corolarios¹³⁰.

Debe entenderse entonces, que la Instrumentalidad, expresa Monroy, “es una ligación o vocación de servicio entre el pronunciamiento cautelar y el proceso al que está destinado a proteger, en la medida en que el resultado positivo y oportuno del primero, garantiza la posibilidad de que la decisión final emitida en el segundo pueda desplegar plenamente sus efectos materiales y jurídicos y, con ello, asegurar la eficacia de la tutela procesal”¹³¹.

“Se observa así que la naturaleza instrumental de la medida cautelar obedece a su sujeción al resultado del proceso principal, no teniendo existencia propia, pues se encuentra ligada a este. Justamente la función de toda medida cautelar no es otra sino asegurar la ejecución del fallo correspondiente, por lo que representa un procedimiento accesorio que sigue la suerte del proceso principal. Es evidente que sin éste el procedimiento cautelar no tendría razón de ser ni finalidad alguna”¹³².

En general, “la accesoriedad es de tal significación que la medida cautelar mantendrá sus efectos mientras persistan en el proceso principal las causas que la motiven, y si ese proceso no fuese iniciado, caducarían de pleno derecho”¹³³.

En efecto, la instrumentalidad de una medida cautelar se expresa por la subordinación que aquélla tiene a un fallo definitivo, aun cuando anteceda al proceso. De ahí que no se concibe que la cautelar otorgada pueda existir sin que exista el proceso principal. Lo que determina a su vez, que una medida cautelar nunca constituya un fin en sí misma, sino que este inevitablemente preordenada al dictado de una ulterior decisión definitiva.

¹³⁰ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p. 487.

¹³¹ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Ob. Cit., p. 153.

¹³² Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 32.

¹³³ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p. 487.

b. Provisionalidad

“El término provisoriedad o provisionalidad hace referencia a la naturaleza temporal y no definitiva de las medidas cautelares, debiéndose tener en cuenta que aquéllas tienen un límite en el tiempo al estar condicionada su existencia. Es decir, la providencia cautelar tiene efectos provisorios, porque está destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en el que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia”¹³⁴; en tanto que “sólo responden a la eliminación de un peligro en la demora, derivado del proceso ordinario, sin aspirar a transformarse, en definitiva, ya que está destinada a ser sustituida por otro pronunciamiento más estable o definitivo. Carácter de la medida cautelar, que se presenta en cuanto cumple con eliminar el peligro en la demora, ese es su fin”¹³⁵.

Entenderemos mejor el tema si distinguimos dos conceptos: lo temporal y lo provisional. A saber, “lo temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; independientemente de que sobrevenga o no otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorio es en cambio, lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo y preclusivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio”¹³⁶.

Teniendo presentes estas distinciones de terminología, podemos entender que la cualidad de provisoriedad, determinada para las medidas cautelares, quiere significar en concreto que los efectos jurídicos de las cautelares, tienen no solo una duración temporal, sino que dicha duración se encuentra limitada a aquel periodo de tiempo que ha de transcurrir entre el dictado de la cautelar y la sentencia definitiva.

¹³⁴ Cfr. CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p.40.

¹³⁵ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Ob. Cit., p.36.

¹³⁶ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 36.

“Siendo en este sentido, que el vocablo provisorio incluye lo temporal”¹³⁷. Y ello, en tanto esta institución tiene como finalidad cubrir la eficacia del proceso, durante el lapso de tiempo que tarda en llegar a su fin.

Por otra parte, esta característica permite a su vez la revocabilidad de la medida a lo largo del proceso¹³⁸. En tanto que la revocabilidad es una característica relacionada íntimamente con el carácter de provisoriedad¹³⁹.

Precisamente, la medida cautelar es revocable debido a que pueden aparecer, durante el transcurso del proceso, hechos o circunstancias que induzcan al juez, a la desaparición de la cautelar otorgada.

Sin ir más lejos Rivas y Novellino desarrollan esta característica, en base a los diversos motivos que dan lugar a la desaparición de las medidas cautelares, a saber:

- a. “Por cambio de las circunstancias que justificaron el dictado de la cautelar.
- b. Por la finalización o duración del proceso
- c. Por estar la cautelar, sujeta legalmente a un plazo determinado de vigencia
- d. Por incumplimiento de cargas”¹⁴⁰
- e. Por extinción del proceso, con anterioridad a la sentencia definitiva, ya fuera por conciliación, desistimiento, etc

a) Por Cambio de las circunstancias

Rebus sic stantibus

Cabe señalar, que “todo proceso cautelar se encuentra sometido a la cláusula *rebus sic stantibus* expresión latina que puede traducirse como estando así las cosas; es decir, que la permanencia o modificación de una medida cautelar, a lo

¹³⁷ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit., p. 37.

¹³⁸ Cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. Cit., p. 942.

¹³⁹ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p.201.

¹⁴⁰ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 75.

largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial”¹⁴¹.

En otras palabras, esta cláusula implica que “una medida cautelar puede ser dejada sin efecto en cualquier momento del proceso, si en virtud de nuevas circunstancias desaparecen los presupuestos que justificaron su dictado. De tal manera, no será preciso esperar la sentencia para levantar la medida cautelar decretada”¹⁴².

De este modo, “la pretensión de revocar la cautela sobre la base de nuevas alegaciones exige otro pronunciamiento judicial que dimensione en su adecuado fundamento y trascendencia, la incidencia planteada. Este replanteo obliga a pormenorizar, una vez más, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; ya que la subsistencia de una medida cautelar está directamente vinculada con los extremos que se tomaron en cuenta al momento de ser decretada”¹⁴³.

Es decir, el cambio de las circunstancias, al que se hace referencia, tiene relación con la desaparición de los presupuestos que justificaron su mandato, operando cuando a pedido de parte se propicia el análisis del juez respecto de la medida cautelar decretada, así, en cognición sumaria (al igual que cuando fue concedida), el Juez puede llegar al convencimiento de que la apariencia del derecho y el peligro en la demora que invocó el titular de la medida en su momento, para lograr su concesión, han desaparecido o simplemente nunca existió, y en ese momento se decide por su revocación, sin necesidad de llegar al fallo definitivo.

Sentencia desestimatoria

“Como caso especial de circunstancias, hallamos el de la emisión de sentencia que declara infundada la demanda. Dice al respecto el artículo 630 C.P.C. (*Cancelación de la medida*) Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, del 22 de noviembre del 2010. (EXP. N° 00213-2010-PHC/TC). Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00213-2010-HC.pdf>

¹⁴² *Ibíd.*, p. 175.

¹⁴³ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. *Ob. Cit.*, p.488.

impugnada”¹⁴⁴. Sin ir más lejos, lo lógico es que, “si se desestima la pretensión incoada, es menester que la medida cautelar quede cancelada, después de todo la solución normativa parte del supuesto de cautela, obtenida por el autor; que, frente al fallo adverso, demuestra el desvanecimiento de la verosimilitud del derecho, con lo que se justifica la caída de la cautelar”¹⁴⁵.

Además, porque “no puede sostenerse un juicio provisorio, de apariencia de buen derecho, contrario a lo decidido con carácter definitivo, aunque no firme, en un proceso civil que desestima el derecho cuya concurrencia es necesaria para aquella apariencia”¹⁴⁶.

b) Por la finalización o duración del proceso

I. Sentencia estimatoria

Como se ha indicado la medida cautelar posee como tiempo de existencia el del proceso, esto hasta el dictado de la sentencia.

Esto es cuando se resuelve el proceso principal en definitiva, existiendo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, “y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial”¹⁴⁷. “Es entonces a partir de ese

¹⁴⁴ “Sin embargo, a petición del solicitante el juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria. Si bien es cierto, el artículo 630 del Código Procesal Civil establece que la medida cautelar queda cancelada, no puede entenderse que ello ocurre de pleno derecho (efecto que si se desprendía de la versión anterior) y sin necesidad de una resolución judicial expresa en dicho sentido, debidamente notificada. En principio, porque para que una resolución judicial (como lo es el auto que concede la medida cautelar) quede sin efecto, es necesario un pronunciamiento jurisdiccional expreso en dicho sentido. Pues, sostener que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho con la notificación de la sentencia que declara infundada la demanda, impediría que el justiciable (a quien se le otorgó tutela cautelar) pueda solicitar que se mantenga la vigencia de la medida otorgada, aunque cumpla con los requisitos previstos en la norma procesal”. Cfr. CASTELLANO BUNELLO, Fabrizio. *Algunos apuntes en torno al artículo 630 del Código Procesal Civil*. (ubicado el 27.iv.2014). Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/11969/12537>

¹⁴⁵Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, T.6, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 693.

¹⁴⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p. 71.

¹⁴⁷ Artículo 619° del Código Procesal Civil. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

instante que la resolución cautelar, pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital para dar paso a la etapa de la ejecución de sentencia¹⁴⁸.

Lo cual significa, que la cautelar se transforma en ejecutoria o en otras palabras iniciando el procedimiento de ejecución, pues la cautelar deja de ser tal para transformarse en medida ejecutiva o ejecutoria¹⁴⁹.

De alguna manera esta consecuencia también es reconocida en nuestro C.P.C. cuando en el artículo 619 se señala: “la ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito”¹⁵⁰.

Tenemos entonces, que cuando se ha emitido sentencia firme favorable a los intereses subjetivos del demandante, la medida cautelar pierde su calidad de cautela (transforma) para dar lugar a la última etapa del proceso, la ejecución de la sentencia.

II. Plazo legal de la medida

Antes de desarrollar este punto debemos señalar que en nuestro sistema procesal se han eliminado, conforme se desprende de la Ley N° 28473 (Ley que modifica el artículo 625° del Código Procesal Civil) los supuestos de caducidad de las medidas cautelares¹⁵¹; sin embargo, aún derogados, persisten supuestos de

¹⁴⁸ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 28.

¹⁴⁹ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 55.

¹⁵⁰ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p.190.

¹⁵¹ Cuyo texto, derogado, disponía lo siguiente: “*Caducidad de la medida cautelar Artículo 625: Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con ésta. La caducidad opera de pleno derecho, siendo inimpugnables los actos procesales destinados a hacerla efectiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el Juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registral*”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Este artículo establecía dos supuestos: el primero hacía referencia a que la medida decaía de pleno derecho a los dos años, cuando existiendo sentencia firme favorable a quien obtuvo la cautelar, pudiendo ejecutar el fallo, no lo hace (manteniendo así al perdedor bajo la correspondiente amenaza). Aunque se hubiese renovado dentro del plazo de cinco años. En el segundo caso hace referencia a el transcurso de tiempo de 5

caducidad respecto de medidas cautelares otorgadas con el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Así, el artículo único de la mencionada ley dispone: *“Artículo 625 C.P.C.: Extinción de la medida cautelar concedida con el Código Derogado: “En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral”*¹⁵².

Por otro lado, respecto a las medidas cautelares obtenidas con el actual C.P.C. es el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP (RESOLUCIÓN N° 097-2013-SUNARP/SN) el que en su artículo 122 estipula que “...las anotaciones de demanda y demás medidas cautelares, incluidas las sentencias o resoluciones que no tengan la calidad de cosa juzgada, dictadas al amparo del Código Procesal Civil no están sujetas al plazo de caducidad previsto en el artículo 625 del referido Código”¹⁵³.

años, el cual se aplicaba a las medidas ejecutadas en proceso no terminado; las cuales tenían que ser reactualizadas inaudita parte, antes de que venza ese lapso, pues de lo contrario, la caducidad de pleno derecho significaba su desaparición automática y habría que pedir una nueva cautelar con el riesgo de su denegatoria por no reunirse el presupuesto de peligro en la demora.

¹⁵² Ley N° 28473, publicada el 18 marzo 2005. Paralelamente, esta regulación se complementa con el vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP (RESOLUCIÓN N° 097-2013-SUNARP/SN), así su artículo 131° dispone: “El asiento de cancelación por caducidad de las medidas cautelares, dictadas en los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, conforme a lo dispuesto en el artículo 625 del Código Procesal Civil, se extenderá a solicitud del interesado con la presentación de una declaración jurada con firma certificada por notario o fedatario en la que expresamente se indique la fecha del asiento de presentación del título que originó la anotación y el tiempo transcurrido”.

¹⁵³ Por otra parte, “el asiento de cancelación de las medidas cautelares, dispuestas judicialmente, será extendido en virtud de mandato judicial que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada, salvo que del título o de la naturaleza o circunstancias del caso, se desprenda que el mandato de cancelación es inmediatamente ejecutable. (Tratándose de embargos anotados en virtud de resolución administrativa, el asiento de cancelación se extenderá en mérito de la resolución administrativa que así lo ordena. Cuando la normativa lo exija deberá acreditarse que el acto administrativo ha quedado firme)”. Ob. Cit., Resolución del Superintendente Nacional De los Registros Públicos. N° 097-2013-sunarp/sn.

Al respecto cabe señalar que “la caducidad en sede cautelar se traduce en el cese de los efectos y vigencia de la medida cautelar válidamente dictada. Encontrándose ligada, por ello, a la provisoriedad e instrumentalidad, porque siendo éstas provisorias, tienen un espacio terminal (caducidad); e instrumentales porque se encuentran siempre relacionadas al proceso principal”¹⁵⁴.

c) Por estar la cautelar sujeta legalmente a un plazo determinado de vigencia

Según la naturaleza de la medida cautelar, al momento de ser dispuestas por el Juez, pueden estar sujetas a un plazo o lapso de tiempo determinado, el cual una vez transcurrido, aquella desaparece. Es, por ejemplo, el caso del artículo 665 C.P.C. (embargo en forma de intervención en información)¹⁵⁵.

Es decir, desde la emisión de la medida cautelar ya se acuerda la vigencia y duración de ésta, efecto que tiene relación directa con el carácter provisional con la que cuentan las medidas cautelares.

d) Por Incumplimiento de cargas

I. Medidas fuera del proceso

Existen cargas que la ley impone al solicitante de una medida cautelar, cuya inobservancia conlleva a la caducidad de pleno derecho de la medida otorgada.

“Así por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 636 C.P.C. impone que si la medida cautelar fue pedida y ejecutada antes de la iniciación del proceso principal, el beneficiario de aquella deba interponer su demanda dentro de los diez días posteriores a este acto, ante el mismo juez; incluso cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario, el plazo de los diez días para la interposición de la demanda se computará a partir de la conclusión del

¹⁵⁴ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 214.

¹⁵⁵ “Artículo 665 del C.P.C.: Embargo en forma de intervención en información. Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, *señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado* y las fechas en que informarán al Juez” (las cursivas son nuestras). Sistema Peruano de Información Jurídica. Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida”¹⁵⁶.

Como se observa, “el panorama aquí es *sui generis*, pues la medida cautelar nace antes del proceso principal, sin embargo, no tendrá vida autónoma pues su vigencia y los efectos que produzca estarán supeditados a que la demanda (que propicie el inicio del proceso principal) se presente dentro del plazo señalado en el ordenamiento procesal”¹⁵⁷.

Dicho de otro modo, sino se interpone la demanda oportunamente, o no se concurre al centro de conciliación en el plazo establecido, la medida cautelar caduca de pleno derecho, en tanto que este presupuesto invoca la necesidad de un proceso principal existente, dada la accesoriedad y provisionalidad de la medida cautelar. Por ello, es que no se puede concebir la existencia de una medida cautelar, que pueda desentenderse de un proceso principal.

II. Por decaimiento de la contracautela

Otro caso es el último párrafo del artículo 613 C.P.C¹⁵⁸ “el cual determina que, si la contracautela hubiese estado sometida a plazo y éste trascurriera, el solicitante de la medida cautelar deberá prorrogarla u ofrecer otra de la misma naturaleza o eficacia, dentro de tercer día, de lo contrario tanto la cautelar como la contracautela quedarán sin efecto”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ “Este dispositivo legal se refiere a la ejecución de la medida y no a la notificación de la misma”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ob. Cit., p. 64.

¹⁵⁷ Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p.190.

¹⁵⁸ Artículo 613° del C.P.C. Contracautela y discrecionalidad del Juez:

(...)

“Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹⁵⁹ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 58.

e) Por extinción del proceso con anterioridad a la sentencia definitiva

Cabe enfatizar, además, que “la provisoriedad de la medida cautelar estará supeditada también, al acontecimiento de cualquiera de las formas especiales de conclusión del proceso: conciliación, allanamiento, transacción, desistimiento y abandono”¹⁶⁰. “Particularmente, en este último supuesto, el artículo 347 del CPC dispone que, quedan sin efecto las medidas cautelares, cuando la resolución que declara el abandono del proceso¹⁶¹ queda consentida o ejecutoriada, archivándose el expediente”¹⁶².

En suma, la permanencia de una medida cautelar puede encontrarse además sometida a la realización o no, de alguna forma especial de conclusión del proceso.

c. Variabilidad

“Conocida también en doctrina como mutabilidad; esta característica brinda la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser ampliadas, mejoradas o sustituidas toda vez que se justifique que las existentes no cumplen de forma adecuada con la función de garantía a la cual estaban destinadas”¹⁶³, o bien atendiendo a la variación de las circunstancias.

“La mutabilidad es la virtud de las medidas cautelares de ser reemplazadas por otras, al tiempo de ser solicitadas o luego de ser efectivizadas, en tanto las segundas permitan garantizar adecuadamente el cumplimiento de la sentencia o, cuando se entienda que aquélla es más útil que la concretada”¹⁶⁴.

De hecho, este primer supuesto (de ser reemplazada por otra al tiempo de ser solicitada) se encuentra “representado por la facultad que la ley le acuerda al juez (artículo 611 del CPC) para que pueda disponer la cautelar solicitada o la que considere adecuada, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal, y a fin

¹⁶⁰ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p.31.

¹⁶¹ Según el artículo 346 del C.P.C. el abandono del proceso procederá, “cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse; el juez declarara su abandono de oficio o a solicitud de parte”... Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 525.

¹⁶² Cfr. MONROY PALACIOS. *Código procesal civil*, Ob. Cit., p. 91.

¹⁶³ Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p. 9.

¹⁶⁴ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p. 489.

de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al afectado por dicha medida”¹⁶⁵ logrando simetría entre las partes¹⁶⁶.

Después de todo, enseña Gozaini, “esta característica apunta, a que la libertad para decidir se dé en dos planos, el de la seguridad del justiciable, y el de la eficacia del servicio jurisdiccional”¹⁶⁷.

Al respecto, precisa Ariano Deho, “que si bien en materia cautelar rige como regla el principio *nemo iudex sine actore* del artículo IV del Título Preliminar del CPC¹⁶⁸, en cuanto el Juez no puede dictar una medida cautelar de oficio¹⁶⁹; no rige, en cambio, el principio de congruencia del artículo VII del T.P. del mismo Código, pues basta que se active la solicitud para que el Juez pueda darle a la concreta medida el contenido que estime adecuado”¹⁷⁰.

De otra parte, el segundo supuesto planteado radica en la posibilidad que tiene el titular de la medida, como también la parte afectada, de variar la medida, ya sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae, o su monto; variación que se puede realizar en cualquier estado del proceso (art. 617 del CPC)¹⁷¹ pudiendo transformarse permanentemente¹⁷². Respetando, el principio dispositivo, de que medie siempre un pedido de parte, para variar lo decidido¹⁷³.

¹⁶⁵ Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p.10.

¹⁶⁶ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, Ob. Cit., p.55.

¹⁶⁷ Cfr. GOZAINI, Osvaldo. Ob. Cit., p.819.

¹⁶⁸ “Artículo IV Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal: El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar (...)” Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹⁶⁹ Con las excepciones decretadas en el Código Procesal Civil.

¹⁷⁰ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. “¿Jugar a ser dioses?, la discrecionalidad del juez en el proceso cautelar”. *Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano*. Año 1, N° 03, Lunes 24 de mayo del 2004, p.1-2.

¹⁷¹ “Artículo 617.- Variación: A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

Como caso particular encontramos el supuesto citado en el artículo 628 del CPC que hace alusión a la posibilidad de que la variación pueda operar a instancia del deudor perjudicado, “cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el Juez de plano la sustituirá”¹⁷⁴. “Pudiendo así el deudor requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos gravosa, pero que igualmente satisfaga el interés de quien la obtuvo; y será procedente en tanto queden a resguardo los derechos del que lograra la que se quiere dejar sin efecto”¹⁷⁵.

Más aún procede también la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez; resolviendo previo traslado al peticionante por tres días¹⁷⁶; proponiendo éste otras formas de afectar su patrimonio he indicado con precisión los bienes sobre los que recaerá, esta variación debe ser concedida al perjudicado siempre y cuando no afecte o ponga en desventaja al beneficiario de la demanda¹⁷⁷.

En todo caso “será el Juez quien finalmente decida, en razón del poder de cautela que la ley procesal le confiere, acceder o denegar el pedido de la variación, tomando en cuenta, con mucha prudencia, la razón en que se sustenta”¹⁷⁸.

Así pues, con esta característica se evidencia que toda medida cautelar puede ser objeto de variaciones o cambios respecto al tipo, monto y bienes, es decir, variar una medida cautelar por otra de naturaleza distinta, establecer una mejora en la cautela lograda (en el *quantum*) o sólo cambiar un bien por otro. Variación que debe realizarse en base a un equilibrio entre las partes, evitando excesos y

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

¹⁷² Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 33.

¹⁷³ Cfr. HURTADO REYES. Ob. Cit., 196.

¹⁷⁴ “La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable...” Artículo 628 del CPC. Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 615.

¹⁷⁵ Cfr. MONROY PALACIOS. *Código procesal civil*, Ob. Cit., p. 149.

¹⁷⁶ Artículo 628 del CPC. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹⁷⁷Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., 200.

¹⁷⁸Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 76.

perjuicios innecesarios, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En suma esta característica se presenta, a nuestro entender, como una puerta abierta a la revisión de los intereses de ambas partes, en tanto que es impulsada por los intereses que se encuentran en juego, así el titular de una medida cautelar solicitara la variación, con el objetivo de buscar una tutela cautelar que pueda ser más útil y eficaz a la pretensión principal, mientras que el perjudicado propondrá la variación, bajo la premisa de buscar otras formas de afectar su patrimonio en salvaguarda de sus intereses.

d. No Cosa juzgada

Si partimos señalando que la cosa juzgada supone la inmutabilidad e indiscutibilidad de las decisiones judiciales, terminaremos diciendo que las medidas cautelares no generan cosa juzgada, por tener las características de instrumentales, provisorias, variables, revocables, etc. La modificación constante que pueden experimentar las medidas cautelares por los caracteres que la rodean, la alejan de la cosa juzgada¹⁷⁹.

Sin embargo, “en sede procesal, suele diferenciarse a la cosa juzgada material de la cosa juzgada formal; así, la primera sería la que se predica únicamente de cierto tipo de resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal, indiscutiblemente, hablamos tan sólo de las sentencias destinadas a resolver definitivamente sobre el fondo (*o il merito*), las que se traducen en la inmutabilidad e irrevisabilidad de la decisión (*res iudicata*)”¹⁸⁰. Mientras que “con la denominación de cosa juzgada formal se designa un efecto de todas las resoluciones judiciales inherentes a su firmeza o inimpugnabilidad. Y ello en tanto la cosa juzgada formal, genera en el

¹⁷⁹Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 239.

¹⁸⁰ “Subviniendo (como la cosa juzgada formal, pero en mayor medida y más claramente) a la seguridad y a la paz jurídica. Impidiendo 1º) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente; 2º) que vuelva a entablarse y avance un proceso ya definido firmemente por la Jurisdicción. A esta función de la cosa juzgada material se le denomina negativa o excluyente y responde a un principio jurídico que se expresa en el aforismo *non bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo); 3º) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido, respecto de los mismos sujetos jurídicos”. Cfr. TAPIA FERNANDEZ. Isabel. *La cosa juzgada*. Madrid, Ed. DYKINSON, 2010, pp.103- 104.

mismo tribunal que dictó una resolución que gana firmeza, el deber de atenerse a lo dispuesto y no ignorarlo ni contradecirlo”¹⁸¹.

De ahí la imposibilidad de que los mismos juzgadores modifiquen, por sí y ante sí, una resolución debiendo estar, en su caso, a la espera de recursos¹⁸².

Sentado lo anterior, es de notar que la cosa juzgada formal es predicable de los tipos de resoluciones judiciales civiles: decretos, autos y sentencias. En cambio, la cosa juzgada material es predecible sólo de la sentencia; resolución judicial, que además se caracteriza porque en ella se resuelve el fondo.

Después de esto se podría decir que el carácter instrumental que caracteriza a las medidas cautelares, aunado a la sumariedad del conocimiento que se genera en el proceso cautelar, define la cosa juzgada que podrían forjar las medidas cautelares. Pues estas, en su mayor parte y disposición, sujetan su duración a lo que ocurra en el proceso principal, eliminando sólo el riesgo que importa la duración de un conflicto, que puede ser largo y complejo, estando siempre ligado a las circunstancias que se generen en el proceso principal, así como al tiempo que tome el proceso principal. “De esta manera, el carácter provisorio y

¹⁸¹Por otro lado, “es preciso decir que el tribunal de segunda instancia no está necesariamente vinculado por las resoluciones firmes dictadas en la primera instancia y el tribunal competente para un tercer nivel extraordinario de control jurisdiccional (como la casación, p. ej.) tampoco está siempre vinculado por lo resuelto con firmeza en la primera o en la segunda instancia”. Cfr. TAPIA FERNANDEZ. Isabel. Ob. Cit. p.100-101. De ahí que se diga que, en el caso de la cosa juzgada formal, la decisión judicial no es inmutable, siendo susceptible de una nueva revisión.

¹⁸² “En efecto los conceptos de inimpugnabilidad y firmeza se limitan, en sí mismos, a expresar dos caracteres negativos: la imposibilidad de impugnar la resolución (bien por no preverlo la ley, o bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado) y la imposibilidad de sustituirla por otra distinta. Así por ejemplo el auto que resuelve una cuestión sobre la jurisdicción del tribunal, suscitada ex officio al comienzo del proceso, y que decide la cuestión en el sentido de no inhibirse del conocimiento del asunto, por estimar que sí tiene jurisdicción, se lleva a efecto o se ejecuta, si se quiere hablar de ejecución con tanta amplitud, precisamente prosiguiendo el proceso”. “Pero la eficacia de ese auto, cuando es firme y pasa en autoridad de cosa juzgada, no acaba en esa ejecución, sino que comprende la de impedir que, tiempo después, en el mismo proceso, el mismo tribunal, a instancia del demandado o nuevamente *ex officio*, se vuelva atrás contradiciendo la anterior decisión”. Ibid., p.96 y102.

contingente de las medidas cautelares eliminan la posibilidad de producir *res iudicata*, alcanzando sólo cosa juzgada meramente formal¹⁸³.

Dicho de otra manera, “si bien el carácter provisional de la medida cautelar ordenada no produce cosa juzgada material, por cuanto puede ser modificada y no tiene firmeza (inmutabilidad y permanencia); contiene los atributos propios de la cosa juzgada formal en cuanto se mantienen plenamente sus efectos (firmeza) hasta tanto no se hayan transformado los presupuestos que la motivaron”¹⁸⁴.

Sin embargo, “esta posibilidad de modificación y, finalmente, la cancelación o alzamiento de las medidas cautelares acordadas en una resolución judicial firme recaída en un procedimiento especial, conmueve los cimientos mismos de la cosa juzgada formal. Pues aun cuando sean susceptibles de confirmatoria por el superior; es admisible volver a discutir sobre una medida cautelar otorgada, ejecutada y confirmada, en tanto la sentencia no se haya emitido”¹⁸⁵.

Por otro lado, “para el caso en concreto de las medidas cautelares sobre el fondo, la doctrina señala que las resoluciones anticipatorias hacen transitoriamente “cosa juzgada provisional”, en tanto gozan una vez firmes, de inmutabilidad e irrevocabilidad durante todo el transcurso del pleito, hasta el dictado de la sentencia definitiva, pero, pudiendo ser modificadas por una nueva evaluación al reunirse mayores o mejores elementos de convicción”¹⁸⁶.

Será entonces evidente, de acuerdo a lo establecido, que la cosa juzgada material en materia cautelar, no es admisible, ya que su naturaleza esencialmente provisional se opone a la inmutabilidad y permanencia de la cosa juzgada material, lo cual a su vez se compagina con su naturaleza instrumental; existiendo si, cosa juzgada formal pero con trascendencia limitada, en tanto que la resolución que la contiene predica por un lado, los efectos de cosa juzgada formal, es decir firmeza e impugnabilidad; y por otro lado la posibilidad de modificación o reversión.

¹⁸³ Cfr. GOZAÍN, Osvaldo. Ob. Cit., p.487.

¹⁸⁴ Cfr. PONCE, Carlos Ob. Cit., p.236.

¹⁸⁵ Cfr. HURTADO, Martín. Ob. Cit., p., 240.

¹⁸⁶ Cfr. LEDESMA, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit. p.13.

1.2.6. Procedencia e improcedencia

En tanto a la procedencia de las medidas cautelares, “estas pueden jugar con relación a todo tipo de proceso y a todo tipo de pretensiones, ya que la ley no formula distinción alguna al respecto, pues en el C.P.C. no se advierte una solución limitativa y, por ende, el enfoque actual es concederlas con amplitud siempre que se den sus presupuestos, y ello precisamente en razón de su función tuitiva de eficacia de la actividad jurisdiccional. De ahí, que el artículo 611° del CPC no supedita la concesión de la medida solicitada sino a la existencia de los presupuestos correspondientes, sin establecer otra condición”¹⁸⁷.

Excepciones

Sin embargo, el artículo 616 del CPC¹⁸⁸ señala en su primera parte: “No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades. Tampoco proceden contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables, que presten a los Gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento”¹⁸⁹.

Esta norma “restringe las pretensiones cautelares cuando son dirigidas contra determinados estamentos del Estado, restricción que sólo opera en el supuesto de medidas cautelares para futura ejecución forzada, no incluyendo dicha limitación a las demás medidas”¹⁹⁰; entre ellas a las medidas temporales sobre el fondo.

Al respecto Novellino, alude que al restringir las medidas cautelares contra el Estado; en principio se tiende evitar el colapso final del sistema económico nacional, ponderando el interés público sobre el particular¹⁹¹.

Proceder que consideramos resulta acorde con el resguardo del interés social y económico del Estado.

¹⁸⁷ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p 32.

¹⁸⁸ Titulado “Casos especiales de Improcedencia”.

¹⁸⁹ Cfr. MONRROY PALACIOS. *Código procesal Civil*, Ob. Cit., p. 146.

¹⁹⁰ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ob. Cit., p. 64.

¹⁹¹ Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., 17.

1.2.7. Modalidades de adopción de las medidas cautelares

a) Iniciativa

El principio general del artículo IV del Título Preliminar del C.P.C. indica que los procesos se promueven sólo a iniciativa de parte; y en vista que nuestro ordenamiento jurídico habla de “proceso cautelar” se podría entonces deducir, que las medidas cautelares se promuevan a iniciativa de parte¹⁹². Más aún porque el propio artículo 608 del CPC lo establece así, cuando prescribe: “El juez puede, *a pedido de parte*, dictar medida cautelar (...)”¹⁹³.

Sin embargo, aquel principio se modifica, en ciertos casos, al permitirse que juegue la solución oficiosa, permitiendo que el Juez pueda adoptar medidas cautelares en casos relacionados, por ejemplo, al cuidado de la persona y bienes del menor¹⁹⁴ (artículo 514° del Código Civil¹⁹⁵). Como los que aparecen regulados en los artículos 675° y 683° del CPC los cuales versan, respectivamente, sobre procesos de prestación de alimentos, en relación a los hijos menores con indudable relación familiar¹⁹⁶, y procesos de interdicción¹⁹⁷.

¹⁹² Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 35.

¹⁹³ Artículo 608 del C.P.C.: Juez competente, oportunidad y finalidad
(.....)

“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”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹⁹⁴ Cfr. LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. “Medidas cautelares” en *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ob. Cit., p. 331.

¹⁹⁵ “Aquí el juez de oficio, o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias; mientras no se designa tutor o no se discierna la tutela. Así también el artículo 329 del Código Civil, permite que el juez dicte, a pedido de parte o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses del cónyuge que demanda sustitución del régimen de gananciales”. *Ibíd.*, p. 331.

¹⁹⁶ Pues “... el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida la medida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda” (artículo 675 del CPC). Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 626.

¹⁹⁷ “Artículo 683 del C.P.C.: Interdicción.- 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”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

De hecho “la medida cautelar sólo puede ordenarse, en principio, a instancia del demandante, lo cual tiene importancia desde el punto de vista de la responsabilidad de éste. Pues si el Juez pudiese, en la generalidad de los casos, adoptar de oficio medidas cautelares, su posible acuerdo innecesario, equivocado o injusto, sería de muy difícil reparación”¹⁹⁸.

Al tenor de lo antes expuesto, se puede determinar que las medidas cautelares se adoptan necesariamente a instancia de parte, por lo que se rigen por el principio de iniciativa de parte. No obstante, se prevé en la misma ley, la excepción a esta regla general, en relación a los procesos especiales, por así decirlo, que versen sobre el cuidado de la persona y menores. Facultad oficiosa, que gira en torno a un propósito altruista de la ley de brindar protección, en situaciones excepcionales, a quienes por estar en situaciones de indefensión lo requieran.

b) Oportunidades Genéricas y Específicas

Las medidas cautelares pueden promoverse antes o después de deducida la demanda, así resulta del artículo 608 del C.P.C.; de darse el primer supuesto, es decir antes de deducir la demanda, “esta medida estará sujeta a la condición de formular la pretensión dirimente ante la jurisdicción dentro de los diez días posteriores a la ejecución (véase el artículo 636 del CPC), ello ocurrirá respecto a todo tipo de medidas”¹⁹⁹.

Idéntico requerimiento se da para el supuesto de las medidas cautelares ordenadas antes del procedimiento conciliatorio, aquí, el plazo para la interposición de la demanda (los diez días) se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida²⁰⁰.

¹⁹⁸Cfr. MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, 2da Ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994. p. 98.

¹⁹⁹De hecho, las medidas que afectan, directa o indirectamente, sumas de dinero se presentan, generalmente, como un antecedente del juicio que persigue una sentencia de condena. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 12.

²⁰⁰ Asimismo, el artículo 636 del C.P.C. dispone: (...) “Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013).

Pero, si bien las medidas cautelares en general pueden ser solicitadas “antes o después de deducida la demanda” existen algunas como la anotación de la demanda²⁰¹, que inevitablemente deben pedirse en el mismo momento de accionarse la causa principal o bien con posterioridad, pero nunca antes²⁰²; “ello por la naturaleza de la cautelar, del mismo modo ocurre con la autorización para vivir en domicilios separados en caso de separación y divorcio (véase el artículo 680 C.P.C.)”²⁰³.

Regla que muestra nuevamente la instrumentalidad que presentan las medidas cautelares, respecto del proceso principal.

Además, en otros casos la ley autoriza, aún después de pronunciada sentencia, a que quien ha obtenido sentencia favorable pueda solicitar medida cautelar, aun cuando la misma se encontrare impugnada; así lo determina el artículo 615 del C.P.C.: “Caso especial de procedencia²⁰⁴: “Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada”²⁰⁵.

Solución basada en el alto grado de verosimilitud del derecho, obtenido del resultado de una sentencia favorable²⁰⁶.

Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁰¹ “Para su ejecución, el Juez remita partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar”. Figura cautelar que se usa cuando la pretensión del proceso principal está referida a derechos inscritos. Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 626.

²⁰² Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p.13.

²⁰³ Cfr. LEDESMA NARVÁES, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.15

²⁰⁴ Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁰⁵ Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 611.

²⁰⁶ Así el artículo 368 del C.P.C. dispone que el Juez que expidió la resolución impugnada ante el recurso de apelación, concedido con efecto suspensivo “...puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

En síntesis, se podría decir que el beneficiario de una medida cautelar, posee una amplia facultad respecto al momento de formular la solicitud, en razón de que puede hacerlo a la par de introducir el principal, antes, o durante el trámite de éste, e incluso después de haber obtenido sentencia.

1.2.8. Clases de medidas cautelares

Es preciso indicar que, a nivel doctrinario²⁰⁷, se evidencia una larga lista de clasificaciones que recaen en las medidas cautelares, así como también en la legislación comparada, a razón de la variedad de criterios clasificatorios que son tomados en cuenta al momento de clasificarlas (circunstancia que hace muy extensa esta parte de nuestro estudio); por lo que se ha optado únicamente en señalar la clasificación que se sigue en nuestro ordenamiento procesal peruano,

²⁰⁷ “Entre ellas encontramos a las clasificaciones doctrinarias provenientes de aquellos dos grandes sistematizadores, por un lado, Piero Calamandrei, y, por el otro, Francesco Carnelutti. En efecto, Calamandrei, en razón del funcionamiento de su instrumentalidad, clasificaba, las que él llamaba resoluciones cautelares, en:

- A) Medidas instructorias anticipadas (con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno);
- B) Medidas dirigidas a asegurar la ejecución forzada (que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma);
- C) Anticipación de resoluciones decisorias (se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si esta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables);
- D) Las cauciones procesales (imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior resolución judicial).

Por su lado, Carnelutti, en su Sistema, clasificaba los procesos cautelares en:

- a) Conservativos (arreglo provisional del litigio impidiendo cambios de la situación existente);
- b) Innovativos (arreglo provisional que determina un cambio de la situación existente antes de la conclusión del proceso principal)”. Concluyendo, Eugenia Ariano “Resulta por demás evidente que nuestro CPC lo que hace es tomar parte de la clasificación de Calamandrei y la de Carnelutti, cuando en realidad, siendo clasificaciones doctrinarias, como todas las clasificaciones, a tienden a un criterio: la de Calamandrei al modo de operar de la instrumentalidad (o sea al nexo entre la medida cautelar y la resolución definitiva), y la de Carnelutti al efecto que produce (cambiar o conservar una situación)”. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*, Ob. Cit., pp. 12-13.

para luego abarcar con más detalle aquella medida cautelar que es objeto de este estudio.

Así, tenemos que Hinostroza, clasifica a las medidas cautelares en los siguientes grupos:

“a) De acuerdo a la oportunidad en que han sido peticionadas. En:

1.- Medidas cautelares fuera del proceso²⁰⁸

2.- Medidas cautelares dentro del proceso. (Art. 608 del C.P.C.).

b) Según su previsión o no en el ordenamiento legal. En:

1.- Medidas cautelares genéricas o atípicas²⁰⁹. (Art. 629 del C.P.C.).

2.- Medidas cautelares específicas o típicas²¹⁰. Estas a su vez se subdividen en:

a. Medidas para futura ejecución forzada, aquí encontramos:

- El Embargo en sus diferentes formas, los cuales pueden ser en forma de depósito, inscripción, retención, intervención, recaudación, información, administración.
- Secuestro ya sea el Judicial o el Conservativo.
- Y la Anotación de demanda en los Registros Públicos.

b. Medidas temporales sobre el fondo aquí encontramos a:

- Asignación anticipada de alimentos
- Ejecución anticipada en asuntos de familia e interés de menores
- Ejecución anticipada en la administración de bienes
- Ejecución anticipada en desalojo
- Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio
- Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar

²⁰⁸ Estipulados en el artículo 608 y 636 del C.P.C.

²⁰⁹ “Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la anotación de la *litis*, el secuestro, etc., sino que son aún mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas. Se denominan así aquellas medidas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica a cuyo respecto resulten insuficientes o excesivas las medidas precautorias expresamente contempladas en la ley procesal. Es decir, esta norma procesal habilita al Juez a adoptar medidas absolutamente diferentes de las reguladas en forma específica. Pero, si bien la norma otorga al juez una facultad discrecional, ello no significa que pueda apartarse de los presupuestos básicos de toda medida cautelar y, consecuentemente, deberá exigir la acreditación *prima facie* de un derecho verosímil y de peligro en la demora, así como la prestación de una contracautela”. Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., pp. 353- 354.

²¹⁰ Ubicadas en el Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta del C.P.C.

c. Medidas innovativas. (Arts. 682 al 686 del C.P.C.).

d. Medidas de no innovar. (Art. 687 del C.P.C.)”²¹¹.

3.- Medidas anticipadas²¹²

1.3 Tutela anticipatoria

1.3.1.- Delimitación y Naturaleza Jurídica

La tutela anticipatoria o tutela anticipada, puede conceptualizarse como aquella tutela que presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcial, y en forma provisional, la pretensión sustancial que una de las partes formula en un proceso principal²¹³. Es decir, “satisface anticipadamente al peticionante, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera, probablemente, obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material”²¹⁴.

Tutela, que se ve reflejada en la legislación nacional, como medidas temporales sobre el fondo²¹⁵.

²¹¹ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 18-19.

²¹² “Artículo 618° Medida anticipada: *Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.*

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

“En consecuencia, debe entenderse que se trata de peligro de que las cosas se pierdan, por ejemplo, por corrupción de las mismas, el otro supuesto trata de desvalorización de los bienes afectados por la medida cautelar, ya que de nada sirve el remate tardío de un bien que el transcurso del tiempo va depreciando, y cuyo precio de venta no compensará los gastos ocasionados, ni el perjuicio ocurrido por el desapoderado de ese bien. De ahí, pues, que el Juez esté facultado, previa sustanciación del pedido entre las partes, a ordenar la venta en la forma más conveniente”. Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p.119.

²¹³ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit. p., 264.

²¹⁴ “La anticipación es una de las técnicas utilizadas por el legislador para solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional”. Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p.89.

²¹⁵ Un ejemplo típico de este anticipo preventivo de tutela nos lo presenta el artículo 675 del CPC en cuanto dispone: “En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable

Más aún es menester indicar que, para cierto sector de la doctrina, este tipo de medidas cautelares se presentan como una institución legal difícil de ubicar en el sistema de medidas cautelares, de ahí que parte de la doctrina no admite que aquellas posean esa naturaleza, y hasta proponen una denominación diferente a la cautelar.

De ahí que la moderna doctrina procesal haya formulado la tesis que afirma “que las medidas cautelares cuyo objeto aparejaría la satisfacción inmediata y parcial de la pretensión de fondo deducida, vendrían a constituir cautelas materiales o anticipatorias diversas de las propiamente cautelares, (...) sin perder de vista que se vean forzadas a aceptar que en ausencia de toda regulación específica habrían de aplicárseles las normas que regulan a las medidas cautelares²¹⁶”. Como se observa, existe a nivel procesal una postura no muy clara respecto a la naturaleza y alcances de esta tutela.

Así por ejemplo Kemelmajer de Carlucci, enseña que, “las sentencias anticipatorias pueden ser definidas como aquellos pronunciamientos que se producen antes de la finalización del proceso, sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria, total o parcial al objeto de la pretensión..., las que se ubican entre los medios no cautelares” ²¹⁷. En esta misma línea, Carlos Ponce ratifica lo antes expuesto, al establecer que “El peligro en la demora se puede salvar...a través de *un procedimiento ajeno* al cautelar que satisfaga en forma inmediata, provisional o definitiva²¹⁸ las pretensiones del actor” ²¹⁹. Estatuyendo con ello la exclusión de las medidas cautelares sobre el fondo, de entre las cautelares.

relación familiar. El Juez señalara el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva”. Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. *Código Procesal Civil*, Lima, Gaceta jurídica, 2008, p, 158. (De esta manera, la entrega de una asignación anticipada de alimentos constituye un anticipo satisfactorio de lo pretendido -pensión de alimentos-, que se consolidará en el dictado de la sentencia definitiva).

²¹⁶Cfr. KIELMANOVICH, Jorge. Ob. Cit., p. 30.

²¹⁷ Ibid., p. 32.

²¹⁸ “Anticipo jurisdiccional totalmente autónomo, y se disponen con prescindencia absoluta de cualquier otro proceso, tal como ocurre con la medida autosatisfactiva”. Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 264.

Por el contrario, un diferente segmento de la doctrina, entre ellos Asrin y Rodríguez, al hablar del tema, parten primero de la definición de tutela anticipatoria, para luego fundamentar su postura. Así, los mencionados autores denominan a la tutela anticipatoria “tutela de urgencia cautelar anticipatoria”, y las definen como “aquellas medidas que tratan de obtener, durante la sustanciación del proceso, una anticipación de la probable resolución a dictarse dentro del mismo. Con ellas se procura evitar el perjuicio que podría significar para el peticionante de la medida la demora en la satisfacción de la pretensión hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”²²⁰. Y que “si bien constituyen un adelanto de la posible resolución a dictarse en el mismo, se identifican por la provisionalidad, instrumentalidad, mutabilidad y accesoriedad que caracteriza a las providencias cautelares”²²¹.

Siendo así, desde esta perspectiva, se postula que las medidas sobre el fondo poseen naturaleza “cautelar” al ser accesorias de un proceso principal, justificándolas como tales si se presenta en ellas la instrumentalidad, que las liga a un proceso principal; lo que a su vez impide la posibilidad de considerarlas como procesos independientes.

Postura que, a su vez, es homologada por Kielmanovich al manifestar que “la materialidad de la tutela, es propia de las medidas cautelares, por más que la protección y el aseguramiento del derecho debatido se alcance en forma mediata, y ello sin que la identidad sustancial del objeto de la pretensión cautelar, la prive de esa función cautelar”²²².

Respecto a la aludida contraposición de opiniones, habrá que señalar lo que en su momento Pía Calderón acuerda, al decir “que la clave para asignar a una medida el calificativo de cautelar sigue estando, en el carácter instrumental que

²¹⁹ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 260.

²²⁰ Cfr. ASRIN Patricia; RODRIGUEZ Manuel Esteban y otros. *Medidas cautelares*, Córdoba, Editorial Alveroni, 2005, p. 74.

²²¹ *Ibíd.*, p. 75.

²²² “Si bien las medidas cautelares, en general, se adoptan para garantizar instrumentalmente el cumplimiento de las sentencias definitivas a dictarse en el proceso principal, también apuntan a asegurar mediatamente el derecho debatido o discutido en la *litis*”. Cfr. KIELMANOVICH, Jorge. Ob. Cit., p. 33.

las vincula a un proceso, llamado principal²²³, o más concretamente a la resolución final cuya efectividad se trata de asegurar²²⁴.

De nuestra parte, concluimos afirmando que si bien un sector de la doctrina se ha encargado de excluir a la tutela anticipatoria²²⁵ de la tutela cautelar, diremos que lo correcto es incorporar a las medidas cautelares sobre el fondo dentro de las medidas cautelares, pues son sus características, presupuestos²²⁶ y sobre todo finalidad lo que indica su naturaleza cautelar, resultando ser estas comunes a las demás cautelares.

1.3.2.- Medidas Temporales Sobre el Fondo

Lo normal es que el proceso siga su curso, sus etapas sucesivas y necesarias. Esto es, posterior a la etapa postulatoria, y probatoria, llega el dictado de la sentencia y luego la ejecución. Sin embargo, en la ejecución anticipada, como su nombre lo indica, se ejecuta algo que aún no ha sido sentenciado²²⁷.

O sea, la tutela anticipada o llamada por nuestro Código Procesal Civil medida temporal sobre el fondo, “consiste en anticipar la ejecución de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia, ya sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales”²²⁸, por necesidad impostergable del que la pide, por firmeza del

²²³ En este sentido, señala Hurtado, “debe considerarse que la Instrumentalidad en estos casos (de tutela anticipatoria) no está en determinar si la decisión judicial garantiza la sentencia o la anticipa, sino que debe explicarse este supuesto de Instrumentalidad, tomando en cuenta que la decisión que se anticipa a la sentencia no se podría dictar sin la existencia del proceso principal, del cual depende, y sus efectos y vigencia dependen de él, es decir que no es una decisión judicial que nace, vive y se desarrolla con total autonomía, sino en relación de Instrumentalidad, porque depende del proceso principal”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit., p. 192.

²²⁴ CALDERÓN CUADRADO, Pía. Citada por HURTADO REYES, Martín. Ob. Cit.p.33.

²²⁵ Entendida esta desde el punto de vista de las medidas cautelares sobre el fondo.

²²⁶ Y ello es así porque requieren, para su otorgamiento, acreditar la observancia de los presupuestos cautelares, sin perjuicio claro está, de los requisitos particulares que expone cada medida.

²²⁷Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p.934.

²²⁸ “Como ya se dijo, esta ejecución judicial anticipada puede referirse al total de la pretensión reclamada o sólo a aspectos sustanciales de ésta. Por ejemplo: la asignación provisional de alimentos, se refiere al cumplimiento total de la obligación, en cambio, en el divorcio, cuando se decreta la autorización para que los conyugues vivan en domicilios separados, se trata de una ejecución anticipada parcial, pues el divorcio aparte de esa situación incluye la disolución del vínculo conyugal, liquidación de la sociedad de

fundamento de su acción y prueba aportada²²⁹. “Sin que lo decidido implique un prejuzgamiento, en tanto resuelve sobre la anticipación, y no acerca del mérito, y de modo superficial, atendiendo exclusivamente a la circunstancia de la causa, al tiempo en que se dicta”²³⁰.

De hecho, “esta medida cautelar opera anticipando en alguna medida los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia. Trasladando al momento inicial del proceso, con finalidad asegurativa, los actos de ejecución propios de esta etapa del proceso”²³¹. “Pues ya no se trata que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido”²³². No obstante, este pronunciamiento no altera la secuela del juicio ni agota, claro está, su contenido. “El juicio seguirá hasta su finalización”. Por ello sus efectos son provisionales, en el sentido de que quedan supeditados al resultado final de la *litis*²³³.

a) Elementos para su procedencia

“La anticipación de la tutela sólo puede acordarse concurriendo en su totalidad, todas y cada una de las siguientes condiciones”²³⁴:

a.1) “*La necesidad impostergable del que la pide*; este elemento se refiere a que sea urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama”²³⁵.

gananciales, etc”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Ob. Cit. p. 935

²²⁹ *Ibíd.*, p.936.

²³⁰ Cfr. BERIZONCE, Roberto. *La tutela anticipatoria en la Argentina. Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos*. (ubicado 07/ 08/ 2013). Obtenido en www.eco.unlpam.edu.ar/.../La%20tutela%20anticipatoria%20en%20Arg, p. 8.

²³¹ Cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. Cit., p. 942.

²³² Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit. p.11.

²³³ Cfr. BERIZONCE, Roberto. Ob. Cit., p.8.

²³⁴ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit. p. 933.

²³⁵ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit. p. 189.

Pues “el derecho que se busca con la tutela anticipada ingresa a un nivel de riesgo inminente, que de materializarse provocaría un perjuicio irreparable; de ahí que su justificante es anticipar la tutela para evitar el perjuicio irreparable”²³⁶.

“Esto último puede apreciarse con suma facilidad, en el juicio de alimentos. Donde la atención de las necesidades básicas de la persona, tales como alimentos, vestido, vivienda, educación y salud, son impostergables. Siendo una exigencia urgente y diaria, de allí que se justifica la fijación provisional de alimentos”²³⁷.

Al respecto expone Hurtado, que la formula contemplada en el artículo 611 del CPC, referente a los presupuestos de la medida cautelar, cuando señala junto al presupuesto del peligro en la demora del proceso, la formula “o por cualquier otra razón justificante”, ésta se utiliza para alegar, por ejemplo, una situación de inminencia de un perjuicio irreparable (al que hace referencia la medida innovativa en el artículo 682 del CPC²³⁸) o a una necesidad impostergable.

a.2) “La firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada; es decir que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado, lo que implica la existencia de una casi certeza del derecho que se reclama, no siendo suficiente la simple apariencia, la verosimilitud”²³⁹.

Requiriéndose, entonces, algo más que la mera verosimilitud del derecho; “es necesario que exista una fuerte probabilidad, aunque no necesariamente la certeza, de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado”²⁴⁰.

Pues si bien el Juez no busca alcanzar la certeza de lo alegado por el solicitante de la medida cautelar, se trata en esencia en evidenciar a primera vista que el derecho alegado, y que busca ser cautelado, pueda razonablemente, y con mucha

²³⁶ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*. Ob. Cit., p. 191.

²³⁷ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit. p. 933.

²³⁸ “Artículo 682° Medida Innovativa.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”. Ibid, p. 937.

²³⁹ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.189.

²⁴⁰ Cfr. BERIZONCE, Roberto. Ob. Cit., p 6.

probabilidad ser reconocido en sentencia favorable, y dentro del proceso principal, a favor de aquel que peticiono la medida cautelar. Pues se genera en el Juez que decidirá la cautelar tal grado de convicción superior al de la básica verosimilitud del derecho alegado. De ahí que “estos requisitos sean bastante más contundentes que aquellos exigidos para el otorgamiento de la tutela meramente preventiva, vale decir, el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*”²⁴¹.

De hecho, los elementos que recoge el artículo 674 del CPC basados en: “*la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada*”²⁴² “no pueden ser apreciados como elementos excluyentes, todo lo contrario, son supuestos básicos para la procedencia de la medida que se busca, sobre todo por los efectos de tutela anticipada que se brinda con esta medida”²⁴³. Por ello que resulte ser concedida, en nuestro sistema procesal, de manera excepcional²⁴⁴.

Asimismo, y “en vista de la trascendencia de los efectos que provoca este tipo de medidas, la actual redacción del artículo 674° ha precisado que los efectos de la decisión que se anticipa puedan ser de posible reversión y que, no afecten el interés público”²⁴⁵. “No pudiéndose, así, amparar una medida temporal sobre el fondo, que busque anticipar por necesidad los efectos de derecho que se busca, si esa anticipación afecta el interés público de una colectividad”²⁴⁶. “O produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva”²⁴⁷. De manera que “obstará a su otorgamiento la circunstancia previsible de que, de la anticipación, se derivase un perjuicio irremisible de ser reparado”²⁴⁸.

²⁴¹ Cfr. TITO PUCA, Yolanda. “La medida cautela en el proceso de amparo, Análisis de la resolución del caso Ríos Castillo”, *Actualidad Jurídica. Información especializada para Abogados y Jueces*, Tomo N° 196, Marzo 2010, p. 23.

²⁴² Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 626.

²⁴³ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar* Ob. Cit., p.189.

²⁴⁴ Cfr. HINOSTROZA, Alberto. Ob. Cit., p. 334.

²⁴⁵ “Pues en principio, el Artículo 674 del C.P.C no lo disponía; siendo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 junio 2008, cuyo texto incluía en su último párrafo lo siguiente: siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 191.

²⁴⁶ *Ibid*, p. 192.

²⁴⁷ Cfr. BERIZONCE, Roberto. Ob. Cit., p.7.

²⁴⁸ *Ibid*, p.8.

Al respecto Ledesma Narváez concretiza que, “la tutela anticipada requiere: a) una fuerte probabilidad de que el derecho en discusión será reconocido en la sentencia de mérito; b) existencia de un riesgo tal que permita inferir que, en el caso de no adoptarse la medida, se provocará un grave perjuicio para el peticionante; c) que ante los alcances de su otorgamiento (anticipa los resultados que se buscan en la sentencia de mérito) debe acordarse solo después de trabada la litis; d) otorgamiento de contracautela suficiente para responder a los eventuales perjuicios que podrían derivarse para quien deba soportar la tutela²⁴⁹; e) que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva”²⁵⁰.

Así, lo propio de este tipo de medidas radica en anticipar los efectos de la pretensión procesal; basados en la presencia de dos presupuestos básicos para lograr ello: una casi certeza del derecho alegado, pues no se trata de una simple verosimilitud, y, una necesidad impostergable de atender a quien la pide. Teniéndose en cuenta, además, el cumplimiento de la contracautela, si fuere el caso, y traba del principal; concesión que estará sujeta a dos limitaciones, a saber, que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, que no se afecte el interés público.

b) Clases

La ejecución anticipada procede en forma excepcional; siendo una medida extraordinaria que la ley autoriza por casos justificados²⁵¹. Así nuestro Código Procesal Civil, incluye las siguientes:

1. Asignación provisional de alimentos. Arts. 675 y 676 CPC.
2. Derechos de familia, Art. 677 CPC.
3. Administración de bienes, Art. 678 CPC.

²⁴⁹ Llegado a este punto, es preciso indicar que, si de elementos se trata, la contracautela, es uno de los presupuestos que, en esta clase de medidas, juega un papel contingente; en tanto que en algunas cautelares anticipadas no es exigible su presencia para la concesión de la medida. Es el caso por ejemplo de la asignación anticipada de alimentos.

²⁵⁰ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p.363.

²⁵¹ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ob. Cit., p, 934.

4. Desalojo y despojo, Arts. 679 y 681 CPC.
5. Separación de cuerpos y divorcio Arts. 677 y 680 CPC²⁵².

No obstante, el criterio taxativo con el que se regulan estas medidas anticipadas, hay autores que imprimen “no creemos que sea *numerus clausus*”²⁵³. De ahí que existen autores que consideren la posibilidad de que “sean pasibles de una medida sobre el fondo, las pretensiones que buscan satisfacer sin demora la pretensión indemnizatoria, como, por ejemplo, el resarcimiento por lesiones graves”²⁵⁴ y otras clases de pretensiones²⁵⁵.

Sobre el particular, Morello opina que: “Si el Juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en estos tiempos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después (...) ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? Ninguna”²⁵⁶. Al respecto, Martel precisa que el Juez, ante tales circunstancias, “debe atender,

²⁵² Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ob. Cit., p, 935.

²⁵³ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p. 89, postura a la que se suma Ledesma.

²⁵⁴ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar* Ob. Cit., p. 189.

²⁵⁴ “Sobre el particular, aparece el peculiar pronunciamiento recaído en el caso Inés Granados Pérez con el Banco de Crédito sobre obligación de dar bien inmueble. La recurrente en nombre propio y en calidad de curadora de su hijo Jorge Reyes, interpone medida temporal sobre el fondo a fin de que el banco demandado cumpla con otorgarle las acciones que se encuentran a nombre de su difunto esposo, quien laboró en la entidad demandada; manifiesta que su hijo se encuentra purgando una pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario San Pedro, por lo que ha sido nombrada curadora de su hijo, limitando tal nombramiento a la administración de bienes y a cuidar de la persona de los menores que se hayan bajo la autoridad del interdicto; estos hechos para la Sala Civil son motivos suficientes para acceder a la petición, toda vez que de no ser así se atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo menester ponderar que ello no significa la entrega jurídica de las acciones sino autorizar el cobro a la accionante de los dividendos generados por dichas acciones”. LEDESMA, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, T.V., Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p.558.

²⁵⁵ Citado por MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p.88.

esencialmente, a la naturaleza de la relación sustancial que pretende cautelarse con la medida anticipada; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación, la realidad del daño que la negativa o rechazo de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservativas típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño, y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión”²⁵⁷.

A decir verdad, es en base a esta posibilidad de *numerus apertus*, que la problemática analizada, encuentra su punto de partida, en tanto se otorga al Señor Ríos Castillo una medida cautelar sobre el fondo, no contemplada en nuestro Ordenamiento Jurídico.

1.- Asignación anticipada de alimentos

Uno de los aspectos que tenemos que manejar para admitir la medida anticipada en alimentos²⁵⁸ es que los peticionantes, ya sean los ascendientes, el cónyuge, los hijos menores, o los hijos mayores de edad, demuestren una indubitable relación familiar²⁵⁹. Asimismo, debemos tener presente también una particularidad que recae en este tipo de medidas pues el artículo 675 del CPC, en su segundo párrafo, acoge el supuesto de la medida de asignación anticipada de oficio²⁶⁰, “la cual es restrictiva en dos aspectos: 1) a la relación familiar ineludiblemente probada y 2) a la edad de los hijos, esto es, que sean menores de edad; no ocupándose de

²⁵⁷ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., pp.88-89

²⁵⁸ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ. Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p.356.

²⁵⁹ “En el caso de los hijos esta relación inequívoca se verá satisfecha con la partida de nacimiento en la que aparece el reconocimiento de paternidad o maternidad de la parte obligada; en el caso de la cónyuge, con la partida del matrimonio civil actualizada que demuestre la vigencia del vínculo conyugal. La presunción que opera en la filiación hace que los hijos nacidos dentro del matrimonio se le atribuyan la condición de hijos del cónyuge. En los supuestos enunciados aparece acreditado el vínculo indubitable de la relación familiar, situación que no operaría en las pretensiones de hijos alimentistas, en la que se tendrá que esperar la sentencia firme para poder exigir la ejecución del derecho a los alimentos”. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*. Ob. Cit., p.192.

²⁶⁰ La que procederá de no haber sido solicitada dentro del término de los tres días de notificado el auto que admite la demanda.

los hijos mayores de edad que sigan estudios con éxito o por los hijos mayores con incapacidad manifiesta y de los ascendientes. Prescripción oficiosa que encuentra su justificación, en que en los procesos de alimentos no concurren intereses privados sometidos al poder de disposición de sus titulares, como en la generalidad de los procesos civiles, sino que sobre dicha situación jurídica subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas por estos, el cual es el interés superior del niño”²⁶¹.

Medida anticipada que “afecta la relación sustancial, al buscar satisfacer de manera anticipada los alimentos que se reclaman, pero siempre a las resueltas de la sentencia definitiva, pues, conforme se aprecia de la última parte del artículo 675 del CPC, el monto de la asignación que el obligado a de pagar por mensualidades adelantadas, será descontado del que se establezca en la sentencia definitiva”²⁶².

Y, contrario sensu, señala el artículo 676 del CPC, “si la sentencia es desfavorable al demandante, queda este obligado a la devolución de la suma percibida”²⁶³, es decir de no existir coincidencia entre el derecho concedido por la medida cautelar, con el que se declara en la sentencia definitiva; procederá la restitución de lo anticipado. “Nótese que para ello suceda, es importante que exista sentencia definitiva para dilucidar la procedencia de la restitución, pues la anticipación no admite restitución de lo resuelto hasta el momento de la sentencia”.²⁶⁴

En conclusión aun cuando no estén fijadas todavía las cuotas alimentarias, procede decretar una asignación anticipada de alimentos, a cargo del demandado; para lo cual es requisito indispensable que la relación familiar se encuentre acreditada en

²⁶¹ “Incluso consideramos que en los procesos en donde se discute la patria potestad, régimen de vistas, entrega de menor, tutela y curatela también debería proceder la cautela de oficio, en tanto que en estos prevalece también el Interés superior del niño”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ. Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p.360.

²⁶² Ibid., p.358.

²⁶³ El mismo que contemplara además el interés legal correspondiente, “los que serán liquidados por el Secretario del Juzgado..., La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo” (Artículo 676 del CPC). Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁶⁴ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar* Ob. Cit., p.193. Sin embargo esta decisión podría ser impugnada, impugnación que se concede con efecto suspensivo.

forma indubitable, presentando por ejemplo las partidas correspondientes, y junto a ella la verosimilitud calificada o fuerte probabilidad del derecho; además de exponer la necesidad impostergable del que la pide, indudable, en algunos casos, por la índole de la obligación.

2.- Asuntos de familia e interés de los menores

En procesos relacionados con asuntos de familia, se suele diferenciar dos grupos de medidas cautelares sobre el fondo a otorgar: las que tienen relación con los procesos matrimoniales y las vinculadas a procesos con los hijos menores. Siendo el artículo 680 del CPC el que contempla el primer supuesto, y el artículo 677 del mismo cuerpo normativo, el que señala el segundo.

Al respecto el artículo 677 del CPC estipula: “Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella (...)”²⁶⁵; mientras que el artículo 680 preceptúa: “En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes

²⁶⁵ A todo esto, indica Ledesma, “se tiene que hacer hincapié a que la segunda parte del artículo 677 del C.P.C acoge, además, medidas de protección, las cuales difieren de la medida anticipada. Las que se dictarán si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar y no requieren de contracautela a diferencia de las medidas anticipadas. Y estará a cargo del Juez de la demanda, pudiendo aquel ordenar de manera inmediata aquellas medidas que considere oportuna para el cese de los actos que se consideren lesivos sin derivar esta facultad protectora a un nuevo pedido o un nuevo trámite. En atención a ello, el juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de que el propio juez ejerza facultades coercitivas como las sanciones pecuniarias o la detención de veinticuatro horas de quien resista su mandato sin justificación, como lo señala el artículo 53 del C.P.C”. Por otro lado, cuando se habla de distinción entre las medidas de protección y la medida anticipada, Ledesma indica, que se distinguen en que: “Las medidas de protección tienen un rol tuitivo, no solo hacia las partes, sino incluso a terceros indeterminados, con tal que cumplan con las condiciones de ser un integrante del núcleo familiar y desarrollar su vida social en su entorno familiar bajo situaciones de violencia. En cambio, las medidas anticipadas son una especie de tutela urgente que busca alcanzar de manera antelada los efectos de la futura decisión final y, por lo tanto, requiere de contracautela, para garantizar los probables daños con la ejecución anticipada. Siendo necesario mostrar la casi certeza del derecho que se invoca o como lo refiere el artículo 674 del C.P.C la firmeza del fundamento de la demanda, y la necesidad impostergable de dicha anticipación”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar* Ob. Cit., p.197.

que conforman la sociedad conyugal”²⁶⁶. “En el supuesto de separación convencional y divorcio, el juez puede autorizar a que estos vivan separados a solicitud de cualquiera de los cónyuges, así como que cada uno administre los bienes de la sociedad”²⁶⁷, anticipando en alguna medida la ejecución de la sentencia que ha de recaer en el proceso de separación y divorcio²⁶⁸.

Adviértase que “en las pretensiones que refiere la norma (cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela); se atiende preferentemente al interés de los menores afectados con ella; para lo cual, la medida que se dicte debe ser el resultado de la apreciación de una fuerte probabilidad del derecho invocado por la actora y la necesidad ineludible de anticipar los efectos de la sentencia final. Requiriéndose de ambos supuestos para proceder a la medida anticipada”²⁶⁹. Debiendo el juez, analizar cuidadosamente la situación planteada.

Así para el caso de la pretensión de patria potestad, la necesidad impostergable se da a consecuencia de la ruptura familiar, por los desacuerdos entre los padres, y porque ineludiblemente se va a necesitar quien cuide y atienda del menor. Por otro

²⁶⁶ Se aprecia de los referidos artículos, que se requiere dar por iniciado el proceso principal para que pueda proceder la medida anticipada, en igual sentido se pronuncia el artículo 485 del C.P.C, referente a las Medidas cautelares, al indicar que “Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

²⁶⁷ “El juez puede autorizar la directa administración por cada uno de los cónyuges de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Dichos bienes, previo inventario, se entregan a uno u otro cónyuge, así como las reglas que deban observar en la administración y disposición, bajo la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*. Ob. Cit., p.190.

²⁶⁸ “Allí cesa la presunción de convivencia conyugal. Nótese que, aunque la norma no lo precise, el juez determinará la separación teniendo en cuenta cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que se ha de llevar el otro cónyuge”. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella; ALFARO VALVERDE, Luis y otros. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Ob. Cit., p.19.

²⁶⁹ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ. Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p.365.

lado, “refiriéndose al supuesto que los cónyuges vivan en domicilios separados (artículo 680 CPC) la necesidad impostergable se da cuando de esa cohabitación deriva algún peligro cierto para la vida, la integridad física, psíquica o espiritual de uno de los cónyuges, de ambos o de los hijos en razón de la ruptura de la convivencia familiar”²⁷⁰. Anticipándose en alguna manera, los efectos de la futura ejecución de sentencia.

Pero, como toda medida cautelar su duración será siempre provisional, pudiendo ser variada o dejada sin efecto en cualquier momento. Como se ha dicho, “las medidas cautelares duran mientras esté en giro el proceso al que se subordinan instrumentalmente, como contrapartida, al terminar éste, sea por sentencia firme o por cualquier otra causa; como el desistimiento, el abandono, la reconciliación entre cónyuges, incluso el fallecimiento de uno de ellos, quedan también sin efecto las medidas cautelares”²⁷¹.

3.- Administración de bienes

Llegados a este punto es preciso indicar que “estamos ante la administración como expresión de la tutela cautelar anticipada, pero derivada del procedimiento no contencioso sobre administración judicial, en la que se consagran dos supuestos”²⁷²: el nombramiento y la remoción de administradores de bienes, por mandato judicial²⁷³. Designación que aparece “a falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, (artículo 769 del C.P.C)”²⁷⁴. Pues, “al

²⁷⁰ Esto en concordancia con lo previsto también en el artículo 289 del C.C., que estipula: “el juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p. 370.

²⁷¹ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella; ALFARO VALVERDE, Luis y otros. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Ob. Cit., p.196.

²⁷² “Sin embargo, la norma no hace referencia a la renuncia para justificar la ejecución anticipada. Ello se explicaría porque, conforme señala el artículo 777 del C.P.C, dicha renuncia produce efectos solo desde que sea notificada su aceptación por el juez”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p. 373.

²⁷³ “El administrador judicial es la persona designada por el Juez para administrar un bien particular o un patrimonio cuando concurren los supuestos señalados en el artículo 769 del CPC”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.199

²⁷⁴ “Art. 769 Procedencia: A la falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, procede designar administrador judicial de bienes”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

ser urgente y de absoluta necesidad tener quien gestione bienes o patrimonios, será preciso proveer de inmediato la designación del sujeto encargado de hacerlo”²⁷⁵.

Más aún habrá que indicar aquí que el supuesto que ampara la norma para justificar la urgencia, no es un tema de “necesidad impostergable” como se indica en el artículo 674 del C.P.C, sino la de un “perjuicio irreparable”²⁷⁶. “Ello resulta coherente, por ejemplo, frente al riesgo de que durante el lapso que transcurre entre la muerte del causante y el acto de la administración judicial que se demanda, los bienes sufran disminuciones o deterioros, o exista necesidad de que las actividades o negocios de aquél no se interrumpan”²⁷⁷. Operando entonces, “la administración judicial que acoge el artículo 678 del C.P.C, como expresión de cautela anticipada proveniente de una declaración de certeza sin litigio”²⁷⁸.

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁷⁵ Al respecto el Expediente 817-2002, 3era Sala Civil de Lima, 24705/2002, expuso como jurisprudencia: “(...) al haber convivido el accionante con la causante por aproximadamente 42 años y, adquirido durante dicho tiempo los inmuebles y depósitos bancarios indivisos, este tiene la preferencia en el nombramiento de administrador judicial que recaiga en su persona toda vez que tiene la condición de copropietario de dichos inmuebles. Los herederos declarados tienen la condición de hermanos paternos y, por tanto, no son considerados como herederos forzosos, para tener la prioridad en cuanto a la administración de los bienes en referencia”. NARVAEZ Marianella, *Jurisprudencia actual*. Ob. Cit., p. 696.

²⁷⁶ Artículo 678° C.P.C referente a la administración de bienes: “En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable”. Exigencia que está contemplada para las medidas innovativas. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁷⁷ Cfr. LEDESMA NARVAEZ Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Ob. Cit., p. 372-373.

²⁷⁸ “No obstante, esta medida anticipada no puede ser confundida con la intervención en administración que describe el artículo 669 del CPC (embargo en forma de administración de bienes) que refiere: “cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”. Pues en este caso el interventor-administrador “gerencia la empresa embargada, con sujeción a su objeto social (art. 671 del CPC), pero no en interés de la empresa embargada sino en el interés del acreedor embargante. No se trata de sustituir, de ser el caso, a los órganos directivos y ejecutivos por estar realizando una mala gestión en lesión del empresario mismo, sino de gerenciar la empresa en el interés del acreedor embargante”. “Incluso la administración judicial a que refiere el artículo 678 del CPC no puede ser de aplicación a la administración judicial de sociedades, porque ésta posee autonomía patrimonial, en el sentido que su patrimonio es del todo distinto del patrimonio de sus socios. Ser socio de

4.- Desalojo y despojo

Para la procedencia de la tutela anticipada, respecto al desalojo, se requiere la existencia de un proceso de desalojo “por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega”²⁷⁹.

Debiéndose apreciar, además, “para el amparo de la medida anticipada, las siguientes condiciones: que el inmueble se encuentre abandonado (no desocupado)”²⁸⁰ “y que exista la casi certeza del derecho que se reclama y cuya solución se pretende anticipar”²⁸¹. En ese sentido, el solicitante de la cautelar deberá probar su condición de titular del bien, que le dé legitimidad para actuar, ya sea como propietario, arrendador, o administrador²⁸². Ya que en esta medida anticipada se exige acreditar un grado de certeza suficiente, que permita crear en el juez la convicción de que el derecho pretendido por el solicitante será reconocido al concurrir una fuerte probabilidad de su existencia; o como se prescribe en el

una sociedad no es ser copropietario del patrimonio de la sociedad. No siendo posible que un socio fundamentándose en una supuesta “copropiedad” de los bienes sociales pueda, sobre la base del artículo 769 del CPC solicitar la designación judicial de bienes comunes, pues los bienes sociales no son bienes comunes sino bienes de la sociedad, sobre los cuales el socio no tiene ningún directo derecho. Siendo los bienes de la sociedad, organizados por los órganos de administración de la sociedad, los que solo pueden ser nombrados o removidos conforme a las reglas de la Ley General de Sociedades”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Ob. Cit., p. 374.

²⁷⁹ Artículo 679 del C.P.C. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁸⁰ “Noticiado el juez por el demandante que el inquilino ha abandonado el inmueble sin dejar persona que haga sus veces, es recomendable que el juez no solo se guíe por la constatación policial que haga referencia al abandono, sino, que se informe sumariamente al respecto, ordenando la verificación del estado del inmueble, sin perjuicio de indagar entre los vecinos”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Ob. Cit., p. 377.

²⁸¹ “Nótese que la situación de abandono en la que se encuentra el bien, impide que se dicte orden de lanzamiento, pues ello es atendible ejercer con la sentencia firme, previo requerimiento que exige el artículo 592 del C.P.C”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p. 204.

²⁸² Artículo 586 del CPC, referente al sujeto activo y pasivo en el desalojo “Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio (...)”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

texto del artículo 679 del CPC, “(...) cuando se acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida”²⁸³.

En cuanto a la condición de que el bien se encuentre abandonado y no desocupado²⁸⁴, tenemos, que “un bien puede encontrarse desocupado pero no necesariamente abandonado, todo lo contrario, como parte del ejercicio de hecho sobre el bien, el titular de la posesión del bien, puede optar por mantener este desocupado de bienes”²⁸⁵. Mientras que “el abandono de un bien implica la renuncia voluntaria al derecho posesorio sobre este, para lo cual el bien se coloca en un estado que no se corresponde con el modo normal de utilizarlo, como es el no conservarlo”²⁸⁶. No existiendo una diligencia en velar por su conservación, dejándolo a la deriva, a su suerte, en abandono, sin mayor protección²⁸⁷.

Estando entonces el otorgamiento de la medida cautelar, supeditada a la ocurrencia, que el inmueble se halle abandonado, de tal forma que la medida no procedería si se encuentra ocupado.

Más aún “la necesidad impostergable de entregar la posesión sobre el bien, anticipadamente, nace del peligro para la conservación del bien, en esas condiciones de abandono y mientras dure el proceso”²⁸⁸. De ahí que la finalidad de esta medida sea preservar el bien inmueble ante el eventual deterioro que puede devenir a consecuencia del abandono; tenencia que será provisional hasta el dictado de la sentencia que ordene la entrega.

²⁸³ Cfr. Código Civil y Procesal Civil- Edición Especial. Ob. Cit., p. 627.

²⁸⁴ “De manera que ella no procede si, por ejemplo, resulta acreditado que el abandono obedeció a causales extrañas a la voluntad del locatario, como ocurriría si lo hubiese privado de su libertad”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p. 203.

²⁸⁵ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 201.

²⁸⁶ “El abandono se consuma poniendo el bien en un estado que no se corresponde con el modo normal de utilizarlo. En el caso de la posesión, la pérdida de ella debe atenderse al poder fáctico, no a la voluntad de poseer o dejar de poseer (...). La posesión del bien reside en hechos concretos y tangibles que importen su normal utilización, de conformidad con su destino económico. Como la posesión se manifiesta por el ejercicio de hecho, no basta la pérdida del derecho a la posesión sino el poder fáctico sobre el bien”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La tutela cautelar en el procesal civil*. Ob. Cit., p. 376.

²⁸⁷ *Ibid.*, p.378.

²⁸⁸ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, p. 376.

Por otro lado, respecto a la medida cautelar sobre el fondo en el supuesto del interdicto (referente a la devolución de bien en el despojo)²⁸⁹. Es preciso mencionar aquí, que nuestro ordenamiento jurídico acoge sólo al interdicto de recobrar²⁹⁰ “como único supuesto para este tipo de medida temporal sobre el fondo, la que no resulta extensiva a las acciones posesorias”²⁹¹, “dado que éstas no requieren que el accionante tenga o haya tenido la posesión, a diferencia del interdicto, que sí requiere la posesión efectiva del bien o la posesión previa y el consiguiente despojo”²⁹².

Así pues, “la cautela exige que el demandante acredite verosímilmente el despojo”²⁹³, “esto es, el acto por el cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial. Lo cual se configura con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor, en virtud de un acto unilateral del tercero, no consentido por el poseedor primigenio”²⁹⁴.

En otras palabras, “debe exigirse la materialización del despojo, pues sin despojo real y efectivo, total o parcial del bien no hay derecho a la reposición en la posesión porque no hay nada que reponer”²⁹⁵.

²⁸⁹ Artículo 681: “En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

²⁹⁰ “Los interdictos son procesos judiciales cuyo objeto es proteger la posesión en sí misma. De esta forma todo poseedor queda legitimado para proteger su posesión a través de los interdictos”. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p, 208.

²⁹¹ Aníbal Torres distingue: “Con las acciones posesorias se tutela o protege el derecho a la posesión y con los interdictos se protege el hecho de la posesión; el interdicto implica la posesión efectiva del bien o la posesión previa y el consiguiente despojo, en tanto que la acción posesoria no requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión (...)” Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Tomo I., Idemsa, Lima, 2006, p. 447.

²⁹² Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La tutela cautela en el proceso civil*. Ob. Cit., p, 208.

²⁹³ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*. Ob. Cit., p.192.

²⁹⁴ Ibid., p.193.

²⁹⁵ Como dice Borda “si un tercero realiza actos posesorios sin impedir que el poseedor también los realice simultáneamente, hay turbación y no despojo”. Citado por LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.465.

Por otro lado, la mencionada medida cautelar sobre el fondo, exige acreditar el derecho a la restitución que se pretende, generando un alto grado de persuasión en la existencia del derecho para alcanzar la restitución del bien anticipadamente. Es decir, en esta acción no sólo se tendrá que demostrar el despojo, sino concretamente un alto grado de convicción sobre la existencia del derecho, que acredite la devolución del bien anticipadamente²⁹⁶; a diferencia del proceso de interdicto en donde es suficiente que el poseedor, sea despojado para que proceda el interdicto²⁹⁷.

Al respecto podemos decir que cuando nuestro CPC hace alusión al presupuesto de que el “demandante acredite su derecho a la restitución pretendida” dicho presupuesto hace alusión a que esta cautelar solo pueda ser utilizada por el propietario-poseedor o por aquellos poseedores legítimos para ejercer la posesión (ya sea el arrendador, o administrador). En tanto que la medida cautelar procede en base a un *derecho a poseer* y no sobre el *derecho de posesión* (lo posesorio). Identificándose a la posesión con la propiedad (por ejemplo, en el caso del propietario). Lo que conlleva a concluir, que, cuando se reclama la posesión del bien con la medida, se reclama también la propiedad²⁹⁸.

En otro orden de cosas, y ya de manera general, se puede determinar que las medidas cautelares sobre el fondo han sido dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico para actuar en los siguientes procesos: alimentos, conflictos familiares, administración de bienes, desalojo y despojo. Sin que ello signifique un carácter restrictivo, o *numerus clausus*²⁹⁹ que impida la posibilidad de que sean decretadas otras cautelares sobre el fondo.

²⁹⁶ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p.199.

²⁹⁷ “Ya que, en este proceso, el solo hecho de tener la posesión fáctica permite su defensa a través de los interdictos de retener y de recobrar, al margen de su condición de ser poseedor legítimo o ilegítimo. De ello deriva que pueden utilizar los interdictos un copropietario contra otro copropietario, un cónyuge contra el otro, el usurpador contra el propietario, el arrendatario (aun con contrato vencido) contra el arrendador y, en general, todo aquel que posee”. AVENDAÑO, Francisco. *Los Interdictos* (ubicado el 18.XI 2013). Obtenido en <http://lawiuris.wordpress.com/2008/12/13/los-interdictos/>
<http://blog.pucp.edu.pe/item/122566/los-interdictos>

²⁹⁸ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p, 208.

²⁹⁹En oposición de lo que opinan algunos autores, como Hurtado.

Por otro lado, se pudo concluir que la dación de una cautelar sobre el fondo se basará, principalmente, en la existencia de dos presupuestos, a saber, contar con un grado de certeza elevado o casi certeza y la necesidad impostergable del que la pide. No obstante, como toda medida cautelar, estas serán provisorias e interinas porque pueden ser variadas o dejadas sin efecto cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Llegando a forjar “cosa juzgada formal pero provisional”.

1.4 Proceso Cautelar

Es necesario dejar establecido que en la doctrina todavía se refuta si el proceso cautelar es efectivamente, un proceso.

Al respecto hay quienes sostienen, “que no es un proceso porque en él no se resuelve ningún conflicto de intereses ni se elimina una incertidumbre jurídica, sino que sólo se garantiza el cumplimiento de una pretensión que corre en el proceso principal, ya sea de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses”³⁰⁰. Sosteniendo, además, que “no hay tutela jurisdiccional posible sin proceso, y para que exista proceso se requiere de un efectivo contradictorio”³⁰¹.

Contrariamente hay autores que reconocen la existencia del proceso cautelar al señalar que “cuando un sujeto recurre a la jurisdicción para buscar *tutela cautelar*, lo hace con un instrumento llamado solicitud, en el que traduce su voluntad de pedir una medida cautelar. *Siendo los objetivos de esa solicitud el dar inicio al proceso cautelar y lograr el pronunciamiento de la jurisdicción al respecto*”³⁰² (las cursivas son nuestras).

En lo particular nos adherimos a aquella corriente procesal que considera que “las medidas cautelares implican un proceso cautelar, ya que el procedimiento, al ser la forma de materializar o hacer tangible los actos procesales que ha previsto la ley, se encuentran desarrollando el proceso mismo”³⁰³. Pues bien, sabido es que los

³⁰⁰ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 57.

³⁰¹ ARIANO DEHO, Eugenia. “La instrumentalidad de la tutela cautelar”, *Problemas del derecho civil*, Nota 6, 2003, p. 611.

³⁰² Cfr. LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. “Medidas cautelares” en *Comentarios al Código procesal civil*, T III, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 16.

³⁰³ “El procedimiento viene a ser la forma de materializar o hacer tangibles los actos procesales que ha previsto la ley; es seguir paso a paso las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo de cada acto procesal y, por ende, del proceso mismo”. Cfr.

actos procesales individuales no conforman un proceso; sino que es la sucesión de actos procesales los que conforman el proceso. Y dado que, la dación de una cautelar es el resultado de la secuencia y conjunto de actos procesales, tanto de las partes, como del órgano de jurisdicción y de sus auxiliares, es que aquél puede ser considerado como Proceso.

Además, independientemente del debate doctrinario, cuya importancia admitimos; nuestro Código Procesal Civil (Sección Quinta, Título IV del C.P.C.) regula el cautelar como proceso cautelar³⁰⁴.

1.4.1.- Autonomía

Al igual que en el punto anterior en este tema se advierte una gran disparidad de criterios, pero, más allá del debate doctrinal, nuestra normativa concibe al cautelar como un proceso autónomo (art.635 de CPC), estableciendo que “todos los actos relativos a la obtención de una cautelar, conforman un proceso autónomo; lo que significa que el procedimiento o trámite que reglamenta su desarrollo o desenvolvimiento debe indefectiblemente sujetarse a los lineamientos generales del proceso cautelar”³⁰⁵. Para el que se forma un cuaderno especial³⁰⁶.

De este modo, “la acción cautelar puede ser aceptada o rechazada según su contenido y urgencia alegada, no obstante, tenga como fin garantizar el resultado de la pretensión principal”³⁰⁷.

Esto es, se desarrolla el criterio de la autonomía procedimental, es decir, que el cuaderno cautelar con relación al cuaderno principal son distintos y autónomos en cuanto a su tramitación. Por ello se puede señalar que ambos tienen un régimen

MARTEL CHANG, Rolando. *El proceso cautelar. El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar. El procedimiento cautelar*, Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, 2002, p. 34.

³⁰⁴ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)* Ob. Cit., p. 5.

³⁰⁵ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p. 206.

³⁰⁶ Artículo 640 del C.P.C “en un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal”. Cfr. Código Civil y Procesal Civil-Edición Especial. Ob. Cit., p. 618.

³⁰⁷ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Ob. Cit., p. 10.

procedimental distinto; sin embargo, conviene señalar que por la característica de instrumentalidad la medida cautelar seguirá siendo accesoria o dependiente de lo que se resuelva en el cuaderno principal³⁰⁸.

En este sentido, manifiesta Novellino, “es lugar común sostener que es una conquista del derecho procesal moderno, haber establecido la autonomía del proceso cautelar; pero, aun cuando así se admitiera es innegable su dependencia de otro proceso principal, con lo cual debe descartarse su pretendido carácter autónomo”³⁰⁹. Por ello, continua el autor, “cabe negar la autonomía que la doctrina le atribuye al proceso cautelar, pues siempre se tratará de actuaciones procesales vinculadas íntimamente a un principal. Y esto es así aun cuando la actividad cautelar se practique con anterioridad o contemporáneamente con dicho juicio, o dentro de él, y por vía de incidente”³¹⁰.

De hecho, algunos autores admiten que “la autonomía debe entenderse en el plano teológico, señalando que en el plano procesal no hay duda alguna sobre su instrumentalidad, toda vez que sirve a otro proceso principal donde se discute la pretensión principal”³¹¹.

Entonces, si bien las normas procesales que regulan las medidas cautelares, conciben a esta institución jurídica como un proceso autónomo, lo cierto es que tal autonomía debe referirse al trámite del cautelar el cual se da bajo sus propias reglas, plazos o requerimientos; más no a una autonomía, del proceso cautelar; respecto del otro proceso principal.

En otras palabras, la autonomía del proceso cautelar vendría a significar que todos los actos procesales dirigidos al logro de una medida cautelar, forman un proceso independiente, por lo que se forma un cuaderno especial dentro del cual se han de cumplir etapas, requisitos y plazos por las cuales se requiere pasar de manera obligatoria (con un conjunto de procedimientos autónomos, procedimentalmente

³⁰⁸ “Esto explica, por ejemplo, la razón para que cuando opere la sustitución del juez que conoce del proceso principal, esta también se extienda al proceso cautelar. Pues la función cautelar no es independiente del proceso definitivo. Existe subordinación”. Cfr. HURTADO, REYES, Martín. Ob. Cit., p.266.

³⁰⁹ Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit., p.15.

³¹⁰ Ibid., p. 16.

³¹¹ MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 64.

hablando); pero bajo la indefectible subordinación a la existencia de un proceso principal del que dimana.

1.4.2.- Características del proceso

Para desarrollar el presente punto, se ha optado en realizar un compendio de las características que han previsto diferentes autores como nuestro ordenamiento jurídico, para el proceso cautelar, con la finalidad de efectuar un estudio que abarque de una manera más amplia el estudio de las mismas³¹². Así tenemos:

a) Sumariedad

Precisamente “el proceso cautelar se distingue por ser sumario y expeditivo en razón de la celeridad en su tramitación”³¹³, “debido a la simpleza estructural del procedimiento y a la suspensión de los principios de bilateralidad y contradicción (al no ser notificado el afectado hasta que se ejecute la medida), y porque el proceso de cognición no es exigente o exhaustivo como acontece en el proceso principal, por cuanto se requiere solamente acreditar no la certeza de la existencia del derecho, sino su razonable probabilidad”³¹⁴.

En oposición a los procesos propiamente dichos, donde se exige un grado de certeza tal que alcanzan forjar cosa juzgada material, en las medidas cautelares la cognición se limita a los requisitos de admisibilidad y procedencia. “En realidad, es un perfil de probabilidades que aparecen *prima facie* evidentes, circunstancia que demuestra el alcance limitado que el juicio efectúa”³¹⁵ y en consecuencia superficial e incompleto³¹⁶.

³¹² Se ha dejado de lado la característica de jurisdiccionalidad que menciona Hinostroza, dado que, a nuestro parecer, ella es entendible como una consecuencia lógica de todo acto que emerge de una resolución judicial, no configurándose como una característica propia de las medidas cautelares.

³¹³ “Así, ante una petición cautelar la decisión puede ser tomada inmediatamente, y ejecutada con igual rapidez, sin que ello deba entenderse como interés inusitado del Juez para resolver. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, claro está verificando la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar”. Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 64.

³¹⁴ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 28.

³¹⁵ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit., p.487.

³¹⁶ Cfr. HURTADO REYES Martín. Ob. Cit., p.199.

Limitación cognoscitiva, fundamentada en la necesidad de anticipar la cautela, no se presenta en ninguna otra clase de procesos, por lo que tal característica extrae la particularidad conceptual del proceso cautelar³¹⁷.

En este sentido señala Ángeles Jove “se trata de un procedimiento sumario, entendiendo este término en un doble aspecto: procedimiento en forma abreviada, rápida y procedimiento de cognición limitada”³¹⁸.

No obstante, lo sumario que resulte ser este proceso, no se debe confundir que “lo urgente no implica prescindir de la calificación de la petición cautelar, ya que, ello no impide considerar que exista, en el procedimiento para concretar una providencia precautoria, un conocimiento sobre los presupuestos y condiciones que posibilitan el ejercicio de la pretensión; pero exige si, actuar rápidamente³¹⁹, pues de otra manera podrían verse afectados la eficacia y la finalidad de la medida”³²⁰.

En tal sentido, se podría considerar que la sumariedad del proceso cautelar, como características del proceso cautelar, se ve reflejada en la superficialidad del conocimiento judicial. Razón por la cual regularmente la obtención o rechazo de una medida cautelar sea más expedita, ágil, hasta casi inmediata.

b) Reserva

Teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar, es que al establecer normativamente el proceso cautelar, en el contexto del proceso civil, se ha establecido como distinción, y a su vez como regla general (sin excepciones), que la concesión o denegatoria de una solicitud cautelar, se realice teniendo en

³¹⁷ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 234.

³¹⁸ Cfr. ANGELES JOVE, María. Ob. Cit., p. 145.

³¹⁹ A diferencia del Perú en Argentina existe preferencia de despacho para las medidas cautelares, así el artículo 36 del Reglamento para la Justicia Nacional, establece: “*Las causas serán resueltas en el orden de su entrada a sentencia. Sin embargo, serán de preferente despacho los recursos de habeas corpus (...) y medidas precautorias...*”.

En consecuencia, entre las causas que no admiten controversia para la Corte Suprema y que son hábiles para que los magistrados dejen de lado el orden para sentenciar, se encuentran las medidas precautorias. Y no puede ser de otro modo teniendo en cuenta el objetivo de las cautelares. Y ello sucede análogamente en la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil de España). Cfr. NOVELLINO, Norberto. Ob. Cit. p.20-21.

³²⁰ MARTEL CHANG, *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 64.

cuenta, exclusivamente, lo fundamentado y a su vez, probado por el peticionante de la medida cautelar, sin oír a la otra parte, tal y como se prescribe en el primer párrafo del artículo 637 del CPC³²¹, “permitiendo recién hacer uso del derecho (procesal) de contradicción y por ende el derecho (constitucional) de defensa, hasta después de emitirse la decisión cautelar, mediante la figura de la oposición”³²², tal como se prescribe el segundo párrafo del artículo antes nombrado.

De esta manera, “se aprecia que el tratamiento legal del proceso cautelar se ha estructurado bajo los lineamientos del precepto jurídico denominado: *inaudita altera pars*; es decir sin oír a la otra parte”³²³.

“Es así que el proceso cautelar es reservado, lo que significa, que el trámite de una medida cautelar es conocido sólo por el peticionante de ella y no por el afectado, quien recién se enterará de la misma una vez que se ejecute”³²⁴. Y es que nace a la esencia de la medida precautoria que sea decretada sin audiencia a la parte contraria³²⁵. Es más, “esta reserva, opera en todo momento sea que se ampare o se rechace la pretensión”³²⁶. En este último supuesto, “procede la apelación, contra el auto que deniega la medida cautelar, pero la característica de la reserva

³²¹ “Artículo 637.- Trámite de la medida: La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud (...)”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

³²² “Contrariamente de lo que contempla la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil de España); en donde la regla general es la citación del demandado para la vista previa a la resolución sobre las medidas cautelares solicitadas, y la excepción, por razones de urgencia y de peligro de que la audiencia pueda comprometer la efectividad de la medida cautelar solicitada, el prescindir de la vista y pronunciarse directamente sobre la medida pedida (*inaudita parte*). Pero a instancia del solicitante”. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p.61.

³²³ Cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. “Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar”, *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, Lima, Normas Legales, 2010, p. 94.

³²⁴ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 11.

³²⁵ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 234.

³²⁶ “La reserva del procedimiento cautelar alcanza a todas sus etapas de desarrollo, calificación de la petición cautelar, dictado de la resolución y posterior ejecución, tanto así que la notificación al afectado ocurre recién después de ejecutada la medida cautelar”. Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. Ob. Cit., p.61.

del procedimiento se mantendrá, porque el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna”³²⁷.

Sin embargo, este principio no significa vulnerar el principio de contradicción³²⁸ o de bilateralidad de la audiencia que tiene su fundamento en la garantía constitucional de la defensa en juicio, sino que simplemente se trata de una postergación inevitable del contradictorio, (plenamente justificado en obvias razones de efectividad)³²⁹ “ya que la ley se apresura a establecer que una vez decretada la medida, se le deba informar al afectado para que aquél pueda formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contados desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente”³³⁰.

De ahí que, en la doctrina nacional, Chang, justifique la reserva del procedimiento cautelar, indicando que “si hacemos todo lo contrario, esto es si publicitamos la existencia de un pedido cautelar, lo único que lograremos es hacer inservible la institución procesal y empezar, seguramente, a elucubrar su desaparición o modificación so pretexto de su inoperancia”³³¹. Paralelamente Lama More afirma que “Si las medidas cautelares se despachan y se ejecutan sin escuchar a la contraparte... resulta razonable, pues en muchos casos, el ejecutado, de tomar

³²⁷ Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil*. Ob. Cit., p. 150.

³²⁸ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p. 212.

³²⁹ “A posteriori en el Derecho comparado, en sistemas procesales como el civil law (entre ellos los Códigos Procesales de Italia, Alemania, España y Brasil) toda resolución cautelar, de manera general y ordinaria, se otorga o se rechaza previamente a la realización de una audiencia en la cual se debata la procedencia del pedido cautelar. Así por ejemplo en Italia se advierte que el procedimiento o trámite para la obtención de un “provvedimento cautelare” se desarrolla en estricto respeto al principio contradictorio, pues su otorgamiento o rechazo se resuelve previa audiencia. Al mismo tiempo, de dicha proposición legal, se desprende también que únicamente en casos excepcionales es posible adoptar una medida sin audiencia del demandado (*inaudita altera pars*), siempre que lo especial del caso lo requiere”. Cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. Ob. Cit., pp.115-116.

³³⁰ “La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. Lo que significa que la resolución impugnada conserva su eficacia en tanto no haya decisión en contrario que provenga de la instancia superior. De ampararse la oposición, el Juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspendido”. Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 234.

³³¹ Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. *Orientaciones y tendencias en el proceso cautelar y ejecución*, Lima, Librería Ediciones Jurídicas, 2002, p. 60.

conocimiento previo podría poner en riesgo su ejecución”³³². Por ello, escribe Gozaini, “la condición bilateral no es propia de las precautorias”³³³.

Pero, aun así, se cree que el Juez al aplicar el principio de *inaudita altera pars* debe proceder a ponderar por un lado el contradictorio, y por el otro los fines planteados por el solicitante de la medida, de tal manera que la concesión de una medida cautelar se encuentre justificada, y, a su vez resulte ser razonable.

En definitiva, dado que la función de las medidas cautelares es garantizar la efectividad del derecho; es que bajo esta referencia aquéllas se decreten inaudita parte, puesto que resultaría ser un absurdo que el proceso para disponer la medida buscada, pueda ser la fuente de información que lleve a la imposibilidad de cumplir con la finalidad a la que aquellas tienden. De ahí que la suspensión temporal de los principios de bilateralidad y contradicción, resulte ser una consecuencia necesaria, bajo el propósito de proteger el amparo del derecho que pretende el solicitante de la medida, que bien podría desaparecer o verse afectado si se informa al demandado sobre la existencia del pedido cautelar; pues de darse de otra forma, se podría correr el riesgo que el obligado pueda, por ejemplo, ocultar o en su caso disponer de su patrimonio, afectando la ejecutabilidad de la medida y con ello su finalidad; distorsionado su propósito y afectando el derecho a una tutela jurisdiccional “efectiva”, en el más amplio sentido de la palabra, ya que se podría tornar difícil o irrealizable, el cumplimiento de la sentencia.

³³² Cfr. LAMA MORE, Héctor. *La tutela cautelar. Análisis y propuesta para un mejor tratamiento de las medidas cautelares, red Iberoamericana de Magistrados de la justicia comercial*, [ubicado el 25.IX 2012]. Obtenido en: <http://www.rimjc.org/w/component/opinion,com_docman/task,cat_view/gid,26/Itemid,9/?mosmsg=Est%E1+intentando+acceder+desde+de+un+dominio+no+autorizado.+%28www.google.com.pe%29>.

³³³ A su turno, y contrariamente a lo que se afirma, Alfaro Valverde considera “que no es apropiado considerar (al denominado principio inaudita pars) como una nota característica del procedimiento cautelar, por contravenir expresamente el principio de publicidad y principalmente a la tutela jurisdiccional efectiva. Pues para él un procedimiento reservado, en buena cuenta se traduce en un procedimiento oculto, secreto, confidencial, lo que ciertamente lleva a problemas en vez de soluciones”. Cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. *Ob. Cit.*, p. 106.

Todo ello, sin dejar de lado, que el derecho de defensa queda plenamente garantizado, con la posibilidad de cuestionar y oponerse a la cautela concedida.

c) Funcionalidad

Esta característica del procedimiento, significa “que la forma de la cautela debe ser congruente con la naturaleza jurídica del bien que se quiere afectar y la pretensión que se busca asegurar”³³⁴. Esto en cuanto que “para decretar una medida cautelar debe tenerse en cuenta la naturaleza de la pretensión principal. De manera tal, que no podría disponerse de no encontrarse la adecuada correlación entre ambos elementos”³³⁵. Condición imprescindible que debe ser tomada en cuenta al momento de requerirse, y concederse, cualquier medida cautelar.

Por otro lado, “la funcionalidad está también en relación con los intereses en juego; así, dejará de ser funcional la medida que grave innecesariamente la situación del afectado o, por el contrario, que no cubra adecuadamente los alcances de la sentencia a dictarse”³³⁶. Ello implica, que “el juzgador debe apreciar prudentemente el pedido cautelar y tener en cuenta si el monto solicitado se ajusta al del petitorio de la demanda, estando facultado a reducirlo si es excesivo (pero no tiene potestad para aumentarlo si fuese precario, pues no puede resolver extrapetita), evitando imponer gravámenes innecesarios al demandado; pues lo contrario implicaría causar perjuicios al obligado, constituyendo una situación de abuso de derecho”³³⁷.

³³⁴ “Por ejemplo: si se discute únicamente el mejor derecho de propiedad la medida que no podría ampararse será la de futura ejecución forzada (embargo) por no estar en discusión pretensiones dinerarias o apreciables en dinero, sin embargo, una de las medidas adecuadas al caso sería la anotación de la demanda. Véase aquí que la forma de la cautela requiere ser contrastada con la naturaleza de la pretensión en discusión y con los bienes que se quieren afectar”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, Ob. Cit., p. 17.

³³⁵ Cfr. RIVAS, Armando. Ob. Cit., p.24.

³³⁶ *Ibíd.*, p. 25.

³³⁷ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Ob. Cit., p. 17.

Igualmente, la funcionalidad debe encontrarse en el vínculo de titularidad que ha de existir entre los sujetos de la pretensión y lo bienes afectados a la medida (artículo 611, segunda parte, CPC)³³⁸.

En fin, la funcionalidad se referirá a que la medida cautelar se ajuste a los fines del proceso, en el aspecto de la correspondencia o correlación entre lo pretendido en el cuaderno principal y lo que se solicita como medida cautelar; característica que a su vez se relaciona estrechamente con el presupuesto de adecuación consistente en que el pedido cautelar sea razonable, para garantizar la efectividad de la pretensión que se busca en el cuaderno principal.

d) No tienen incidencia directa sobre la relación procesal principal

“Una medida cautelar no interfiere en la tramitación del proceso principal al que es anexa, de forma tal que no interrumpe el plazo de la perención de la instancia”³³⁹.

e) Son de ejecutabilidad inmediata

Ordenada la medida cautelar en el auto correspondiente, el solicitante ha de prestar, como requisito previo, la caución establecida por el juzgado. Una vez prestada la misma, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento utilizando para ello los mecanismos que resulten precisos.

“Pues en virtud de su propia naturaleza y de las razones de urgencia para decretarlas, las medidas cautelares se ejecutan en forma inmediata y directa; ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento³⁴⁰; tanto es así, que, si se apela, el recurso debe concederse sin efecto suspensivo”³⁴¹.

³³⁸ “La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso”. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

³³⁹ Cfr. PONCE, Carlos. Ob. Cit., p. 238.

³⁴⁰ Sin embargo, el artículo 623 del CPC, en su segundo párrafo precisa que tanto “el deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil...” Artículo 40 C.C.: Oposición al cambio de domicilio: “El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los

Ahora bien, en cuanto a la ejecución de la medida debe observarse las reglas que establecen los artículos 638 (ejecución por terceros, funcionario público, y auxilio policial) y 641 del Código Procesal (Ejecución de la medida)³⁴², las mismas que son concordantes con el poder coercitivo de la jurisdicción. Todo ello sin olvidar que la efectividad de la medida cautelar depende no sólo de la rápida tramitación del procedimiento de adopción, sino de su pronta ejecución.

A manera de cierre de este primer capítulo, podemos decir que el acceso a la Justicia no representa solamente el derecho que tiene el litigante de recurrir a ella cuando sienta sus derechos violentados, sino también contar con instrumentos jurídicos que garanticen la propia eficacia de la jurisdicción contra los efectos del tiempo; es aquí donde las medidas cautelares juegan un papel importante, al asegurar la efectividad del derecho demandado bajo el marco de un debido proceso, respetando el sistema de garantías procesales para ambas partes. De ahí que en el siguiente capítulo nos referiremos al derecho procesal (y a su vez

treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio. La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable”.Normas aquellas, que simbolizan una nueva regla a tenerse en cuenta en la ejecución de la medida cautelar, la misma que, a consecuencia de la citada oposición, haría inejecutable el otorgamiento de la medida, bajo responsabilidad jurisdiccional del Juez. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 22. V. 2013). Obtenido en:<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

³⁴¹ “La formulación de la oposición no suspende la ejecución. Pero de ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo”. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit., p. 238.

³⁴² “Siendo, las medidas cautelares, ejecutadas directamente por el auxiliar jurisdiccional (Secretario) dependiente del Juez que emitió cautela (artículo 641), o por el contrario la misma puede ser ejecutada por otro funcionario público (por ejemplo el registrador público, o también otro Juez por comisión), cuando ello es así se deben remitir copias certificadas de lo actuado para la ejecución correspondiente (artículo 638 C.P.C.). La ejecución de la medida cautelar quedará sentada en un acta que levantará el auxiliar jurisdiccional, en la cual constará todo el desarrollo de la diligencia, culminada la misma se deben ingresar en la misma la firma de todos los participantes. Quedando registrada la constancia de negativa de firmar de algún interviniente”. Ibid., p. 239.

constitucional) del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, que indefectiblemente debe tener una medida cautelar.

CAPÍTULO II:

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO

2.1.- TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

2.1.1.- Cuestión terminológica

Antes de comenzar a definir qué se entiende por Tutela Jurisdiccional Efectiva, creo necesario previamente esclarecer la cuestión terminológica que gira alrededor de esta figura jurídica, pues terminologías como: tutela jurídica, tutela judicial (o tutela judicial efectiva), tutela procesal y tutela jurisdiccional (o tutela jurisdiccional efectiva), son utilizadas a manera de conceptos y categorías de contenido unívoco y como vocablos sinónimos, sin tener en consideración, que cada término abarca no sólo aspectos diferentes sino también derechos diferentes; lo que implica que al adoptarse una de estas terminologías, se estaría a su vez, adoptando el conjunto de derechos que la conforman.

Ejemplo de esto es el artículo 139 inciso 3 de nuestra Norma Suprema³⁴³ y 4 del Código Procesal Constitucional que reconocen simultáneamente el término tutela jurisdiccional y tutela procesal efectiva; así, nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional con el siguiente texto:

“Artículo 139.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

Inciso 3.- *La observancia del debido proceso y la **tutela jurisdiccional**.*

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación³⁴⁴”.

Como se observa, del citado artículo se puede concluir que tanto el debido proceso como la tutela jurisdiccional, son principios y derechos de la función jurisdiccional, y estos se encuentran a su vez conformados por el conjunto de derechos que se mencionan.

³⁴³ Constitución Política del Perú de 1993.

³⁴⁴ Sistema Peruano de Información Jurídica. Constitución Política del Perú de 1993, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

A diferencia del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que utiliza el término *tutela procesal efectiva*, para indicar que aquella comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, sin mencionar a la tutela jurisdiccional, tutela procesal que además comprendería el conjunto de garantías, que en las líneas siguientes se señalan, tales como: “el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal³⁴⁵”.

Entonces, es a razón de lo antes expuesto, que se ha tomado en consideración la explicación que Víctor Ticona Postigo hace respecto del significado de cada una de las terminologías planteadas, y la relación que aquellas puedan tener con éste derecho fundamental llamado tutela jurisdiccional. Así, en primer lugar, el autor enseña que el *concepto de tutela jurídica* “es un concepto mucho más amplio, en tanto se puede tangibilizar extraproceso (sin el proceso) o intra proceso (mediante el proceso). Si la tutela se hace extraproceso se puede acceder a los valores jurídicos con la simple y espontánea observancia y cumplimiento de las normas sustantivas (realización espontánea del derecho). En cambio, si la tutela se hace por medio del proceso (intra proceso), estaremos frente a la denominada Tutela Jurisdiccional, pues el goce, el ejercicio de los derechos e intereses, y su defensa respectiva será viable mediante la intervención de los organismos jurisdiccionales competentes. Concluyendo, en que la tutela jurídica es el género y la tutela jurisdiccional es la especie”³⁴⁶.

En segundo lugar, se refiere a la *tutela judicial efectiva*, señalando que este concepto no es del todo conveniente dado que “denota una tutela concedida por el juez. Lo cierto es que si el juez representa al Estado y su investidura

³⁴⁵ Artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237.

³⁴⁶Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Tomo I, Lima, Rodhas, 1998, p. 26-28.

jurisdiccional inmediatamente viene del poder o función jurisdiccional que tiene todo Estado, y mediatamente del pueblo (del que emana esta potestad); entonces la tutela que se reconoce mediante el proceso será jurisdiccional y no judicial. Pues frente al deber de jurisdicción que tiene el Estado, como correlato, se halla el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene toda persona, por tanto, el deber de satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional es del Estado y no del Juez, quien solamente es un medio para hacerlo efectivo”³⁴⁷; por último, respecto al término *tutela procesal*, señala “que este concepto es mucho más restringido que el de tutela jurisdiccional, por considerar que se refiere a la tutela que se persigue estrictamente dentro del proceso, en cambio la tutela jurisdiccional también tiene efectividad antes del proceso. La tutela procesal en consecuencia, viene a constituir una subespecie de la tutela jurisdiccional”³⁴⁸.

Por lo antes expuesto se puede deducir que el término correcto sería el de tutela jurisdiccional porque este evoca o hace referencia a la actividad principal, en torno al cual gira el derecho que tiene en discusión la terminología, esto es, la institución denominada Jurisdicción la cual se presenta como el poder-deber³⁴⁹ “que faculta al Estado para que a través del órgano jurisdiccional pueda administrar justicia de manera exclusiva”³⁵⁰; siendo entonces por el ejercicio del poder-deber de jurisdicción que posee el Estado, que se reconoce el derecho que tiene toda persona de pedir al Estado una tutela que derive de esa jurisdicción (tutela jurisdiccional) con la finalidad de exigir que aquél vele por el goce, ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, lo cual será viable mediante la existencia de un conjunto de leyes (o en su caso derechos) que aseguren no sólo un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y

³⁴⁷ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. Ob. Cit., p. 29.

³⁴⁸ *Ibíd.*, p.30.

³⁴⁹ “Es un poder, porque esta facultad sólo está reservada al Estado por la exclusividad que tiene en la solución de conflictos, y, es un deber porque ante el pedido del particular el Estado no puede eximirse de ejercer la función jurisdiccional. Entonces, la jurisdicción es el poder-deber que tiene el Estado, quien a través de sus jueces administra justicia, resolviendo de esta forma los conflictos de intereses que se ponen a su consideración aplicando el derecho al caso concreto; de ahí deriva que Jurisdicción signifique “decir el derecho” (que nace de la voz en latín *ius decire*)”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Lima, Palestra, 2006, p. 33-34.

³⁵⁰ *Ibíd.*, p. 34.

responsable, sino también que regule la intervención de los organismos jurisdiccionales y con ello las de sus funcionarios.

Ciertamente si el poder de administrar justicia se hace de manera exclusiva a través del Estado, por deducción debe existir un derecho en contrapartida que brinde la posibilidad al ciudadano de alcanzar esta jurisdicción, es aquí donde el término tutela jurisdiccional tiene su exégesis por tratarse de una tutela que se relaciona con la jurisdicción.

De hecho, para una mejor explicación, del por qué se opta por el término tutela jurisdiccional y no por las otras terminaciones se ha considerado pertinente realizar un análisis de ésta (tutela jurisdiccional) con aquéllas.

Empezando por la tutela jurídica, se ha dicho que esta tutela se puede percibir extraproceso o intraproceso, por otro lado, respecto a la tutela jurisdiccional se ha planteado a nivel doctrinal que tiene dos planos de existencia antes del proceso y durante el proceso; entonces se podría afirmar que el *extraproceso*, que indica la tutela jurídica, sea igual al *antes de proceso* que señala la tutela jurisdiccional; en virtud de que ambas hacen referencia a un ámbito externo distinto del proceso. Esta última afirmación es cierta, pues una y otra se desarrollan fuera del proceso o mejor dicho sin la necesidad de que se establezca un proceso, pero, se diferencian en su contenido porque el extraproceso indica la realización espontánea del derecho, a modo de ejemplo tenemos, cuando compramos un paquete de cigarrillos, o tomamos un café o cuando nos matriculamos en la universidad etc, estamos actuando jurídicamente sin saberlo o, al menos sin que pensemos en el derecho; ya que conocemos bien que hay que pagar los cigarrillos o el café, o que puedo demandar una enseñanza³⁵¹.

Por el contrario, el antes del proceso, que señala la tutela jurisdiccional, se presenta como la potestad que permite al sujeto exigir que el Estado provea a la sociedad de los presupuestos necesarios, tanto materiales como jurídicos, para el progreso de un eventual proceso judicial. Aquí resulta absolutamente relevante, razonar que dentro del deber del Estado esté el proveer un sistema de normas

³⁵¹ Cfr. COTTA, Sergio. *¿Qué es el derecho?*, 3era edición, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 2000, p. 10-11.

que regulen de manera previa conductas que se puedan producir, esto es, un elenco de normas que describan anticipadamente cuáles son las conductas que la organización social protege y alienta, así como cuáles son las que abandona y sanciona³⁵²; para que el juez, una vez producido el conflicto, las determine, identifique y aplique al litigio en cuestión, cumpliéndose la aplicación del derecho al caso concreto.

Razón por la cual se alcanza a deducir que *el antes del proceso*, pese a desarrollarse fuera del proceso, gira en torno a éste y en correspondencia a la jurisdicción, mientras que *el extraproceso* será totalmente ajeno al proceso.

De ahí por qué se descarte la posibilidad de identificar plenamente la tutela jurídica con la tutela que se desenvuelve en correlato con la jurisdicción.

Por otra parte, el análisis comparativo gira también en torno a la relación que posee el término tutela procesal efectiva con el término tutela jurisdiccional; como ya se ha dicho la primera resulta ser subespecie de la segunda, puesto que si hablamos de tutela jurisdiccional estaremos hablando de una tutela que se desarrolla antes como durante el proceso, por el contrario, si hablamos de tutela procesal haremos referencia a la tutela que se persigue en el proceso. Evidenciándose que el término tutela procesal se encuentre subsumida dentro de la tutela jurisdiccional por ser más restringida, pues abarca la tutela que se persigue en el proceso.

Por esta razón, el contenido del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, en lo referente a la tutela procesal, no sería ajeno, contrario o extraño a la tutela jurisdiccional que expresa el artículo 139.3 de nuestra Constitución, sino que forma parte de ella, o mejor dicho se refiere a una parte de ella (tutela que se persigue dentro del proceso); por ello es admisible que el término tutela procesal efectiva pueda ser utilizado para señalar el conjunto de garantías que forman parte de la tutela jurisdiccional dentro del proceso.

Por último, y a diferencia de lo que enseña el citado autor, colijo que el término tutela judicial muestra no una tutela dada por el Juez, sino proporcionada por el

³⁵² Cf. HURTADO REYES, Martin. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Ob. Cit. p.34.

Poder Judicial; pues el término “judicial” tiene relación inmediata con la expresión Poder Judicial como ente encargado de ejercer la potestad de administrar justicia, artículo 138 de nuestra Constitución Política³⁵³, y de manera mediata con el juez quien sólo actúa como medio para hacerlo efectivo.

Empero, pese a la aclaración, este postulado también resultaría equívoco; dado que la facultad que ostenta el Poder Judicial viene del poder jurisdiccional que posee el Estado, al ser la jurisdicción atributo inherente al Estado, por consiguiente, la tutela que se proporciona mediante el proceso es jurisdiccional y no judicial.

Entonces podemos llegar a la conclusión que cada una de las terminologías aquí analizadas, tienen en alguna medida relación con el contenido de la Tutela Jurisdiccional; hecho que se observa por ejemplo en la tutela que expone la *tutela jurídica* en su intraproceso (mediante el proceso), en la medida que se identifica con la tutela que “durante el proceso” brinda la tutela jurisdiccional, en igual sentido cuando hablamos de *tutela procesal efectiva* al referirse a la tutela que se persigue en el proceso; y por último cuando hablamos de la propia tutela judicial, en tanto implica el cumplimiento de principios y derechos de la función jurisdiccional, por parte del Juez.

2.1.2.- Definición de tutela jurisdiccional efectiva

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino esencialmente un derecho humano”³⁵⁴. En efecto en el sistema universal, de protección internacional de los derechos humanos, se declara expresamente este derecho tanto en la Declaración

³⁵³ Artículo 138° de la Constitución Política, primer párrafo, Administración de Justicia. “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (...). Sistema Peruano de Información Jurídica. Constitución Política del Perú de 1993, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

³⁵⁴ “La doctrina en este aspecto distingue entre derecho humano y derecho fundamental. El primero tiene un alcance más general, en tanto que el segundo comprende a los derechos humanos expresamente reconocidos por la norma constitucional positiva”. Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos humanos y principios Constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Barcelona, Ariel, 1995, p.76.

Universal de Derechos Humanos³⁵⁵, como en diversos documentos internacionales, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵⁶, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica³⁵⁷.

Y ya, a nivel nacional nuestra Carta Política registra, en el ya mencionado artículo 139° inciso 3, el derecho a la tutela jurisdiccional como principio de la función jurisdiccional, reconociéndolo como elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional podría ser definida como aquel “derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona, sea actor o emplazado; que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento, imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y medios de defensa propuestos oportunamente y, en su caso, se dé plena eficacia a la sentencia”³⁵⁸, “bajo la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un

³⁵⁵ El artículo 10 expresa: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y por justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Fue suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III), e integrada por nuestro ordenamiento jurídico desde el 15 de diciembre de 1959. Declaración Universal de Derechos Humanos, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

³⁵⁶ Artículo 14° inciso 1) establece: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

³⁵⁷ Artículo 8 inciso 1) preceptúa: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

³⁵⁸ Sin dejar de lado, como indica Ticona Postigo, que en una definición de tutela jurisdiccional debe necesariamente incluirse al debido proceso. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Ob. Cit., p 67.

proceso, serán resueltas por órganos judiciales con criterios jurídicos razonables”³⁵⁹.

Sin embargo, qué se entiende por aquella *efectividad* (o en su caso la expresión “efectiva”) que acompaña al término tutela jurisdiccional. Al respecto, autores como Chamorro Bernal manifiestan que esta expresión es consustancial a la tutela judicial³⁶⁰, y, a su vez es un derecho fundamental más, y señala: “el Estado convierte esta tutela judicial en efectiva cuando *resuelve un conflicto de intereses a través del proceso, bajo garantías mínimas para las partes, y da la oportunidad para la ejecución de la resolución final*”³⁶¹. Más aún, el citado autor, habla acerca de cuatro grados de esta efectividad; “el primero, está referido a la garantía de los ciudadanos de obtener respuesta del órgano jurisdiccional; el segundo, se vincula a la garantía que el órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado; el tercero, habla de la garantía de resolución del problema planteado con razonamiento y cifrada en el ordenamiento jurídico; y el cuarto, cifra la posibilidad de que la decisión tomada, sea ejecutable”³⁶². En esta misma línea Ticona señala que para que “la tutela sea efectiva el derecho fundamental debe ejercitarse dentro de un debido proceso pues no es admisible entender una tutela jurisdiccional efectiva, si esta no es otorgada por el Estado con la concesión de garantías mínimas para las partes en el proceso”³⁶³.

³⁵⁹ Cfr. MORELLO, Augusto. *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994, p. 286.

³⁶⁰ Si bien en el primer apartado se ha concluido que la terminología a usar por ser la más adecuada, es tutela *jurisdiccional* efectiva, eso no quita que en otros países como por ejemplo España se utilicen términos como *tutela efectiva de los jueces*, para hacer referencia a lo que en este trabajo se diga por tutela jurisdiccional, y ello es así porque la Constitución Española hace mención directa a la tutela judicial efectiva en su artículo 24 inciso 1, al prescribir: “Todas las personas tienen *derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales* en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Entonces, para lo que a este punto respecta se tomará en cuenta sólo lo conveniente a la efectividad, dejando de lado el término judicial.

³⁶¹ “La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial puesto que, una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no llevarán a la práctica” Cfr. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Primera edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1994, p. 276.

³⁶² *Ibid.* p.277.

³⁶³ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Ob. Cit., p. 37.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha dispuesto, respecto del tema, que 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”. De este modo, enseña el TC, “la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una *efectiva* tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, pues difícilmente se podría señalar la existencia de un Estado de derecho, cuando en su interior las personas no pueden lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto”³⁶⁴. En resumidas cuentas, para nuestro máximo intérprete la efectividad que acompaña al término tutela jurisdiccional se refiere a la ejecutabilidad de las sentencias.

Entonces, si bien las posturas expuestas tratan de manera distinta lo que se puede entender por “efectividad” lo cierto es, que en cada una de ellas se encuentra vigente su significado; empezando de atrás hacia adelante, asumimos que la forma por excelencia de efectividad de la tutela jurisdiccional es la ejecución de la sentencia emitida por el juez, en tanto que los propios órganos judiciales bajo las facultades de *coertio* y *executio*, facultades de la jurisdicción, proceden frente a posibles acciones o conductas que debiliten la realización material de sus pronunciamientos, satisfaciendo el derecho de quien han vencido en juicio. Por otra parte, tal y como enseña Ticona la *efectividad*, del derecho a la tutela jurisdiccional, se puede advertir durante el transcurso del proceso, desde el inicio hasta el final, a través del cumplimiento de garantías mínimas para las partes, es decir, ejercitándose el debido proceso, pues en la medida que el acto procesal sea válido se podrá concluir en un proceso efectivo; por último consideramos que existirá efectividad, como enseña Chamorro Bernal, pese a que la decisión tomada no sea ejecutable, pero, se dé la oportunidad para la ejecución de la misma. Y esto, porque en muchos casos la materialización del derecho depende de factores externos al órgano jurisdiccional, que hacen improbable la ejecución de la sentencia (por ejemplo es el caso de la muerte del

³⁶⁴ STC del 06 de diciembre del 2002. (Expediente número 1042-2002-AA/TC). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.html>

obligado, o cuando en una demanda estimatoria de obligación de dar suma de dinero el demandado no tiene posibilidades económicas que cubran lo ordenado); circunstancias que no quita el hecho de que la sentencia emitida por el juez se encuentra dotada de una fuerza efectiva, que deviene del poder-deber del Estado para administrar justicia; y que lo dota de la fuerza necesaria para poder vencer la resistencia física a un desacato, y lograr que la decisión judicial sea efectiva, cuando aquella no sea voluntariamente reconocida.

Es decir, consideramos que aquí ya existe eficacia pues se está proporcionando a la parte vencedora la oportunidad de emplear los diferentes mecanismos que a propósito se han entablado para poder ejecutar la sentencia y materializar el derecho; no pudiéndose plantear a la ligera que la no materialización del derecho no cumple con la tutela jurisdiccional efectiva.

Entre tanto, se podría plantear que la efectivización se despliega de manera distinta dependiendo del tipo de sentencia³⁶⁵, pues si hablamos de sentencias absolutorias o declarativas los efectos de la efectivización se presentaran de inmediato sin que se requiera nada más que el sólo pronunciamiento del juez (dependiendo únicamente del actuar del magistrado); mientras que las sentencias condenatorias, al imponer el cumplimiento de una prestación, requerirán no sólo del pronunciamiento del juez sino de un acto externo de un tercero. O sea, de la

³⁶⁵ Se puede observar que en la doctrina encontramos una diversidad de clasificaciones acerca de las clases de sentencias, sin embargo resalta la clasificación que en su momento expuso Jorge Carrión Lugo, así tenemos “sentencias ejecutables y no ejecutables; las primeras también llamadas de Ejecución, son aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, así están definidas como: ...aquellas que contienen una condena (sentencia ejecutiva que manda pagar una suma de dinero) o una declaración y condena (sentencia de indemnización que manda pagar una suma de dinero por el daño causado). De otro lado las sentencias no ejecutables, son aquellas que no contienen ninguna condena y a su vez, pueden ser, declarativas o constitutivas, las declarativas, son el pronunciamiento judicial que se limita a establecer sobre una cuestión de hecho o de derecho, pero sin producir efecto constitutivo o disolutivo; es decir, aquellas que sólo declaran la certeza de un determinado hecho o relación jurídica; y las Constitutivas, son aquellas que además de declarar un derecho o la obligación que corresponda a cada una de las partes, crea una situación jurídica hasta entonces inexistente, o modifica o extingue la situación que ya existía, pero previamente debe existir una declaración de certeza de las condiciones que según la legislación son necesarias para que produzca el cambio, como la que pronuncia el divorcio que disuelve un matrimonio, se diferencia de las sentencias declarativas en que generalmente producen efectos preestablecidos por la ley”. Cfr. CARRION LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Lima, Grijley, 2000, p.423.

realización del acto del vencedor (en la medida que lo realice de manera voluntaria) o porque, para ser efectivo el mandato, se tenga que recurrir al auxilio de otro poder que ejerza coerción y fuerza³⁶⁶.

2.1.3.- La tutela jurisdiccional efectiva y su relación con el debido proceso

A nivel doctrinario existe discrepancia sobre el contenido y alcances de la tutela jurisdiccional y el debido proceso; así para unos, el debido proceso constituye una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, para otros, “son derechos distintos pero que se ejercitan en forma sucesiva”³⁶⁷, o, existe³⁶⁸ “entre tales derechos una relación de interferencia de contenidos”³⁶⁹ y, finalmente para otro sector de la doctrina las dos instituciones son sustancialmente lo mismo³⁷⁰.

³⁶⁶Cfr. CARRION LUGO, Jorge. Ob. Cit., p.424.

³⁶⁷ Esta postura sostiene que “El derecho a la tutela jurisdiccional consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder al órgano jurisdiccional por medio de la vía procesal correspondiente, por lo que su principal manifestación es el derecho de acción; de tal forma que una vez iniciado el proceso lo que suceda en el incumbe al debido proceso”. Es decir, primero opera la tutela jurisdiccional efectiva y en segundo orden el debido proceso. Cfr. GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Estudios Jurídicos*, México D.F., Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2000, p.38.

³⁶⁸ Incluso otra posición, explica que “la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son derechos distintos con propios contenidos y alcances, a consecuencia de que sus orígenes y vigencias radican en sistemas jurídicos distintos, así el derecho a la tutela jurisdiccional tiene su origen en el derecho eurocontinental mientras que el debido proceso legal tiene su origen en el derecho anglosajón, por tanto, son derechos distintos”. Cfr. GARCIA ROCA, Javier y otros. *Legislación Constitucional Básica*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p.88.

³⁶⁹ Posición sostenida por De Bernardis LLosá quien explica, “podemos advertir la estrecha relación que mantiene el debido proceso legal con la institución de la tutela judicial efectiva. Esta relación, no es una de todo o parte o aquella que podría darse entre instituciones que son contenidas una por la otra. Se trata, más bien, de dos conceptos que incorporan determinadas instituciones de origen procesal, que, al devenir constitucionalizadas, se convierten en garantías constitucionales que van a interactuar para proporcionar a cualquier persona las mayores posibilidades de acceso a la justicia a través del conocimiento y resolución de cada una de las controversias que se susciten y sometan al conocimiento de algún ente que se encargue de ello...., al margen de las instituciones procesales que contiene el concepto del debido proceso, éste no es parte del concepto de tutela judicial efectiva ni se encuentra supeditado a la misma. Tampoco que la tutela judicial efectiva abarque el concepto del debido proceso legal de forma que éste no pueda ser aplicado al margen de aquella”. Cfr. DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., 1995, p. 390-391.

³⁷⁰ Esta postura basada en una relación de identidad es propuesta por Marcial Rubio Correa, cuando sostiene que: “lo más razonable en vista de la cercanía de los conceptos, es decir que el debido proceso y tutela jurisdiccional, parecen ser en sustancia el mismo cuerpo de derechos que tienen dos nombres distintos por haber tenido dos procedencias

En todo caso, en nuestro sistema jurídico nacional, el Tribunal Constitucional, en una resolución sumamente clara, ha establecido que el debido proceso forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, además del derecho de acceso a la justicia y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, así textualmente dispuso: “*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*³⁷¹”.

En esta misma línea nuestro Código Procesal Civil, en el Artículo I del Título Preliminar igualmente concibe al debido proceso dentro de la categoría, y, derecho a la tutela jurisdiccional³⁷², al estipular:

“Artículo I Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso³⁷³”.

Al rededor del tema encontramos los postulados de Monroy Gálvez, cuando explica: “conviene en que es factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso. Antes del proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional es la potestad que permite exigir al Estado provea a la sociedad de los presupuestos o elementos necesarios, materiales y jurídicos, para el desarrollo de un proceso judicial, por este derecho es posible exigir al Estado la existencia de un órgano público encargado de la resolución de los conflictos y que el mismo tenga una infraestructura adecuada con normas procesales que aseguren un

distintas, tanto de naciones como de familias del derecho. Desde el punto de vista de la constitución debería haber bastado con una de las alternativas en este inciso y, en tal caso, debería haberse elegido la de debido proceso que tiene mayor reconocimiento en el derecho contemporáneo”. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*, tomo v, Lima, PUCP, 1999, p.65.

³⁷¹ STC del 06 de diciembre del 2002. (Expediente número 1042-2002-AA/TC). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.html>.

³⁷² Tal como lo hace también la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 7°, primer párrafo, al preceptuar:

“en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional efectiva, con la garantía de un debido proceso”.

³⁷³ Sistema Peruano de Información Jurídica. Texto único ordenado del Código Procesal Civil, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

tratamiento sencillo, didáctico y expeditivo al conflicto (prescindiendo si esa estructura material y jurídica será utilizada o no). Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto, debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia”³⁷⁴.

Respecto al segundo aspecto, durante el proceso, nos dice Monroy, “el derecho a la tutela jurisdiccional contiene un haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en todo proceso judicial y comprende dos derechos: el derecho al proceso, en virtud del cual nadie puede ser condenado sin proceso judicial previo, y *el derecho en el proceso, que sería el denominado derecho al debido proceso*”³⁷⁵.

Lo señalado admite considerar que la tesis de Monroy expone convenientemente el derecho a la tutela jurisdiccional, pues no podría considerarse agotado este derecho con el acceso al órgano judicial, sino que requiere que el Estado provea, ante un conflicto de intereses, un debido proceso.

A su parte, Ticona Postigo, considera que la tutela jurisdiccional efectiva es la expresión abstracta, y el debido proceso es la expresión concreta de un mismo derecho. O lo que es lo mismo, “el debido proceso es la expresión concreta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto este es un derecho abstracto pero su concreción se plasma a través del debido proceso. Sería algo así como que el derecho a la tutela jurisdiccional es la forma estática de ese derecho fundamental y el debido proceso la forma dinámica de aquel derecho”³⁷⁶.

De este modo, se puede llegar a concluir lo siguiente:

a) que la tutela jurisdiccional y el debido proceso forman un sólo derecho que se expresa en forma estática y dinámica, tal y como lo propone Ticona Postigo líneas arriba; b) compartiendo el criterio de Juan Monroy el derecho a la tutela

³⁷⁴ Cfr. Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 245-246.

³⁷⁵ *Ibíd.* p.246.

³⁷⁶ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Ob. Cit. p 242.

jurisdiccional despliega sus efectos, teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad, en dos momentos distintos: antes y durante el proceso, y c) la tutela jurisdiccional, según lo ha plasmado nuestro máximo interprete, se conformaría por tres derechos fundamentales: el derecho de acceso al proceso y jurisdicción, el derecho al debido proceso, y el derecho a la efectividad o eficacia de las sentencias y resoluciones; o en otras palabras: el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, el derecho a un proceso justo y razonable (debido proceso) y, el derecho a que se ejecute lo resuelto por el órgano jurisdiccional.

2.2.- Características del derecho a la tutela jurisdiccional

De la definición dada líneas arriba, se puede concluir que “el derecho a la tutela jurisdiccional tiene las siguientes características, es un derecho: fundamental, público, subjetivo, abstracto, de configuración legal, de contenido material y no puramente nominal”³⁷⁷.

2.2.1 Es un derecho fundamental

Es un derecho fundamental, porque “es inherente a la condición de persona que tiene todo ser humano, ya que concreta las exigencias de la dignidad y la igualdad humana. Pues si en un Estado fuera admisible que los particulares resuelvan por mano propia sus diferencias y controversias no se cumpliría la realización de la verdadera justicia en juicio”³⁷⁸.

Ello se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. “Pues el poder público siempre debe ejercerse al servicio del ser humano actuando para que él pueda vivir en sociedad bajo condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. De ahí la importancia de su reconocimiento, como derecho fundamental, por nuestra Constitución”³⁷⁹; así como en los diferentes tratados y convenciones ya precisados.

Como certeramente puntualiza Morello “el derecho a la tutela jurisdiccional se configura como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen

³⁷⁷ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Ob. Cit., p.41.

³⁷⁸ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco. Ob. Cit., p. 36.

³⁷⁹ Cfr. BELSITO, Cecilia y CAPORALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*, Argentina, Nova Tesis Editora Jurídica, 2005, p.171.

en un proceso, serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Y siendo un derecho fundamental, tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta seria, razonada, y cabalmente motivada a las pretensiones y defensas planteadas, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables”³⁸⁰.

2.2.2.- Es un derecho público

El derecho a la tutela jurisdiccional “es un derecho público porque la persona puede hacerlo efectivo o lo hace efectivo en contra o frente al Estado, el cual tiene el deber de la prestación de la actividad jurisdiccional con las garantías mínimas. Este derecho se ejercita para que el Estado, a través del órgano jurisdiccional competente, cumpla un servicio o función pública, como es la de administrar justicia para el caso concreto en donde se solicita su intervención”³⁸¹.

2.2.3.- Es un derecho subjetivo

Este derecho fundamental “es de carácter subjetivo porque corresponde a todo sujeto de derecho, a toda persona, por el sólo hecho de serlo, (incluso al concebido, para que se hagan valer los derechos que le favorecen), sea persona natural o jurídica, sea persona nacional o extranjera, persona capaz o incapaz (ejercitado por su representante legal); asimismo no interesa que se trate de personas de derecho público o de derecho privado”³⁸².

2.2.4.- Es un derecho abstracto y de configuración legal

“Tiene el goce y, en su caso, el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional todo aquél que tenga necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, sin que sea relevante probar previamente ser titular del derecho sustantivo que invoca en su demanda. Es suficiente encontrarse en estado de necesidad de tutela jurisdiccional, invocando interés para obrar o interés procesal”³⁸³.

³⁸⁰ Cfr. MORELLO, Augusto. *El proceso justo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2005, p. 286-287.

³⁸¹ Cfr. GONZALES PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3era edición, Madrid, Civitas, 2001, p 87.

³⁸² Cfr. MESINAS MONTERO, Federico. “El debido proceso en las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 5, setiembre 2006, Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.

³⁸³ Cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos. *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. Tomo X, Lima, Ed. Communitas, 2008, p. 56.

Sin embargo, habrá que tener en cuenta que “el ejercicio de este derecho debe hacerse, conforme a los requisitos, formas y condiciones razonables que el legislador, mediante ley ordinaria, ha establecido expresa e inequívocamente; en virtud a ello es que se afirma que es un derecho de configuración legal”³⁸⁴.

Lo que significa entonces “que el ejercicio de este derecho fundamental durante el proceso importa, por ejemplo, que tanto el actor como el demandado formulen sus pretensiones y sus medios de defensa que les concierne en la oportunidad legal correspondiente, bajo los requisitos y formas preestablecidas por la ley”.³⁸⁵

No obstante, señala Ticona Postigo, “si la norma procesal especifica o precisa los casos en que razonablemente el proceso debe concluirse, o impedir su iniciación, ello no significa lesión a este derecho fundamental, sería el caso, por ejemplo, cuando nuestro Código Procesal Civil faculta al juez para rechazar liminarmente la demanda bajo las causales expresas previstas en sus artículos 426³⁸⁶ y 427 del CPC³⁸⁷, pues, resulta razonable que si manifiestamente falta un requisito de fondo a la demanda, esta sea improcedente”³⁸⁸.

³⁸⁴ Cfr. DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. Ob. Cit., p 23.

³⁸⁵ “De ahí que esta característica juegue un rol muy importante dentro y fuera del proceso, pues los requisitos procesales ordenan el proceso y consiguen la seguridad a través de la legalidad, sin que puedan ser entendidos como obstáculos para impedir o dificultar el acceso a la justicia”. Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Ob. Cit., p. 43.

³⁸⁶ “Artículo 426.- El Juez declara inadmisibile la demanda cuando: 1.- No tenga los requisitos legales; 2. No se acompañan los anexos exigidos por ley, 3. El petitorio sea incompleto o impreciso. 4.- Contenga una indebida acumulación de pretensiones. En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado a criterio del Juez, este rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente”. (ubicado el 20.XI 2015). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

³⁸⁷ “Artículo 427.- El Juez declara improcedente la demanda cuando: 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; 3. Advierta la caducidad del derecho; 4. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o 5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible. Si el Juez estima que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez”. Sistema Peruano de Información Jurídica. Texto único ordenado del Código Procesal Civil, 2015 (ubicado el 20.XI 2015). Obtenido en:

Por ello se podría decir que la característica de abstracto está sujeta, en cierta medida, a la característica de configuración legal.

2.2.5.- Es un derecho de contenido material y no puramente nominal

“Esta característica nos indica que cuando se afirme la lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se pruebe que tal lesión se ha producido. Si no se ha producido realmente indefensión no hay vulneración de este derecho fundamental. En este sentido, para evaluar esta lesión, es necesario tener en cuenta los principios que morigeran o excluyen las nulidades procesales, tales como la convalidación, la subsanación, la integración judicial, etc.”³⁸⁹

Así, por ejemplo, “no hay infracción a las normas que protegen este derecho fundamental, si el justiciable ha procedido en el proceso como si hubiese tenido conocimiento oportuno de la resolución cuyo contenido se ha omitido notificarlo (artículo 172° primer párrafo del C.P.C); tampoco hay lesión a este derecho si el reclamante ha propiciado, producido o permitido el vicio procesal que sustenta su reclamo (artículo 175° inc. 1 C.P.C). En resumen, no es suficiente lo formal y aparente lesión de este derecho humano, sino que necesariamente debe haberse producido verdadera y materialmente, perjudicando gravemente el derecho de acción del actor, o el derecho de contradicción del demandado o, en su caso, el derecho al debido proceso de cualquiera de los litigantes”³⁹⁰.

Al respecto habrá que recordar que si bien, en la hipótesis planteada no existe oposición por parte del demandado, ante una medida cautelar sobre el fondo que se encuentra desnaturalizada; también habrá que tener en cuenta que los efectos que devengan de la misma se encuentran en oposición a la finalidad y naturaleza del proceso cautelar, además de significar una vulneración a la garantía constitucional y procesal del debido proceso.

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>.

³⁸⁸ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Ob. Cit., p. Ibíd., p. 44.

³⁸⁹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 1999, p. 26.

³⁹⁰ Ibid., p. 27.

2.3.- El derecho a la tutela jurisdiccional en el curso del proceso (Debido Proceso o proceso justo)

2.3.1.- Debido Proceso- Definición

Existe acuerdo en la doctrina, en que “el origen histórico de la institución del debido proceso³⁹¹ se halla en la Carta Magna promulgada por el rey Juan de Inglaterra (conocido en la historia como Juan sin tierra) en el año de 1215, cuyo capítulo 39³⁹² incorpora la garantía de que nadie sea juzgado sin previo proceso, ante un Juez competente y aplicando las leyes vigentes”³⁹³.

Así el debido proceso³⁹⁴ “se presenta como una garantía y un derecho fundamental”³⁹⁵ de todos los justiciables, “que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción, acceder efectivamente a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo, a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial”³⁹⁶. Particularmente, nuestra Constitución Política actual es quien consagra el debido proceso³⁹⁷, artículo 139° inciso 3,

³⁹¹ Designado también como proceso debido, debido proceso legal, derecho de audiencia, derecho de defensa, proceso justo, justicia fundamental (Constitución de Canadá), etc.

³⁹² “Capítulo 39: Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos o haremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal de sus pares, según la ley del país. Como ya se dijo, en esta norma existen dos conceptos importantes, en cuanto a garantías procesales: a) la garantía del juez competente y, b) que el juicio se perfila, conforme a la ley preexistente del país”. Cfr. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Ob. Cit. p 64.

³⁹³ “Carta que fue reafirmada en 1216, por su sucesor, el entonces niño rey Enrique III; siendo la primera vez de unas treinta veces en que dicha Carta fue reexpedida por los monarcas ingleses durante los dos siglos siguientes. En la Carta Magna expedida por el Rey Juan no apareció la famosa frase inglés con la que hasta hoy se recuerda al debido proceso (due pro cess of law), esta frase se incorporó recién en 1354 en la Carta Magna reexpedida por el Rey Eduardo III”. *Ibíd.*, p. 64.

³⁹⁴ El derecho a un debido proceso, al igual que la tutela jurisdiccional, es un derecho constitucional, fundamental y humano que pertenece a todo sujeto de derecho.

³⁹⁵ “El derecho al debido proceso es un derecho fundamental, pues constituye un elemento esencial u obligatorio en toda sociedad que se enmarque dentro de un Estado de derecho, en tanto garantiza la dignidad de quienes la conforman y asegura que la solución de sus conflictos o incertidumbres contribuya a la convivencia pacífica”. Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “*Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia*”. *En Themis*, N° 43, 2001, p.20.

³⁹⁶ Cfr. DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., 1995, p. 138.

³⁹⁷ “A diferencia de la Constitución de 1979 cuyo Título I, referido a los derechos y deberes fundamentales de la persona, nada decía expresamente respecto a que el derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales sea uno de los derechos fundamentales de la persona que allí se enumeran de modo expreso. Tampoco aparecía nada explícito del capítulo IX, referente al Poder Judicial,

como principio y derecho de la función jurisdiccional; sin embargo, su definición es tarea complicada, y aún ejercicio inacabado, al abarcar diversos aspectos que han sido desarrollados por doctrinarios, y ordenamientos, de diferentes maneras.

Pero, para efectos didácticos se ha optado por lo que en términos latos señala el Tribunal Constitucional, cuando textualmente dispone: “*por debido proceso debe entenderse a aquellas garantías procesales que deben ser respetadas durante el desarrollo del proceso, para no afectar su decurso y convertirlo en irregular*”³⁹⁸.

Por esta razón, enseña Hurtado “cuando al Estado se le exige el otorgamiento de tutela jurisdiccional se exige también que esta tutela sea otorgada en el proceso con garantías mínimas; esto significa que el Estado no sólo debe abocarse a resolver el conflicto de intereses (a través de la sentencia) sino que a esta decisión debe llegarse después de haberse otorgado a las partes las garantías

cuando a partir del artículo 232 se refiere de modo asistemático a las garantías constitucionales de la administración de justicia, en clara diferenciación con la Constitución actual. Sin embargo, ello no significa que el derecho al debido proceso no estuviera reconocido por nuestro texto constitucional de modo directo, aún a falta de su explicitud, puesto que aparece inferido no solo de la enumeración que realiza el propio numeral 233° y las demás normas sistemáticas conexas, sino de la propia normatividad referida a los derechos fundamentales de las personas de su artículo 2.

Así teníamos que a fines de 1991 ninguna norma de nuestro sistema jurídico nacional hace referencia expresa al debido proceso en tanto derecho público- subjetivo que toda persona tiene. Pero la ausencia de mención explícita no fue óbice en su día para comprender adecuadamente que dicho derecho fundamental existía y era exigible, por lo que podía ser considerado, como de hecho fue en la jurisprudencia y en la doctrina, como una Garantía Innominada de la Administración de Justicia. Ahora bien, la falta de nominación dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, hasta 1992, fue subsanada por primera vez por el Decreto Legislativo N° 767 que aprobó el 29 de noviembre de 1991, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 7 consagró expresamente el derecho al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional; luego de eso fue la Constitución Política del Estado de 1993 la que avanzó con esta denominación a nivel expreso, cuando en el inciso 3 del artículo 139 de su texto, expresó como principio y derecho de la función jurisdiccional La observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional”. Cfr. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*, Lima, W.J Editor, 1993, p. 104.

³⁹⁸ A su vez, el llamado Tribunal Constitucional, ha establecido “que el procedimiento irregular no era otro que aquel proceso en donde se había contravenido el debido proceso (cuando se infringen las normas del debido proceso)”. STC del 09 de noviembre del 2005. (Expediente número 3789-2005-PHC/TC, fundamento 13). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03789-2005-HC.html>

mínimas para que puedan obtener de manera satisfactoria la tutela que exigen del Estado”³⁹⁹.

Tal es el caso concreto de los derechos a la defensa, la debida motivación, así como el cumplimiento de estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad, entre otras, que toda decisión jurisdiccional, incluyendo las cautelares, debe tener.

Y si bien “se instituye un *mínimum de garantías*, y no un máximo, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repunte como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un Debido Proceso Legal. Estos no se agotan en sí mismos, sino que son susceptibles de aplicación doctrinaria o interpretativa”⁴⁰⁰. “De allí que se sostenga que el debido proceso es una institución compleja, pues pese a su longevidad es un derecho que viene evolucionando desde la fecha que se habló de garantías mínimas en el proceso”⁴⁰¹.

Entre tanto es importante destacar, además, que “a través del cumplimiento de aquellas garantías mínimas se cumple, plena y efectivamente con las finalidades y funciones que le han sido adjudicados al proceso, a decir: el acceso al ideal humano de justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres en un Estado democrático de derecho, y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares, otorgándoles a cada uno lo que en derecho le corresponde”⁴⁰². Así, “el proceso judicial deberá ser el instrumento sustantivo para la tutela del derecho, y con ello se producirá la materialización del derecho fundamental”⁴⁰³.

³⁹⁹ Cfr. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Ob. Cit., p. 65.

⁴⁰⁰ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Lima, Jurista Editores, 2003, p. 219.

⁴⁰¹ Cfr. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*, Ob. Cit., p. 104.

⁴⁰² “Para que ello sea realidad el proceso judicial debe estar revestido de un mínimo de principios y presupuestos procesales que lo garanticen, lo hagan práctico, viable, tangible y perceptible, es decir, que lo revistan de aquel halo de debido proceso y que lo dirijan hacia el otorgamiento de una tutela judicial efectiva”. Ibid. p. 209.

⁴⁰³ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Ob. Cit., p. 217.

En consecuencia, “a través del debido proceso podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso, como instrumento, sirve adecuadamente para su objeto y finalidad; así como sancionar lo que no cumpla con ello, posibilitando la corrección y subsanación de los errores que se hubiesen cometido”⁴⁰⁴.

Por otro lado es preciso señalar que “el derecho al Debido Proceso no sólo tiene aplicación en los asuntos judiciales, sino también a todos los que se desarrollen en el seno de una sociedad y que supongan la aplicación del derecho a un caso concreto por parte de la autoridad, y del que se deriven consecuencias intersubjetivas”⁴⁰⁵ al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal”⁴⁰⁶.

En otras palabras, siempre que de la discusión central puedan afectarse derechos intersubjetivos, corresponderá cumplir con las exigencias de un debido proceso, de modo que se dé el respeto, durante todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar cualquier sujeto de derecho a fin de que el litigio sea tramitado y resuelto en justicia, con el propósito de impedir la arbitrariedad, en todo espacio, en el que se decidan derechos o intereses que resulten ser jurídicamente relevantes.

Pero, “aun cuando el sentido de debido proceso se haya extendido a casi todo el funcionamiento del aparato estatal, aquél será un concepto íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial, ya que su raíz y fundamento se halla en el proceso judicial jurisdiccional”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴Cfr. FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México D.F., Pourra, 1999, p. 30.

⁴⁰⁵Cfr. MESINAS MONTERO, Federico. *El debido proceso en las sentencias del Tribunal Constitucional, Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 5, setiembre del 2006, p.28.

⁴⁰⁶ Cfr. CACERES JULCA, Roberto. *Comentarios al título preliminar del Código procesal penal: tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, principio de legalidad, derecho de defensa, ne bis in idem y otras garantías fundamentales del proceso penal*, Lima, Grijley, 2009, p 45.

⁴⁰⁷ Cfr. FIX ZAMUNDIO, Héctor. Ob. Cit., p. 35

En síntesis se puede decir que el debido proceso se asienta en la concepción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, significando la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, como fuente de tutela de los derechos subjetivos, pues el Estado, no sólo deberá proveer la prestación jurisdiccional, sino que deberá también garantizar al justiciable que aquella se dará bajo ciertas garantías que le aseguren un juzgamiento imparcial, justo, ante un juez responsable, competente; y bajo criterios de razonabilidad.

2.3.2.- Dimensiones del debido proceso

Precisamente la Corte Suprema ha establecido y fijado las dimensiones del debido proceso, desde una perspectiva general de la jurisdicción, cuando dispone: “El debido proceso, tiene dos dimensiones: *una dimensión procesal adjetiva o formal; y otra sustantiva o material*. La dimensión procesal, comprende derechos específicos, igualmente de carácter fundamental, como son: a) al procedimiento legal y previamente establecido; b) al juez determinado por la Constitución y predeterminado por la ley (juez natural); c) a un emplazamiento válido en el ámbito del proceso civil, o a ser informado de la imputación o acusación en el ámbito del derecho penal; d) a ser oído o derecho de audiencia en lo civil, y a no ser condenado en ausencia en lo penal; e) a la defensa y asistencia del letrado; f) el derecho a la prueba; g) al uso del propio idioma y, en caso necesario, al intérprete; h) a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; i) a un proceso de duración razonable, sin dilaciones indebidas; j) a la presunción de inocencia; k) a la publicidad del proceso, salvo casos excepcionales; l) a que el juez que instruya o investiga sea distinto al que juzga o sentencia en lo penal; m) a una sentencia congruente, motivada en forma adecuada y suficiente; n) a la instancia plural y control constitucional del proceso; o) a la prohibición de la reforma peyorativa, reforma en peor; p) a la cosa juzgada con un mínimo contenido de justicia con carácter inmutable; q) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho: *ne bis in idem*⁴⁰⁸”.

⁴⁰⁸ TICONA POSTIGO, Víctor *El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el estado constitucional de derecho*, 2013, (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236a/2.+Doc+trina+Nacional+-+Magistrados+->

Siendo así hay autores que afirman “que el debido proceso comprende en sus aspectos procesales numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes cuanto, con la jurisdicción, puesto que no puede existir una adecuada defensa en el proceso que se siga, por ejemplo, ante tribunales de excepción, o cuando carezcan de independencia”⁴⁰⁹.

“En tanto el debido proceso, *en su dimensión material o sustantiva*, exige que la decisión jurisdiccional sea razonable; y no obstante esto, en atención a la característica de los derechos fundamentales que se ha venido en denominar de especificidad, progresividad y expansividad; debe interpretarse que el debido proceso en su dimensión material exige una sentencia jurisdiccional objetiva y materialmente justa, en conjunción con los otros valores y principios reconocidos por la Constitución Política del Estado, de tal manera que la sentencia concrete tales valores, principios, y, esencialmente el valor superior del ordenamiento jurídico, como es la justicia”⁴¹⁰

“Es aquí que el debido proceso formal se enlaza con el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad. De modo tal que, al recaudo de contenido razonable en la ley, se agrega formalmente el del procedimiento también razonable en la aplicación de la ley”⁴¹¹.

De ahí que el debido proceso sustantivo se encuentra íntimamente ligado al debido proceso formal, pues el Estado no solo a de brindar un juzgamiento imparcial, justo y razonable, ante el órgano jurisdiccional competente, sino que tal juzgamiento debe ser el resultado de la actividad de normas procesales razonables.

2.3.3- Elementos que conforman el debido proceso y derechos vulnerados según la hipótesis planteada

Esta tercera parte incluye precisamente a los principios y garantías procesales que dan contenido al concepto de debido proceso, y que han devenido

[+V%C3%ADctor+Ticona+Postigo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236a](#)

⁴⁰⁹Cfr. FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, Ob. Cit., p. 29.

⁴¹⁰ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. Cit., p. 27.

⁴¹¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ob. Cit., p. 386.

positivizados tanto en el texto constitucional como en diferentes códigos de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, antes de comenzar este apartado, resulta significativo citar lo que Esparza Leibar puntualiza, respecto a la naturaleza y elementos del debido proceso:

“este, es el momento oportuno para recordar la enorme complejidad de la institución del due process of law no sólo en los EE.UU., sino en general en los países de tradición jurídica anglosajona, y la razón de dicha complejidad es que la institución se ha ido desarrollando a través del sistema de creación jurisprudencial del derecho a lo largo de más de siete siglos, con lo que en la actualidad su presencia es patente en todos los ámbitos relevantes del derecho y en relación a los bienes o derechos fundamentales de la persona”⁴¹²(el subrayado es nuestro).

Lo dicho es punto de partida para que “en la doctrina y en el derecho comparado no exista consenso y unidad de criterio sobre cuáles y cuántos son los elementos del debido proceso formal o procesal, proponiéndose elementos desde la óptica del proceso civil, del proceso penal, y aún del proceso administrativo”⁴¹³.

Precisamente, la Constitución Política desde una perspectiva general de la jurisdicción, mezclando elementos del derecho civil como del derecho penal, ha establecido y fijado en gran parte cuáles son esos elementos esenciales que en conjunto dan contenido al debido proceso, es decir, aquellos principios y presupuestos procesales necesarios, que van a garantizar y hacer efectivo el derecho.

Así tenemos que el artículo 139 de la Constitución Política consigna una lista de elementos que conforman el debido proceso, por ejemplo, encontramos el Derecho al juez natural⁴¹⁴, “a la motivación escrita de las resoluciones judiciales

⁴¹² TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Ob. Cit., p 68.

⁴¹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. Cit., p 25.

⁴¹⁴ “El derecho al juez natural comporta que, de iniciarse un proceso para ventilar tal pretensión, este sea decidido por el juez ordinario prefijado por ley de modo previo y objetivo”. Cfr. MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín y otros. *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 215.

con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan, in dubio pro reo”⁴¹⁵, entre otros.

Por su parte el Código Procesal Constitucional en su artículo 4 comprende otros derechos como: el libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar⁴¹⁶, “de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada temporal y oportuna de las resoluciones judiciales”⁴¹⁷, entre otros.

“Sin embargo, tal relación debe ser entendida como meramente ejemplificativa o enumerativa, y no taxativa o *numerus clausus*, pues constituiría un absurdo pretender encerrar, en una interpretación restrictiva, sólo a las que aparecen allí consignadas”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Cfr. GARCIA ROCA, Javier y otros. Ob. Cit., p. 34.

⁴¹⁶ “Esta faceta del debido proceso impone al juez a no privar del derecho de ofrecer y de actuar las pruebas pertinentes, así como de admitir los medios de prueba que habiendo sido ofrecidos oportunamente son pertinentes. El Código establece la oportunidad en que deben ser ofrecidas, admitirse y actuarse los medios de prueba. Esta faceta del debido proceso comprende cuatro derechos específicos: a) derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente del proceso; b) derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la impunidad de ley; c) derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos de las partes; y, d) derecho a controlar e impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria”. Cfr. ZVALETA CARRUITERO, Wilverder. *Código Procesal Civil*, Tomo III, Lima, Rodhas, 2002, p 235.

⁴¹⁷ “No se debe privar al demandado de una razonable oportunidad, dentro del proceso, de plantear los fundamentos de hecho con los que resiste la pretensión del actor. Nadie puede ser condenado sin ser previamente escuchado o por lo menos sin habersele dado la posibilidad concreta y objetiva de exponer sus razones. Si el demandado, después de haber sido emplazado, se apersona al proceso contestando la demanda por escrito, estará ejercitando y haciendo efectivo su derecho de contradicción, derecho que desde luego no se agota con la contestación de la demanda. Aunque el demandado, después de haber sido emplazado, no conteste la demanda, el derecho de contradicción importa proteger y amparar su simple posibilidad o eventualidad de defensa”. Cfr. MONROY GALVES, Juan. *Teoría General del Proceso*, 3era edición, Tomo 6, Lima, Editorial Communitas, 2009, p. 457-458.

⁴¹⁸ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Ob. Cit., p 219.

De hecho, debido a la gran variedad de derechos o principios que comprende el debido proceso, algunos autores consideran que aquél “es un derecho género u omnicompreensivo que contiene a su vez, derechos también fundamentales”⁴¹⁹.

Por otro lado, “es necesario señalar que la vigencia, prioridad y preeminencia de los derechos fundamentales, que forman parte del debido proceso, se genera de forma horizontal, pues ninguno de ellos se encuentra en posición de desventaja respecto de los otros, ni tampoco en posición preferente, todos son necesarios para lograr que la tutela jurisdiccional se constituya en efectiva”⁴²⁰.

De este modo, cabe señalar que para fines de la presente investigación solo se desarrollarán algunos elementos del debido proceso que, desde la óptica del proceso civil, han sido vulnerados a razón del supuesto de hecho planteado. Pues como se puede advertir, el tema de investigación nos indica la imperiosa necesidad de analizar con algún detalle, las características, el contenido y las facetas de algunos elementos del debido proceso, con referencia a la búsqueda de una la solución a la problemática planteada.

Así tenemos, derechos vulnerados a consecuencia de la desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo:

a) Intervención de un juez responsable

“En el campo de la actividad judicial una vez asegurada la independencia del juez; aquél puede actuar sin más restricciones que las específicas de su propio deber funcional, y, ya asegurada su autoridad, como resultado, sus fallos serian efectivamente cumplidos. De ahí que el juez posea en sus manos tal cúmulo de poder, superior al de cualquier otro hombre, dentro del sistema de derecho. En esa situación solo la responsabilidad plena por el uso de la autoridad puede constituir un eficaz medio de contención”⁴²¹.

⁴¹⁹ Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Ob. Cit. p. 245.

⁴²⁰ Cfr. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Ob. Cit., p 44

⁴²¹ “El freno de la libertad es la responsabilidad; nada hay que temer en un régimen de libertad, si él se halla celosamente contrabalanceado por un severo sistema de responsabilidad. Y mucho menos todavía del Judicial, que es el más débil de los Poderes del Estado. Y nada hay que temer de la autoridad que se le confiere, en tanto sea

Y, dado que el juez es el artífice del fallo, “su responsabilidad en el plano de la actividad judicial, hace referencia a que aquél posea una adecuada preparación, capacidad y sensibilidad jurídica (también humanas) pues de ello dependerá el resultado que se alcance en la conclusión del proceso, que se grafica en la sentencia final, y en su consecuencia lógica y necesaria que es la ejecución”⁴²².

Por ello la responsabilidad en el juez, involucra esencialmente dos aspectos el primero tiene relación directa con cumplir los deberes específicos de su propio deber funcional; y el segundo tiene correspondencia con la preparación, capacidad, conocimiento jurídico, sensibilidad humana que ha de tener el juez, porque “se impone la necesidad de una justicia profesional y especializada y, por ende tecnificada en el más amplio sentido de la palabra⁴²³”. Pues el proceso requiere no sólo de técnicas y procedimientos, sino de la aplicación de la técnica procesal idónea, para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos⁴²⁴.

Esto último es muy importante, en tanto se hace hincapié a una de las responsabilidades que recae en el juez de tener que usar, no solo la técnica en el proceso, sino emplear la técnica idónea, lo cual sólo se dará si el juez cuenta con conocimiento jurídico especializado del Derecho.

Entonces, que el juez posea un conocimiento especializado del Derecho es una responsabilidad para él que deriva de su función y, contrario sensu, una garantía para el justiciable.

Es en base a lo expuesto, y dirigiéndonos a la problemática planteada, encontramos que el juez que resuelve un proceso cautelar debe de conocer no sólo la naturaleza y finalidad de esta institución jurídica, sino también las leyes que giran alrededor de esta, con el propósito de suministrar un pronunciamiento válido y de derecho a las partes. De modo que, si el magistrado se pronuncia

efectiva su responsabilidad”. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*, Tomo II, Barcelona, JM Bosch Editor S.A., 1992, p.953.

⁴²² De ahí el aforismo iura niovit curia. Cfr. FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. Ob. Cit., p 47.

⁴²³Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Doctrina jurisprudencial, Barcelona, Ariel, 1995, p.254.

⁴²⁴ Cfr. CAVANI BRAIN, Renzo. *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p 38.

sobre una petición de medida cautelar sobre el fondo, éste debe estar en la obligación de conocer en qué consiste, cuáles son las instituciones y garantías procesales que la conforman, y sobre todo sus límites.

Así recordando lo expuesto en el capítulo anterior tenemos que originalmente la institución de medida cautelar sobre el fondo, está concebida como aquella institución jurídica, de carácter excepcional, cuyo objeto consiste en anticipar lo que va hacer objeto de decisión en la sentencia final, constituyendo tales medidas la pretensión misma, y pese a la referida coincidencia, no significa el amparo definitivo de la demanda; y a su carácter provisorio se suma, como nota singular, el hecho de que los efectos de la decisión que se anticipa, puedan ser de posible reversión y que no afecten el interés público

Nosotros sabemos que una medida cautelar, cualquiera de ellas, posee límites o características propias, tal como la reversibilidad, provisionalidad e instrumentalidad, no sólo porque la doctrina así lo señale sino porque el propio Código Procesal Civil lo preceptúa.

Por tanto cuando el juez, según el supuesto de hecho planteado, concede la medida cautelar sobre el fondo pasando el límite de la posible reversión y provisionalidad de la medida cautelar otorgada, instaurando una situación en la que el demandante en el proceso principal pueda seguir gozando de la situación creada por la cautelar; estaría actuando de una manera irresponsable, y esto, por el indebido uso de la institución cautelar sobre el fondo, al alterar lo consustancial de esta figura jurídica. No cumpliéndose con la garantía de una justicia profesional, dejando en un estado de inseguridad al justiciable.

Esta desviación en la decisión jurisdiccional, hace evidente la violación del derecho a un debido proceso pues se ha violentado la garantía del justiciable de contar con un juez responsable, que resuelva el proceso cautelar de manera idónea, capaz, y objetiva contando con el conocimiento suficiente de lo que implica la institución jurídica llamada medida cautelar sobre el fondo y cuáles pueden ser sus efectos directos.

Pues el derecho de los justiciables no solo consiste en contar con el mecanismo jurídico llamado medidas cautelares, a las que puedan acudir con el propósito de resguardar algún derecho, sino también que aquéllas se utilicen de una manera adecuada para ambas partes, según su naturaleza, finalidad y motivo, y es ahí donde el juez juega un papel fundamental, al ser el director del proceso, pues deberá concretar lo que las leyes y doctrina manden.

También es significativo señalar que siendo el juez (prefijado por ley) quien decide sobre la pretensión cautelar, resolviendo la solicitud cautelar que se pone a su consideración, se le exija que actúe de una manera apropiada; para, y a su vez, efectivizar la tutela jurisdiccional. *Contrario sensu*, si aquél actúa sin tener en consideración la tutela jurisdiccional (y con ello el conjunto de garantías procesales que componen el debido proceso), se encontraría vulnerando no solo el mencionado derecho sino también la tutela que como juez debe brindar a las partes, basada en la observancia de los principios⁴²⁵ que rigen la función jurisdiccional.

b) Derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho, razonable y congruente

“Unas de las facetas más importantes del debido proceso es el deber del juez de fundamentar una sentencia, convirtiéndola en un acto intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, configurado por el conjunto de razonamientos fácticos y jurídicos que sustentan la parte resolutive de aquélla”⁴²⁶.

Constituyendo así “la fundamentación y razonable motivación de toda decisión jurisdiccional, no sólo de los fallos definitivos o declaraciones de certeza, una de las principales garantías de la administración de justicia en la conformación del debido proceso”⁴²⁷. Ya que “el derecho del justiciable le alcanza para reclamar del Estado no sólo la tutela jurisdiccional efectiva, sino también para exigir que la

⁴²⁵ “Se entiende por principio la base, el fundamento, la razón fundamental sobre el cual se organiza una institución y esta ejerce sus funciones”. Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*, Ob. Cit., p.36.

⁴²⁶ Cfr. HINOSTOZA MINGUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 589.

⁴²⁷ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Ob. Cit., p 230.

misma termine materializada en una declaración que tenga razonabilidad en su fundamento”⁴²⁸.

Ahora bien, cuando un juez concede al peticionante de una medida cautelar lo mismo que recibiría en el proceso principal, sin que pueda darse la consecuencia necesaria de la posible y fácil reversión, se estaría contraviniendo las nociones de razonabilidad y logicidad, exigibles en el aspecto sustancial del debido proceso.

Pues resulta indudable, que el derecho que corresponde del devenir de la medida cautelar sobre el fondo es la satisfacción de manera anticipada de la pretensión principal, pero a las resueltas del fallo (que ha de dictarse al final del proceso), sin que sus efectos puedan prolongarse fuera de lo necesario o afecten el proceso principal.

De ahí que la razonabilidad en el pensamiento del juzgador es pieza clave para este tipo de figura jurídica.

Constituyendo esta desnaturalización de la medida cautelar sobre el fondo, una violación al derecho que tiene todo justiciable de tener una resolución fundada en derecho, razonable y congruente.

A todo esto, señala Marcial Rubio, “las resoluciones judiciales tienen un necesario valor pedagógico y creativo fundamental dentro del derecho, de la realidad social y una evidencia palpable de la verdadera capacidad del aparato jurisdiccional para resolver los conflictos sociales con equidad y justicia⁴²⁹”.

Por último, cuando se hace mención a la violación del derecho de tener una resolución congruente se hace referencia a la congruencia judicial, es decir, a aquella correspondencia o coherencia que debe existir en la jurisprudencia nacional, en procura de unificar los criterios jurisprudenciales de interpretación que garantice un sistema procesal coherente, lógico y racional⁴³⁰. Y ello porque al permitir la validez y eficacia de la resolución judicial, que otorga una medida

⁴²⁸ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ob. Cit., p 386.

⁴²⁹ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Ob. Cit., p.417.

⁴³⁰ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. Ob. Cit., p.228.

cautelar sobre el fondo, que pueda afectar o volver innecesario el proceso principal, se cambiaría el sentido de lo que hasta ahora se entiende por medidas cautelares sobre el fondo. Sin dejar de lado que a nivel judicial genera inseguridad jurídica.

2.4.- Desarrollo de la hipótesis

Es pertinente llegados a este punto, recordar el planteamiento del problema (o supuesto de hecho) que sirvió como punto de origen para esta investigación, es decir, el caso Ríos Castillo.

Proceso en el cual se deja sin efecto una medida cautelar sobre el fondo, que ordenaba la culminación del procedimiento de designación como magistrado del Tribunal Constitucional, al señor Ríos Castillo; bajo el sustento de que se suspendía la misma porque generaba “un posible conflicto de intereses”.⁴³¹ En la medida que se encontraban involucrados, de alguna forma, el Congreso de la República, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional de Perú.

“Situación que pudo haber generado decisiones con carácter más definitivo, o una serie de relaciones y situaciones jurídicas que devengan en un invariable perjuicio a algunas de las partes involucradas. Desconociéndose el carácter o límite de la irreversibilidad de dicha medida. Pues desafortunadamente el pronunciamiento del Juez Rosales Mora (Juez que dictaminó la cautelar sobre el fondo) solamente no toma en cuenta esta invocación hecha en la normatividad vigente, sino que además, deja de lado un elemento vital dentro de toda labor de interpretación constitucional: su carácter previsor, o, dicho con otras palabras, su preocupación por resolver las situaciones de conflicto o incertidumbre ya existentes sin generar con ello nuevos conflictos y problemas. Esto último toma especial relevancia si se aprecia que estamos aquí ante una resolución cuya apelación es sin efecto

⁴³¹ Cfr. La Tremenda Corte de Ríos Castillo. Ilustración Peruana Caretas. (ubicado el 23.x.2014). Obtenido en <http://www2.caretas.pe/Main.asp?T=3082&idE=867&idS=251#.W-o8ltJKjMw>

*suspendido, y, por ende, en puridad se debe cumplir y hacer cumplir a la brevedad posible*⁴³².

De ahí, que en el presente trabajo, haya surgido el planteamiento de la problemática: de qué sucedería si este caso llegara a presentarse en sede civil, es decir, se conceda una medida cautelar sobre el fondo que desconozca su naturaleza y finalidad (se desconoce el carácter instrumental, provisorio y sobre todo revocable); cuál sería el mecanismo de protección procesal idóneo, frente a la afectación del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva; pues, como ya se ha analizado en el ítem anterior se estaría afectando gravemente las garantías procesales de una resolución razonable, congruente, fundada en derecho y bajo la actuación de un Juez responsable.

Problemática que además tiene en cuenta las premisas de que la oposición es sin carácter suspendido y que el afectado no estableció oposición. Respecto a esta última observación es preciso señalar que las consecuencias que deberían devenir de una medida cautelar, no pueden ir en detrimento del asunto principal, disgregarse de su propia finalidad jurídica, ni mucho menos afectar derechos constitucionales. Exista o no oposición, (véase este como recurso) por parte del demandado.

Es por ello, que la hipótesis planteada consiste en que, ante la inactividad del perjudicado, sea el propio Juez quien de oficio declare la nulidad del auto que concede la cautelar, basados en la potestad nulificante del juzgador; (parte final del artículo 176° del CPC); dictando a su vez, la cautelar que corresponde o lo que corresponda.

Por ello, y a causa de la hipótesis esbozada cabe exponer y analizar ahora, dos puntos que deben ser desarrollados en relación a la posibilidad de aplicar la facultad de apreciación de oficio para el supuesto planteado. El primero hace

⁴³² Cfr. ESPINOSA SALDAÑA BARRRERA, Eloy. *Reflexiones a la luz de lo sucedido en el caso "Ríos Castillo"*. En: Enfoque Derecho, 20 de febrero de 2010. <http://enfoquederecho.com/publico/constitucional/reflexiones-a-la-luz-de-lo-sucedido-en-el-caso-%E2%80%99Crios-castillo%E2%80%9D/>

referencia a su fundamentación. Y el segundo comprende una excepción a los límites de esta facultad.

a) Fundamentación y consecuencias

Esta facultad de apreciación de oficio se halla regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 176° último párrafo del CPC, el cual dispone:

“Artículo 176.- Oportunidad y trámite (...) Los jueces solo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”⁴³³.

“Facultad del órgano jurisdiccional, para vigilar de oficio la regularidad del proceso, que encuentra su fundamentación, desde un punto de vista general, en el marcado carácter de orden público que tienen las normas procesales que las hace de obligado cumplimiento, de modo que su quebrantamiento provoca la nulidad de los actos procesales afectados, nulidad que los tribunales deben declarar tan pronto como la perciban, incluso, cuando las partes no hubiesen instado la declaración expresa de la misma”⁴³⁴.

Y, “desde una perspectiva procesal del tema, esta facultad del órgano jurisdiccional encuentra explicación en el artículo 7 de la LOPJ, el cual impone la protección y tutela a todos los juzgados y tribunales en relación con los derechos y libertades que se reconocen en el Título IV, capítulo VIII de la Constitución Peruana y especialmente, con referencia a los derechos enunciados en el artículo 139° de la misma norma fundamental”⁴³⁵. Por eso Vescovi precisa, “que habrá también la posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obsten a la constitución de una relación procesal válida, o se violen las garantías del debido

⁴³³ Cfr. Sistema Peruano de Información Jurídica. Texto único ordenado del Código Procesal Civil, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>.

⁴³⁴ Cas. N° 1672-2004-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 30 de mayo del 2005.

⁴³⁵ Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla. *Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil*, Lima, Instituto Pacífico Editores, 2015, pp. 111-112.

*proceso, que, en el fondo, surgen de las normas jurídicas positivas”*⁴³⁶ (el énfasis es nuestro).

Encontrando así, la hipótesis propuesta su sustento, en tanto se ha podido verificar, según lo analizado, que la desnaturalización de una medida cautelar sobre el fondo genera una indudable vulneración al derecho a un debido proceso y con ello a la tutela jurisdiccional efectiva. Derechos consagrados en el artículo 139° de nuestra Constitución Política.

De hecho, si ya se tiene conocimiento que la infracción a las normas jurídicas que regulan la medida cautelar sobre el fondo, proviene de la actuación judicial y no necesariamente de la parte afectada, pues es el juez quien concede la cautelar, bajo un proceso en reserva, desconociendo su finalidad y naturaleza; esto significaría que el ejercicio de esta facultad, de nulidad de oficio, viene a ser la mejor forma de librar al perjudicado de lo indebida o erróneamente concedido.

Por otra parte, es propicio indicar que la hipótesis de que sea el propio juez quien dé trámite a la nulidad, pese a que el demandado deja transcurrir el plazo para entablar oposición; deriva del derecho a pedir que se ejerza lo que el Juez puede hacer de oficio. Procurando una salida rápida a la protección de los derechos del afectado. Después de todo la oposición (como medio de defensa), no resultaría ser un mecanismo idóneo para evitar que se ejecute el supuesto de hecho planteado, esto es la cautelar desnaturalizada, si se aprecia que estamos ante una resolución sin efecto suspendido, y, por lo tanto, se debe ejecutar a la brevedad posible.

b) Excepción al límite de la apreciación de oficio, y propuesta de norma

No cualquier infracción alcanza activar la nulidad, que conforme al artículo 176° último párrafo del CPC, pueda ser apreciada de oficio por el juez.

En resumen, podemos sintetizar que “la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que

⁴³⁶ Citado por Vilela Carbajal. Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla. *Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil*, Lima, Instituto Pacífico Editores, 2015, p.80.

aún no haya recaído sentencia firme o resolución de análoga eficacia⁴³⁷; b) que no proceda la subsanación; y c) que se dé audiencia previa a las partes”⁴³⁸.

De hecho, respecto al primer requisito, podemos indicar que dado el carácter instrumental y contingente de la medida cautelar sobre el fondo, se elimina la posibilidad de producir *res iudicata*, ya que estas solo logran forjar cosa juzgada formal, pero con trascendencia limitada, en cuanto, se predicen los efectos de la cosa juzgada formal, es decir firmeza e impugnabilidad, y a la vez la posibilidad de su modificación o reversión. Por lo que puede resultar plausible la posibilidad de que el mismo tribunal que dictó y desnaturalizó una cautelar sobre el fondo, pueda declarar la nulidad de lo dispuesto, aunque mediando resolución motivada.

Respecto del segundo requisito, referente a que no proceda subsanación, señalamos que no podría proceder la subsanación de la medida cautelar sobre el fondo, por tener la peculiaridad, de ser el adelanto de lo que por sentencia se obtendrá; de ahí que una subsanación en lo otorgado por la cautelar, podría acarrear una modificación de la resolución, en el aspecto sustancial o Influenciar en el sentido de la resolución.

Por otro lado, y ya sobre el cumplimiento del último requisito, esto es, que se dé audiencia previa a las partes. Al respecto, y como se señaló en la hipótesis planteada, consideramos oportuno y de trascendental importancia el poder aplicar una excepción a este requisito. En la medida que el tiempo que transcurre, cuando se corre traslado a las partes, podría convertir en irreversible la cautelar

⁴³⁷ “Pues el efecto de cosa juzgada formal, derivado de la firmeza de las resoluciones interlocutorias, es decir, aquellas que ponen fin a la instancia o al proceso, pero sin un pronunciamiento sobre el fondo, sino sobre la validez de la relación procesal; limita la apreciación de oficio de la nulidad establecida en el artículo 176 último párrafo CPC, pese a que este último artículo parece no hacer mención de ellas. Respecto a las resoluciones interlocutorias, puede decirse que la inmodificabilidad de dichas resoluciones es una consecuencia del principio de preclusión, necesario para que pueda progresar el procedimiento. La preclusión produce sus efectos fundamentalmente respecto a las partes, privándoles de la posibilidad de realizar un acto o de impugnar una resolución. Pero de modo indirecto produce sus efectos también respecto del juez, que viene obligado a inadmitir aquellos actos o impugnaciones cuya posibilidad de realización haya precluido. Siendo esto así, la apreciación de oficio de la nulidad de las resoluciones no puede admitirse, ya que podría anular los efectos que la preclusión pretende conseguir. Resultando así los efectos saneadores de la preclusión en límite de la facultad de apreciación de oficio del juez”. Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla. Ob. Cit., p. 116-117

⁴³⁸ *Ibíd.*, p.114.

otorgada (en el supuesto en que la cautelar se encuentre por ejecutar), o en su caso prolongue la situación perjudicial del demandado (en el supuesto de que la cautelar se haya ejecutado). Excepción que incluso encontraría su sustento en las características de sumariedad y reserva del procedimiento cautelar. Ya que hablamos de un proceso judicial cuya naturaleza es *inaudita altera pars*.

Pues precisamente el proceso cautelar se distingue por ser sumario y reservado en razón de su propia naturaleza. De ahí que se justifique que ante las posibles consecuencias de la desnaturalización de una medida cautelar sobre el fondo, se opte por la suspensión de la bilateralidad y contradicción de la resolución que declara la nulidad de la misma. Hecho que a su vez permite, que los derechos e intereses de ambas partes, estén en salvaguarda pues, por un lado, se resguardaría el derecho del accionante, a obtener lo más pronto posible la protección cautelar solicitada, en tanto, que el juez al reponer el proceso cautelar al estado que corresponde (el cual sería el antes de emitir el auto que contiene la medida cautelar desnaturalizada), podría (de darse el caso) emitir nueva cautelar, mediante la figura de la variación, o emitir una medida cautelar sobre el fondo pero de manera parcial. Y, por otro lado, se estaría asegurando al demandado la posibilidad de que los efectos de la cautelar decretada puedan ser de fácil reversión, así como la emisión de una resolución fundada en derecho.

Después de esto conviene decir también, que esta propuesta de excepción deriva a su vez de la transitoriedad de cosa juzgada formal, que recae en las medidas cautelares. Pues cuando no ha existido determinación del derecho mediante una declaración de certeza sino sólo la verosimilitud del derecho invocado, no corresponde la definitividad de lo decidido; lo contrario haría deducir que el auto que concede la medida cautelar sobre el fondo pueda llegar a adquirir calidad de cosa juzgada material, inmutabilidad e indiscutibilidad de la decisión judicial, lo cual simbolizaría una involución del derecho. Pues dejar que la medida cautelar desnaturalizada mantenga sus efectos, sería suponer que el derecho (o mejor dicho los derechos vulnerados) sucumbe ante el error del proceso, y con ello el instrumento de tutela falle en su contenido. Cuando termina siendo responsabilidad del juez, más no del justiciable, los efectos que deriven de la medida cautelar desnaturalizada.

Por lo tanto, la hipótesis planteada consistiría en establecer una excepción a la regla de la audiencia previa a las partes, para el uso de la figura jurídica de la nulidad de oficio estatuida en el artículo 176 del CPC, permitiendo que el Juez que decretó la medida cautelar desnaturalizada, pueda declarar la nulidad de la misma, de oficio o a pedido de parte, pero, sin el requisito de que se dé audiencia previa a las partes.

Propuesta jurídica, que, además, podría ser incorporado en el Título IV del CPC – Subcapítulo 2°, Proceso Cautelar/ Medidas Temporales sobre el Fondo; bajo el encabezado de: Nulidad de la medida cautelar sobre el fondo. Bajo el texto siguiente:

“De ser decretada o ejecutada una medida cautelar sobre el fondo cuyos efectos de la decisión sean de difícil reversión o afecten al proceso principal, el Juez, que emitió el auto, de oficio o a pedido de parte podrá dejar sin efecto la medida que genere tales consecuencias. Reponiendo el proceso al tiempo antes de la emisión del auto, dictando la disposición que corresponda.

Actuación judicial que se llevará a cabo sin que medie audiencia previa entre las partes. Existiendo para ello una preferencia en el trámite”.

Es oportuno resaltar que esta propuesta de norma, le da la posibilidad al Juez de resolver ya sea, emitiendo nueva medida cautelar (en tanto no resulte amparable la solicitada), o emitiendo, de ser posible, una cautelar sobre el fondo, pero parcial, respetando su naturaleza jurídica.

Alrededor del tema se ha expuesto lo siguiente:

“Con respecto a las resoluciones anteriores a la sentencia o autos definitivos parece claro que, en general, esa posibilidad no existe (haciendo referencia a la posibilidad de revocar la resolución dictada y sustituirla por otra), pues rompe la mecánica impugnatoria y genera indefensión. En el caso concreto de la nulidad, sin embargo, sí podría admitirse que lo hiciera, previa audiencia de las partes (...) Es decir no puede el juez, en virtud de su facultad de apreciación de oficio, sustituir una resolución impugnada por otra firme. *Lo que aquí se expone no es aplicable con carácter general a las resoluciones dictadas durante la fase de*

investigación del proceso penal ni a las dictadas en el proceso cautelar. La peculiar instrumentalidad de estas resoluciones hace que la preclusión tenga una relevancia muy secundaria en ellos...”.⁴³⁹

De hecho, no se trata de imponer nada, sino sólo de procurar una regulación procesal idónea y oportuna en caso se desarrolle el supuesto planteado, que no escapa de la realidad. Y, en todo caso, procurar una solución razonable, justa y rápida. Buscando suprimir el axioma de la imposibilidad de que el afectado con una medida cautelar, que sea sobre el fondo y que se encuentre desnaturalizada, asuma las consecuencias de dicha medida cautelar⁴⁴⁰.

Después de todo la facultad que se le brinda al Juez de poder actuar de oficio, tiene como propósito de que, en la menor brevedad posible, aquél accione el derecho, eliminando cuanto antes el daño o, cuando menos, evitándolo. Ayudando a esta labor preventiva de daños, que hoy se reconoce como un poder y un deber de los magistrados, y que justifica la denominación de una cautela humanitaria, forjando una anhelada justicia preventiva.

⁴³⁹ Cfr. VILELA CARBAJAL, Karla. Ob. Cit., p.119-120.

⁴⁴⁰ Sin embargo, hay quienes podrían rechazar la posibilidad de que en términos legales se admita una nulidad; basados en la eficacia de la preclusión respecto de lo que, pudiendo ser alegado, no se alegó; viniendo a sostener que la preclusión basta para producir los efectos razonables. O bajo la premisa de que el derecho al debido proceso es un derecho de configuración legal.

Empero sostenemos que, aunque el demandado hubiese dejado pasar la oportunidad de entablar oposición (cualquiera fuese la razón), las consecuencias que deberían devenir de una medida cautelar, no pueden ir en detrimento del asunto principal ni mucho menos disgregarse de su propia finalidad jurídica; y esto acontece cuando se produce una desnaturalización de la propia institución cautelar.

Resultando claro que no solo los derechos materiales sometidos al proceso cautelar no se realizan, sino, que además la institución jurídica propiamente dicha está incumpliendo con sus preceptos.

De ahí que el mecanismo que se propone este orientado a restablecer la propia institución jurídica de medidas cautelares.

Conclusiones

- ✓ La naturaleza jurídica de las medidas cautelares está referida a la aspiración de prevenir los daños que la duración del proceso acarrea, asegurando las resueltas del juicio; actuación preventiva que se encuentra sujeta al ejercicio de una acción principal, en tanto actúa bajo un carácter instrumental que la vincula siempre a un proceso llamado principal.
- ✓ Dentro del conjunto de medidas cautelares que presenta nuestro Código Procesal Civil, se encuentran las llamadas medidas cautelares sobre el fondo cuya naturaleza cautelar consiste en anticipar lo que va a ser materia de decisión en la sentencia final, pero con carácter instrumental y provisorio, en tanto que resuelven sobre la anticipación y no acerca del mérito.
- ✓ No es factible la realización de la cosa juzgada a nivel de las medidas cautelares, en tanto que pueden ser modificadas o revocadas; sin embargo, se da en ellas una especie de cosa juzgada formal relativa, en tanto que mantienen plenamente su firmeza (inmutabilidad y permanencia), hasta tanto no se hayan transformado los presupuestos que la motivaron.
- ✓ Las medidas cautelares sobre el fondo se van a caracterizar, porque pese a que se anticipa lo que se va a obtener en juicio, estas no alteran la secuela del mismo, ni agotan su contenido; y serán decretadas siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público.
- ✓ El debido proceso debe entenderse como aquel derecho fundamental formado por un conjunto de garantías procesales y materiales, que deben seguirse durante el proceso judicial, pues a través de su cumplimiento podemos acceder a ciertos mínimos procesales que nos permitirán asegurar que, en su caso, el proceso cautelar está cumpliendo adecuadamente su objetivo y finalidad.

- ✓ La desnaturalización de una medida cautelar sobre el fondo, conlleva directamente a la afectación del derecho a un debido proceso, en tanto, que al justiciable se le impondrá un fallo, que vulnera su derecho a un Juez responsable, así como a la obtención de una decisión razonable, congruente, y fundada en derecho.
- ✓ El mecanismo de protección idóneo, para el demandado afectado con el otorgamiento de una medida cautelar sobre el fondo desnaturalizada, se basa en la nulidad de oficio estatuida en la última parte del artículo 176 del CPC, pero, bajo la excepción a la regla de requerir audiencia previa entre las partes. De este modo, el Juez que decreto la medida cautelar desnaturalizada, podría declarar la nulidad del auto que concede la medida cautelar sobre el fondo, ya sea de oficio o a pedido de parte, pero sin el requisito de que se dé audiencia previa a las partes. Bajo el efecto de reponer el proceso al tiempo antes de la emisión del auto, dictando la disposición que corresponda.

Bibliografía

1. ALFARO VALVERDE, Luis. "Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar", *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, Lima, Normas Legales, 2010.
2. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos. *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. Tomo X, Lima, Ed. Communitas, 2008.
3. ANGELES JOVE, María. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1995.
4. ARIANO DEHO, Eugenia. "¿Jugar a ser dioses?, la discrecionalidad del juez en el proceso cautelar". *Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano*. Año 1, N° 03, Lunes 24 de mayo del 2004.
5. ARIANO DEHO, Eugenia. *La Instrumentalidad de la tutela cautelar, en Problemas del proceso civil*, Lima, Editorial Jurista Editores, 2003.
6. ARIANO DEHO, Eugenia. *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia (2009-2010)*, Lima, Gaceta jurídica, 2012.
7. ARIANO DEHO, Eugenia. La medida cautelar de administración judicial de sociedades. En: Ponencias, III Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil. Lima, 2005.
8. ARIANO DEHO, Eugenia; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella; ALFARO VALVERDE, Luis y otros. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
9. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia". *En Themis*, N° 43, 2001.
10. ASRIN Patricia; RODRIGUEZ Manuel Esteban y otros. *Medidas cautelares*, Córdoba, Editorial Alveroni, 2005.
11. AVENDAÑO, Francisco. Los Interdictos (ubicado el 18.XI 2013). Obtenido en <http://lawiuris.wordpress.com/2008/12/13/los-interdictos/>
<http://blog.pucp.edu.pe/item/122566/los-interdictos>
12. BELSITO, Cecilia y CAPORALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*, Argentina, Nova Tesis Editora Jurídica, 2005.

13. BERIZONCE, Roberto. La tutela anticipatoria en la Argentina. Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos. (ubicado 07/ 08/ 2013). Obtenido en www.eco.unlpam.edu.ar/.../La%20tutela%20anticipatoria%20en%20Arg
14. BOE. LEGISLACIÓN CONSOLIDADA. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (ubicado el 11.V. 2013). Obtenido en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>
15. CACERES JULCA, Roberto. *Comentarios al título preliminar del Código procesal penal: tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, principio de legalidad, derecho de defensa, ne bis in idem y otras garantías fundamentales del proceso penal*, Lima, Grijley, 2009.
16. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima, ARA Editores, 2005.
17. CAPORRALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*, Argentina, Nova tesis Editora, 2005.
18. CARRION LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Lima, Grijley, 2000.
19. CAVANI BRAIN, Renzo. *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
20. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Editorial Bosch, 1994.
21. *Código civil. Código Procesal Civil. Código de niños y adolescentes*, Lima, Jurista Editores, 2013.
22. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
23. *Convención Interamericana sobre el cumplimiento de las medidas cautelares firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Derecho procesal internacional. Convenciones interamericanas suscritas y no ratificadas por Venezuela*. (ubicado el 15. IV 2013). Obtenido en <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-2100/A-30.pdf>
24. COTTA, Sergio. *¿Qué es el derecho?*, 3era edición, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 2000.

25. DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, editorial Cultural Cuzco S.A., 1995.
26. DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., 1995.
27. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 1999.
28. Declaración Universal de Derechos Humanos, 2013 (ubicado el 20.XI 2013).
Obtenido en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
29. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.
30. FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México D.F., Pourra, 1999.
31. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*, Lima, W.J Editor, 1993.
32. GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Estudios Jurídicos*, México D.F., Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2000.
33. GARCIA ROCA, Javier y otros. *Legislación Constitucional Básica*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
34. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. Los procesos especiales II*. 2da edición, Madrid, Editorial Colex, 2007.
35. GONZALES PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3era edición, Madrid, Civitas, 2001.
36. GOZAÍNÍ, Osvaldo. *Elementos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005.
37. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Postulación del proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
38. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El embargo y otras medidas cautelares. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica forense*. 3era edición, Lima, Ed. San Marcos, 2002.
39. HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Lima, Palestra, 2006.

40. JIMÉNEZ VARGAS, Roxana. *Apuntes sobre medidas cautelares*. [ubicado el 25.IX 2012]. Obtenido en <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>
41. KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
42. LAMA MORE, Héctor. *La tutela cautelar. Análisis y propuesta para un mejor tratamiento de las medidas cautelares, red Iberoamericana de Magistrados de la justicia comercial*, [ubicado el 25.IX 2012]. Obtenido en: http://www.rimjc.org/w/component/opinión,com_docman/task,cat_view/gid,26/Itemid,9/?mosmsg=Est%E1+intentando+acceder+desde+de+un+dominio+no+autorizado.+%28www.google.com.pe%29.
43. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código procesal civil. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
44. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, T.6, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
45. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución cautelar*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
46. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, T.V., Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p.558.
47. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
48. MARTEL CHANG, Rolando. *El proceso cautelar. El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar. El procedimiento cautelar*, Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, 2002.
49. MARTEL CHANG, Rolando. *Orientaciones y tendencias en el proceso cautelar y ejecución*, Lima, Librería Ediciones Jurídicas, 2002.
50. MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Lima, Palestra, 2003.
51. MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, 2da Ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.

52. MESINAS MONTERO, Federico. "El debido proceso en las sentencias del Tribunal Constitucional", *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 5, setiembre 2006, Lima, Gaceta Jurídica.
53. MONROY GÁLVEZ. *Teoría general del proceso*, 3era Edición, Lima, Ed. Communitas, 2009.
54. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.
55. MONROY GALVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano*. 2da edición, Lima, Palestra, 2004.
56. MOROY GALVEZ, Juan. *Temas de proceso civil*. Lima, Ediciones Librería Studium, 1987.
57. MONROY PALACIOS, Juan. "Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud, menor caución y viceversa", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, marzo 2005.
58. MONROY PALACIOS, Juan. *Código procesal civil*, Lima, Gaceta jurídica, 2008.
59. MOROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002.
60. MORELLO, Augusto. *El proceso justo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2005.
61. MORELLO, Augusto. *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994.
62. MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín y otros. *Introducción al derecho procesal*, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1998.
63. NOVELLINO, Norberto. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, 5ta Ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005.
64. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2013 (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
65. PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*, Lima, Griley, 2005.
66. PEÑA CABRERA, Alonso. *El Nonbis In Idem y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico peruano*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

67. PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010, p.357. (ubicado el 23. X 2013). Obtenido en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1480/perez_rc.pdf?sequence=1
68. PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Lima, U.N.M.S.M., 2010.
69. PONCE, Carlos. “Ejecución procesal forzada, juicio ejecutivo, medidas cautelares” en *Estudio de los procesos civiles*. Tomo 3, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1998.
70. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Lima, Jurista Editores, 2003.
71. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*, Tomo II, Barcelona, JM Bosch Editor S.A., 1992.
72. Resolución del Superintendente Nacional De los Registros Públicos. N° 097-2013-sunarp/sn. (ubicada el 29 IV. 2014). Obtenido en: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/per123447.pdf>
73. Resolución emitida por el Primer Juzgado Mixto de Motupe, expediente 00087-2012, de fecha 20 de julio del 2012.
74. RIVAS, Armando. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*, Lima, Jurista Editores, 2005.
75. RONCALLA VALDIVIA, Lino. *El recurso de casación en materia civil*, T. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
76. ROY PEREZ, Cristina. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 2007.
77. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*, tomo v, Lima, PUCP, 1999.
78. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos humanos y principios Constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Barcelona, Ariel, 1995.

79. Sistema Peruano de Información Jurídica. (ubicado 21. V. 2013). Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
80. SOUZA XAVIER, Sergio. *Consideraciones sobre la tutela jurisdiccional diferenciada* (ubicado el 27.IV.2013). Obtenido en <http://jus.com.br/artigos/5523/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdiccional-diferenciada#ixzz32HIZt3g3>
81. STC del 06 de diciembre del 2002. (Expediente número 1042-2002-AA/TC). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.html>
82. STC del 09 de noviembre del 2005. (Expediente número 3789-2005-PHC/TC, fundamento 13). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03789-2005-HC.html>
83. STC del 27 de octubre de 2006. {Expediente número 0023-2005-PI/TC}. [ubicado el 16 X. 2012]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
84. TAPIA FERNANDEZ. Isabel. *La cosa juzgada*. Madrid, Ed. DYKINSON, 2010.
85. TICONA POSTIGO, Víctor *El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el estado constitucional de derecho*, 2013, (ubicado el 20.XI 2013). Obtenido en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236a/2.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+V%C3%ADctor+Ticona+Postigo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236a>
86. TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Tomo I, Lima, Rodhas, 1998.
87. TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima, Grijley. 2009.
88. TITO PUCA, Yolanda. “La medida cautela en el proceso de amparo, Análisis de la resolución del caso Ríos Castillo”, *Actualidad Jurídica. Información especializada para Abogados y Jueces*, Tomo N° 196, Marzo 2010.

89. TITO PUCA, Yolanda. "La tutela cautelar en el proceso constitucional de amparo" en *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre, 2010.
90. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2006.
91. ZAVALETA CARRUITERO, Wilverder. *Código Procesal Civil*, Tomo III, Lima, Rodhas, 2002.