



# UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

---

## ESCUELA DE POSTGRADO

### LA INSUFICIENCIA REPARATORIA DE LA CONTRACAUTELA EN LA EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O DE MALA FE EN EL PROCESO CIVIL

Tesis para optar el grado de Maestro

en Derecho

Mención: Derecho Civil y Comercial

**PATRICIA SILVANA GAMARRA SOLANO**

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz - Ancash - Perú

2023

Nº. Registro: **T0948**





UNIVERSIDAD NACIONAL  
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"  
ESCUELA DE POSTGRADO

## ACTA DE SUSTENTACION PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público, en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por la:

Bachiller : **PATRICIA SILVANA GAMARRA SOLANO**


Título : **"LA INSUFICIENCIA REPARATORIA DE LA CONTRACAUTELA EN LA EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O DE MALA FE EN EL PROCESO CIVIL"**

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:


APROBADO con el calificativo de CATORCE (14)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**, a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 16 de diciembre del 2021

  
Mag. Víctor Efraín Flores Leiva  
PRESIDENTE

  
Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza  
SECRETARIO

  
Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo  
VOCAL

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM  
**ANEXO 1**  
**INFORME DE SIMILITUD.**

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

La insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil

Presentado por: Patricia Silvana Gamarra Solano

con DNI N°: 80107904

para optar el Grado de Maestro en:

Derecho, mención: Derecho Civil y Comercial

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : 20% de similitud.

**Evaluación y acciones del reporte de similitud para trabajos de investigación, tesis posgrado, textos, libros, revistas, artículos científicos, material de enseñanza y otros (Art. 11, inc 2 y 3)**

Porcentaje	Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda
Del 1 al 20%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	<input checked="" type="radio"/>
Del 21 al 30%	Devolver al autor para las correcciones y se presente nuevamente el trabajo en evaluación.	<input type="radio"/>
Mayores al 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	<input type="radio"/>

Por tanto, en mi condición de **Asesor responsable**, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz, 20/11/2023



FIRMA  
Robles Trejo Luis Wilfredo

DNI N°: 31658643

Se adjunta:

*1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud*

NOMBRE DEL TRABAJO

**SILVANA GAMARRA-TESIS.UNASAM (1)  
(3).pdf**

AUTOR

**SILVANA GAMARRA SOLANO**

RECUENTO DE PALABRAS

**35227 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**187611 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**152 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**667.5KB**

FECHA DE ENTREGA

**Nov 20, 2023 6:35 PM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Nov 20, 2023 6:37 PM GMT-5****● 20% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 19% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 10% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)

## MIEMBROS DEL JURADO

*Magister*

Víctor Efraín Flores Leiva

Presidente

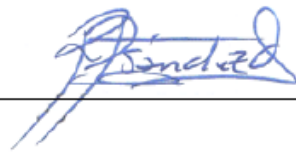


---

*Doctor*

Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

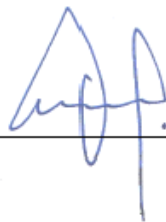


---

*Doctor*

Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



---

**ASESOR**

**Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo**



## AGRADECIMIENTO

A nuestro Dios por la bendición que me ha brindado para llegar hasta aquí, porque hizo posible este anhelo.

A la EPG de la UNASAM por brindarme la posibilidad de alcanzar un deseo profesional y personal.

A los educadores de la Escuela de Postgrado-UNASAM por sus conocimientos y las enseñanzas compartidas.

A mi Asesor de Tesis, por la rectitud profesional como docente, por su direccionamiento y consejos que me apoyaron a mi formación como investigador y persona.



A mis familiares, sin sus apoyos, colaboraciones, paciencias y cariño no hubiese podido lograr este sueño. Y especialmente a mi Madre, por sus consejos, ayuda, amor, apoyo en los momentos adversos, por ella soy la persona que soy.





## ÍNDICE

Resumen.....	viii
Abstract .....	ix
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.....	3
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	3
1.1. Planteamiento y formulación del problema.....	3
1.2. Objetivos .....	5
1.3. Justificación.....	5
1.4. Delimitación .....	6
1.5. Ética de la investigación.....	7
CAPÍTULO II .....	8
MARCO TEÓRICO.....	8
2.1. Antecedentes .....	8
2.2. Bases teóricas .....	11
2.2.1. El Proceso Civil .....	11
2.2.2. El Debido Proceso.....	14
2.2.3. El Derecho de Acción .....	17
2.2.4. La Tutela Jurisdiccional Efectiva.....	19
2.2.5. Nociones generales de tutela cautelar .....	20
2.2.6. Medida cautelar pertinente o adecuada .....	25
2.2.7. El principio de la buena fe en el proceso cautelar.....	27
2.2.8. Ejercicio abusivo de la medida cautelar.....	29
2.2.9. La caución .....	32
2.3. Definición de términos.....	35

2.4. Hipótesis.....	37
2.5. Categorías.....	38
Capitulo III.....	39
METODOLOGÍA.....	39
3.1. Tipo de investigación.....	39
3.2. Unidad de análisis.....	40
3.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	41
3.4. Procesamiento e interpretación de datos.....	41
Capitulo IV.....	43
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	43
4.1. Presentación de Resultados.....	43
4.2. Análisis e interpretación de datos.....	81
4.3. Discusión de resultados.....	86
CONCLUSIONES.....	131
RECOMENDACIONES.....	133
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
ANEXOS.....	137

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centró en el estudio de la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil; para lo cual fue objeto de investigación los siguientes temas: las causas que generan la insuficiencia reparatoria de la contracautela; las consecuencias que viene generando la insuficiencia reparatoria de la contracautela; las modificatorias que se deben de hacer a fin de contrarrestar la insuficiencia reparatoria de la contracautela y garantizar la tutela judicial efectiva. Para desarrollar la presente investigación se llevó a cabo un estudio jurídico de tipo dogmático – normativo – teórico y de acuerdo a su naturaleza fue cualitativo; donde se empleó como técnica documental y el análisis de contenido para elaborar el marco teórico y la discusión; como técnica el análisis cuantitativo y la argumentación jurídica como metodología del diseño para la validación de hipótesis y lograr los objetivos del estudio. Se tuvo como resultado que para evitar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil, el juez en el caso concreto debe de: i) Evitar rechazar las medidas cautelares por la apreciación liminar de una caución insuficiente o diminuta, ii) Dar una verdadera respuesta judicial respecto al fondo de lo que se pretende con la cautela, y iii) La mejora de la tutela judicial a la que aspiran los justiciables, y, con esto, de la transparencia e imagen del Poder Judicial.

**PALABRAS CLAVES:** Insuficiencia reparatoria, contracautela, Medida cautelar innecesaria o de mala fe, Proceso civil.

## ABSTRACT

This research work focused on the study of the reparatory insufficiency of the counter-injunction in the execution of an unnecessary or bad-faith precautionary measure in the civil process; for which the following topics were investigated: the causes that generate the reparatory insufficiency of the counter-injunction; the consequences that the reparatory insufficiency of the contracautela has been generating; the modifications that must be made in order to counteract the insufficiency of reparation of the counter-injunction and guarantee effective judicial protection. To develop the present investigation, a legal study of a dogmatic - normative - theoretical type was carried out and according to its nature it was qualitative; where it was used as a documentary technique and content analysis to develop the theoretical framework and discussion; quantitative analysis as a technique and legal argumentation as a design methodology for the validation of hypotheses and to achieve the objectives of the study. The result was that in order to avoid insufficient reparation of the counter-injunction in the execution of an unnecessary precautionary measure or in bad faith in the civil process, the judge in the specific case must: i) Avoid rejecting the precautionary measures due to the preliminary assessment of an insufficient or tiny bail, ii) Give a true judicial response regarding the merits of what is intended with the bail, and iii) The improvement of the judicial protection to which the litigants aspire, and, with this, of the transparency and image of the Judiciary.

**KEYWORDS:** Respiratory insufficiency, contraception, Unnecessary or bad faith precautionary measure, Civil process.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada: “La insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil”, tuvo como objetivo principal determinar los fundamentos para justificar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.

En ese contexto, las responsabilidades civiles derivadas de las actuaciones de una resolución cautelar es un asunto que no recibió un tratamiento íntegro por la parte doctrinaria, donde existen pocas aportaciones especializadas sobre el tema, a pesar de que involucra variables procesales, civiles y constitucionales.

Por ello, esta investigación considera necesario llevar a cabo investigaciones de este problema que se viene imponiendo en la sociedad. Que sin lugar a dudas en las prácticas se visualiza y se demuestra, que los abusos de las medidas cautelares es una problemática tangible y real en nuestra legislación.

Se tiene que considerar que esta investigación se encuentra estructurada, de la siguiente manera:

*Capítulo I* aborda el problema de la investigación, donde el estudio es caracterizado y planteado, los objetivos de la investigación, justificación, delimitación y el aspecto ético del estudio.

*Capítulo II* tiene relación con el marco teórico de la investigación, que comprende los antecedentes del estudio y las bases teóricas que han justificado el

problema de estudio y por otra parte los sustentos y las justificaciones al trabajo de estudio, que se enfocan en las fundamentaciones teóricas doctrinarias.

El *Capítulo III* comprende la metodología del estudio en el que se encuentra el tipo y el diseño de estudio; así como el instrumento de compilación de informaciones y el plan de procesamiento y análisis de las informaciones y datos obtenidos en el trabajo de estudio, donde se emplea los métodos y las técnicas del estudio cualitativo y dogmático jurídico.

*Capítulo IV* aborda los resultados del estudio y la discusión de éste, por la naturaleza del estudio relacionado a los aspectos normativos, doctrinales, posturas dogmáticas respecto a la problemática, las limitaciones y los alcances de la regulación jurídica; y, los tratamientos en el derecho comparado. Asimismo, las apreciaciones críticas, el conjunto de cuestionamientos sobre las bases teóricas, la problemática en las aplicaciones, los razonamientos y criterios jurídicos; la validez de las teorías.

Finalmente, tenemos al conjunto de Conclusiones a los cuales se llegaron, luego contamos con las Recomendaciones pertinentes, y para finalizar las Referencias Bibliográficas consultadas y citadas en el desarrollo del estudio.

La maestriza

## CAPÍTULO I

### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Planteamiento y formulación del problema

En la actualidad, las bases de una problemática normativa es que se cuestionan si los solicitantes de las medidas cautelares tienen que ser los responsables por los daños producidos (con las respectivas ejecuciones de las contracautelas) únicamente cuando se actuó con culpa o dolo a la hora de que se llegó a presentar la petición de cautela (criterios de imputación subjetiva) o sí; contrariamente, la parte que solicita debe asumir la responsabilidad por el simple hecho de no haber ganado en el proceso de fondo (criterios de imputación objetiva).

En ese sentido, frente a la falta de criterios legales claros, en la doctrina de modo tradicional se desarrollaron una serie de argumentaciones en beneficio de una u otra postura. Así, a modo de ejemplo, para que se justifique un criterio de imputación subjetiva en la parte que solicita la medida cautelar se tuvo que recurrir; por una parte, a la sumilla del Art. 621 del Código Procesal Civil, debido a que cuando se hace alusión al carácter “innecesario” o “malicioso” de dicha medida cautelar se estuviese consagrando referencias al dolo y a la culpa como los criterios para la imputación. (Bernal y Díaz, 2017)

Asimismo, se ha precisado que en tanto no existe responsabilidad en la práctica regular de un derecho, en ese sentido solo es factible que se postule una “responsabilidad subjetiva”, debido a que lo contrario resultaría hacer responsable al individuo por el ejercicio regular de su derecho subjetivo. Ante las



argumentaciones antes indicadas, se plantearon críticas bien razonadas y serias respecto a un enfoque que se basa en las argumentaciones jurídicas, que tomamos en cuenta que se deben de comentar con el objetivo de que se intercambien las ideas y se fomente el debate entre nosotros de manera alturada respecto de un tema poco explorado. (Calamandrei, 2005)

Por otro lado, la presente investigación radica en el caso de que los resultados dañosos sean generados en el marco de la actuación procesal, que no tiene que conllevarnos a que pensemos que el problema es netamente de carácter procesal, en virtud de lo que se está tratando de hacer es establecer bajo qué reglamentos se está rigiendo el traslado de los costes económicos de los daños ocasionados por las medidas cautelares. En el cual se puede partir que el asunto que abordamos es de materia civil de singular relevancia, de modo específico en el ámbito de las responsabilidades civiles.

No obstante, las aportaciones que sobre el tema se llevaron a cabo de forma lamentable no han considerado las herramientas que nos ofrece la tutela de resarcimiento. Haciendo un análisis propio respecto a la responsabilidad civil, es posible identificar una serie de problemáticas, sobre de los cuales nuestra normativa no ofrece soluciones suficientes o coherentes. Evidencia de esto, ante uno de los problemas principales que se presentan en este tema, nuestra normativa no nos ofrece respuesta alguna. Nos estamos refiriendo, a la problemática de la determinación respecto al criterio de imputación (objetivo o subjetivo) que se puede aplicar para que se haga responsable a la parte que solicita la medida cautelar.

## 1.2. Objetivos

### Objetivo general

Establecer los fundamentos para justificar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.

### Objetivos específicos

- a) Describir las causas que generan la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.
- b) Explicar las consecuencias que viene generando la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.
- c) Proponer las modificatorias que se deben de hacer al código procesal civil a fin de contrarrestar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil y garantizar la tutela judicial efectiva.

## 1.3. Justificación

Para Aguirre (2021) una investigación jurídica encuentra su justificación teórica cuando se efectúan reflexiones epistemológicas sobre los contenidos de un caso jurídico o normativo que conlleva, que demanda actividades académicas profundas; por ende para el presente estudio se ha tenido que analizar el código

procesal civil a fin de contrarrestar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil y garantizar la tutela judicial efectiva.

Asimismo, Sánchez (2011) cuando se habla de una investigación jurídica, fundamentalmente se refiere al análisis y al estudio del procedimiento para una determinación de cuál es la respuesta en el ámbito jurídico; por lo que con este trabajo se va a entender que la contracautela es un requisito de cumplimiento de la medida cautelar necesaria en toso proceso civil.

Por último, al desarrollarse el estudio se tuvo que aplicar el método del estudio científico, por medio de los pasos establecidos por el propio método de forma general y las técnicas y procedimientos determinados en el estudio jurídico; donde se destaca el uso de la metodología dogmática, sistemática, exegética; asimismo el método hermenéutico jurídico que han orientado la aplicación del método jurídico.

#### **1.4. Delimitación**

Para delimitar un problema de estudio incluye que se pueda enfocar en palabras precisas y puntuales el área motivo de investigación, quiere decir, que se especifique la determinación y los alcances de los límites. En ese contexto, se delimitó el ámbito espacio temporal de la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar en un proceso civil.

En ese sentido, de forma concreta la investigación en todo el procedimiento de desarrollo en el año 2016.

## 1.5. Ética de la investigación

Bernal et al. (2017) explican que, cuando se habla de ética de la investigación, “sea en la ciencia biomédica, social y humana, o en una investigación social-jurídica tiene razón en tanto estas ciencias se refieren a acciones y actividades que involucran interrelaciones entre individuos y que implican, también, distintos resultados y consecuencias” (p. 109).

De acuerdo a este criterio, al desarrollar el estudio no se ha vulnerado por ninguna razón los derechos que brinda la Constitución de las personas, por ende, la problemática planteada se hizo desde un enfoque dogmática jurídica.

Asimismo, se tiene que tomar en cuenta que el presente estudio se ha ajustado a las exigencias éticas del estudio exigido por las comunidades científicas y la endo moral científica.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes

En este apartado, se consideraron diferentes investigaciones vinculadas a la problemática como estudios de nivel internacional y nacional:

A **nivel internacional**, contamos con Álvarez et al. (2012) en la tesis titulada: *Las Medidas Cautelares en los Procesos Contenciosos Administrativos*; sustentada en la Universidad del Salvador, Facultad de Jurisprudencias y Ciencia Social, Escuela de Ciencia Jurídica, en el cual se planteó: el punto de inicio de esta labor de estudio fue que se considera que la Tutela Cautelar Judicial como expresión de la Tutela Cautelar Efectiva (TCE), es una herramienta que se emplea para impedir la peligrosidad de que la justicia no sea eficaz en el camino, de modo que la sentencia estimatoria, se pueda ejecutar de modo íntegro y eficaz, de modo que cuando se obtiene por esta vía las eficacias en las administraciones de justicia, los derechos cuya protección y existencia lo declara la normativa jurídica, para que se logren hacer efectivos y de este modo se puedan preservar los derechos de los justiciables. Y que dicha cautela tutelar posibilita que se garantice que el órgano judicial, las veces que lleguen las ocasiones, logre que se ejecuten las sentencias. En ese sentido el juzgador está obligado a brindar en sus decretos las tutelas cautelares pertinentes, eficaces y adecuadas, y para esto se tiene que basar en los instrumentos de carácter procesal que la normativa jurídica determine, o bien en criterios amplios jurisprudenciales que ha desarrollado la SCA, dichos criterios que,

como se estableció, tienen altas limitaciones y sus fundamentaciones son de absolutas negaciones a una tutela cautelar efectiva, considerando que la única medida a aplicarse es la suspensión de la ejecución de las consecuencias del acto.

**A nivel nacional**, encontramos a Gallardo (2000) en su tesis titulada: *La Cautela y Contracautela en el proceso civil*; que fue sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para la obtención del grado de Magister, donde su autor ha concluido que: a) Las medidas cautelares que postulan las partes que hacen las demandas generalmente tienen modificatorias por parte del Órgano Jurisdiccional, de modo específico en la parte extrema referida a la cuantía de la medida cautelar; los porcentajes de las demandas cautelares que se modificaron tienen una equivalencia de más de 47,9% de la totalidad de la muestra, mientras que más del 34,9% tienen correspondencia a las medidas cautelares que se admitieron sin modificaciones algunas y más del 16,9% correspondientes a una serie de medidas cautelares que se rechazaron. b) que otra de las importantes conclusiones es aquella que nos posibilita asentir que más del 82,9% de medidas cautelares que se postularon con sus contracautelas correspondientes. Mas del 16,9% tiene representación a las medidas cautelares admitidas y postuladas sin contracautela, la gran parte de éstas por tener sentencias favorables (más del 13,9%) y la cantidad menor que se trataba de un organismo público (más del 2,9%). c) Se pudo advertir un conocimiento insuficiente de este instituto procesal (cautelar y contracautelar) de parte de los juzgadores y las mismas partes y abogados. Se pudo observar que han llegado a confundir frecuentemente embargos con secuestros; en tal medida que en pocas situaciones se presentaron solicitudes de “embargo en forma de secuestro” donde uno y otros tienen independencia. En ciertos casos se ordenó el

embargo “en forma de inmueble de inscrito” en el cual se tuvo que ordenar “el embargo en modo de depósito sobre el inmueble que no se inscribió.

Asimismo, encontramos a Martel (2002) en su Tesis titulada: *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*; sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde concluye que:

a) Las medidas autosatisfactivas son procesos urgentes y autónomos, que requieren de la fuerte probabilidad del derecho que se invoca e impostergable necesidad de recibir tutela inmediata, y son despachables *inaudita pars*, o, excepcionalmente, oyendo a la parte contraria. b) Es adecuado, considerando la naturaleza de las medidas autosatisfactivas, así como lo urgente que son las tutelas que reclaman los actores, sean sin efectos suspensivos, se desnaturalizarían las medidas y con seguridad se frustrarían las tutelas solicitadas. Mas allá de la terminología diferente usada en la doctrina para que se denomine a esta figura del derecho, se considera conveniente y adecuado que se denomine “proceso autosatisfactivo”, ya que con el término proceso se deja en claro no únicamente su carácter principal y autónomo, si no que en este se van a resolver de modo definitivo las incertidumbres jurídicas y los conflictos de intereses, acordes a lo estipulado en el Art. III del Título Preliminar del CPC. También, donde se obvia el término “medida”, dejando atrás las ideas asociadas a las medidas cautelares, evitando de este modo que se piensen en sus accesories. Por último, las conveniencias de la palabra “autosatisfactiva”, fluido de su máxima divulgación doctrinaria y práctica. Por todo lo demás, tal definición lo ha denominado por sí misma, donde resulta no necesario ir por mayores explicaciones. c) La doctrina de la cautela clásica y las clases de cautela estipulados en el CPC no son suficientes para que se soluciones los casos



de mayor urgencia, donde su falencia principal de modo necesario e ineludible se tiene que instaurar o sostener un principal proceso con la finalidad de que mantenga en vigencia las medidas cautelares concedidas, principal proceso que en gran medida no son deseadas ni queridas por las partes.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. El Proceso Civil**

Se sabe que, entre las personas en la comunidad, existen problemas intersubjetivas, en el que la pretensión de alguien no es aceptada por otro, sino resistida, lo que termina generando controversias. En este contexto, el derecho es el encargado de enfrentar los conflictos de intereses, pretendiendo la composición de las controversias de modo pacífico, donde somete a los justiciables a un proceso preestablecido que contiene reglas en donde van a obtener una sentencia con arreglo a la normativa. (Barona, 2000)

Continuando con el concepto planteado al respecto Chiovenda (1922) maestro italiano dice que para conseguir o para mejores goces de los bienes garantizados por la normativa se necesita el actuar del proceso civil por medio de los aparatos judiciales, esto origina el proceso civil, de igual forma que el proceso en materia penal surge en el ambiente en que se afirma que se requiere de actividades punitivas del Estado. Es concebido además una organización de nivel político en el cual se confiere a las personas que provean con sus propias fuerzas, sean a las propias conservaciones sean llevar a cabo sus tendencias naturales a los bienes de la vida contra las demás personas.

Asimismo, en las poblaciones primitivas el poder del Estado hace su intervención en estas luchas para regular sus modos exteriores o para que declare si los bienes a los que pretende el demandante le corresponden. Los contenidos materiales devienen en contiendas jurídicas. En los procesos de la antigüedad abundan los modos simbólicos que hacen recordar las luchas y hallamos, en el conocido decreto de Marco Aurelio, como en la normativa antiquísima. En las nuestras, se castiga lo que de forma vulgar llamamos “tomar justicia por la mano”. (Monroy, 2004)

Los Estados modernos, pues, consideran como labor principal y perteneciente al juzgador la de administrar justicia. Únicamente es el juez el encargado de aplicar las leyes a los casos concretos, y tal labor es conocida como “jurisdicción”. Donde brinda las atenciones con órganos (jurisdicciones) pertinentes los de mayor importancia de los que son los juzgadores (autoridades judiciales), ante los jueces deben formularse las demandas los que quieran hacer valer sus derechos en juicio. El deber que tiene el juez es afirmar y actuar las voluntades de la norma que lleguen a considerar existentes con las voluntades concretas, según los hechos que el juez estime existente. (Hurtado, 2006)

Las relaciones contrarias que la historia brinda entre el progreso de los órganos jurisdiccionales y la relevancia de las autodefensas no tienen que hacernos pensar en contratos entre los poderes del Estado y los particulares, en razón del que estas renuncias a las libertades de reacciones contra las perturbaciones jurídicas para que el poder Estatal asuma las defensas.

No es necesario creer que las defensas jurídicas que los particulares realizan por si sean las mismas que las que tienen lugar en los procesos. Pueden ser iguales los resultados económicos, pero ambas cosas son muy distintas. En este se llegan a desarrollar funciones públicas que son las actuaciones de las leyes, es decir, del derecho objetivamente hablando. (Ticoma, 2009)

Este es el objetivo del proceso, no la protección de los derechos de índole subjetivo como varios asienten. Primeramente, no todas las veces se va encontrar en los procesos la protección de los derechos subjetivos, ejemplificando, cuando las sentencias rechazan las demandas; pero, también, si dichos derechos subjetivos no son sino las expectativas de bienes garantizados por el Estado; los titulares de los derechos dirigidos al aparato estatal, no piden las cosas que afirman poseer, ya las garantías de sus expectativas, sino las actuaciones de estas garantías que es la norma. (Hernández, 2010)

En nuestro ordenamiento es una regla general que en los procesos civiles puedan peticionarse las actuaciones de cualquiera de las normas que garanticen un bien, ante el Estado o frente a los individuales. En otras normas corresponden al proceso civil los conflictos de los individuales y a la jurisdicción en materia administrativa del derecho público. (Fernandez, 1996)

Como además en Italia hay judicaturas especiales de derecho privado y público, en el cual se señala las limitaciones del proceso civil, nosotros no debemos considerar la materia, sino únicamente serán los órganos intervinientes, tomándolo en cuenta como el espacio de praxis de las jurisdicciones ordinarias. El proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respeto de un

bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (Barona, 2000).

Asimismo, en los procesos civiles, las relaciones jurídicas procesales aparecen cuando las personas (demandantes) emplean sus derechos para así accionar, recurriendo a los órganos jurisdiccionales solicitando o demandando que se les pueda atender sus peticiones, las cuales son dirigidas contra otras personas (demandados), la persona demandada es la parte identificada de forma previa; de esa forma las partes que van interactuar en el proceso quedan determinadas, en ese sentido al juez le va corresponder resolver los conflictos de intereses planteados. (Barona, 2000)

### **2.2.2. El Debido Proceso**

Conforme a las múltiples fuentes que han desarrollado la materia, tal pareciera que la fuente del término “debido proceso”, se halla en la Carta Magna otorgada por el Rey Juan sin Tierra en Inglaterra por el 1215, en el que quedó estipulado en el parágrafo 39 en el que mencionó el *law of the land*, que se podía aplicar a todas las personas.

Posteriormente, dicha Carta Magna, al ser reexpedida por el Rey Eduardo III en el año de 1354, incluyó la expresión inglesa *due process of law*, traducida al castellano como debido proceso legal, o simplemente debido proceso Bustamante (2001) la noción de debido proceso hace mención, desde sus orígenes, a diversas garantías que el ordenamiento legal debe reconocer a una persona durante un proceso y frente a la autoridad estatal que lo dirige. Y tras el transcurso de los años, tal concepto primario ha ido desarrollándose de forma notable, en el cual se ha ido

precisando múltiples garantías que lo constituyen. Actualmente, se puede decir que el Debido Proceso ocurre cuando la totalidad de leyes y garantías del ordenamiento jurídico se cumplen en los casos que se traten. El debido proceso se trata de un proceso que va acorde a la normativa jurídica.

Barona (2000) por su parte refiere que:

El Debido Proceso, debido proceso legal o proceso justo (asimismo, el derecho de la acción, contradicción) es un derecho fundamental o humano que poseen las personas y que les brinda la facultad a que exijan al Estado que sean juzgados de modo justo e imparcial, frente a un juzgador independiente responsable y competente, ya que el Estado tiene la obligación de brindar las prestaciones jurisdiccionales (toda vez que se ponen en práctica el derecho de acción y contradicción) además de brindar bajo ciertas mínimas garantías que les permita asegurar un juicio justo e imparcial; por ende, es un derecho fundamental que no posee únicamente contenido constitucional o procesal, sino además humano, de acceso permanente y libre al órgano judicial que deberá actuar con imparcialidad. (p. 123)

El Derecho a la TJE es un concepto de mayor amplitud que el Debido Proceso, sin embargo, ambos están referidos a derechos esenciales de todo ser humano. Tras haberse reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional previo a los procesos y durante éstos y con sus facetas o elementos que posteriormente vamos analizar. En sentido estricto el debido proceso no comprende el acceso a la justicia (derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso) ni el derecho a la ejecución de las

resoluciones judiciales, pues todos estos aspectos están comprendidos dentro del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva (Ticoma, 2009, p. 64).

Las ideas sobre las garantías procesales del Debido Proceso se reconocieron incorporándose en múltiples documentaciones de nivel internacional y en las Cartas Magnas de múltiples naciones. Internacionalmente la CIDH, que suscribió el 22 de noviembre del año 1969, en donde recogió el derecho al debido proceso en su numeral 1 del Art. 8; de igual forma el Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigencia el 23 de marzo del año 1976 consagrado en el numeral 1 del Art. 14. En el caso peruano con nuestra Constitución Política del año 1993 consagrado en el Art. 139 en su inciso 3, lo que posibilita, además, determinarlo de forma absoluta para cualquier procedimiento o proceso y frente cualquier autoridad o persona, sin que las autoridades puedan invocar que no están sujetas a estos. (Taramona, 1996)

El progreso que experimentó hizo que la doctrina pueda identificar que está subdividida internamente. Donde se distingue el *debido proceso sustantivo* y el *debido proceso procesal o formal*. El primero está relacionado con los estándares de la justicia, como son proporcionalidad y razonabilidad que todas las decisiones judiciales deben tener de un órgano jurisdiccional responsable, independiente y competente; el otro proceso se relaciona con las reglas y principios que lo componen y con las formalidades estipuladas, como las establecidas por el juzgador natural, el derecho de defensa, el procedimiento establecido, la motivación, lo que significa, la exigencia al juez a unas mínimas garantías para que juzgue con

imparcialidad, razonabilidad en la actuación y desenvolvimiento de los procesos.  
(Monroy, 1987)

### 2.2.3. El Derecho de Acción

Conforme señala Monroy (1996):

El derecho de acción no posee una naturaleza netamente procesal, es un derecho que tiene un vínculo muy estrecho a la persona sujeta de derechos, que su naturaleza es de orden constitucional. El derecho de acción integra al conjunto de derechos que resultan configurativas de los derechos humanos elementales. A pesar de su importancia, fue y sigue siendo uno de los preceptos más complicados y difíciles de poder definir en el derecho histórico contemporáneo. Hay una frase muy reconocida del autor Niceto Alcalá – Zamora y Castillo que muestra, de forma muy clara, lo complejo que es el precepto de *acción*: “La jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué es ni dónde está”. (p. 67)

Este derecho de acción además puede comprenderse desde las presentes acepciones como: i) Sinónimo de derecho, toda vez que se alude a que la parte que actúa adolece de acción, lo que significa, de algún derecho efectivo que en juicio tiene que tutelarse, ii) Sinónimo de pretensión, es el sentido más recurrente del término, debido a que se refiere de acciones fundadas, acciones infundadas, acción penal, acción civil, etc. Bajo estas palabras la acción viene a ser la pretensión de que se posee un derecho que tiene validez y en nombre del cual la demanda es promovida; y iii) Sinónimo de facultad de provocación la actividad de la



jurisdicción, se refiere de un poderío jurídico que posee toda persona como tal y nombre del que es factible acudir ante el aparato jurisdiccional demandando que su pretensión sea amparada. (Hinostroza, 2001)

Para el autor de Italia Chiovenda (1922):

El derecho de acción conforma la llamada “derechos potestativos”. La acción es inseparable a la concepción del derecho, no en virtud de que para poseer derechos tenga que ser factible la actuación efectiva, sino en el de aquel que se tenga para actuar por medio de todas las fuerzas que en efecto están para que se dispongan. Dicha acción es el poderío jurídico (*porre in essere*) a la condición para que pueda ser actuada en la voluntad de las leyes. Entonces la acción es aquel poder correspondiente frente al rival sobre del cual se llega a producir los efectos jurídicos de las actuaciones de la norma. El contrincante no tiene la obligación a nada frente a este poderío, únicamente esta sujeto a este poder, la acción termina desapareciendo con su praxis, sin que el contrincante pueda hacer algo para evitarlo, ni para llegar a satisfacer. (p. 232)

De lo mencionado se establece que, el derecho de acción o solo la acción, es el poder del derecho para que haga valer las pretensiones ante un organismo jurisdiccional. Es un derecho de carácter público subjetivo por medio del cual se necesita que intervenga el aparato jurisdiccional para salvaguardar pretensiones de interés jurídico.

#### 2.2.4. La Tutela Jurisdiccional Efectiva

La llamada siempre en los espacios judiciales “tutela jurisdiccional efectiva” (TJE), que tiene su origen en Europa continental, circunscrito a los procesos de nivel jurisdiccional. Y asimismo lo que ha referido nuestro TC en su sentencia N°200- 2002- AA/TC, después de haber conceptualizado el debido proceso, refiere que el derecho a la TJE es su manifestación en sedes judiciales.

La Tutela Jurisdiccional se recogió en el inciso 3 del Art 139 de nuestra Carta Magna, asimismo el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil (CPC) que estipula: *Todas las personas tienen el derecho a la TJE para la defensa o ejercicio de sus intereses o derechos, sujetos al debido proceso.* La jurisdicción resulta ser un poder, pero asimismo un deber. Todo esto en virtud de que el Estado no se puede sustraer a su cumplimiento. Basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica (Monroy, 1996, p. 245).

La tutela jurisdiccional involucra que exista un proceso de carácter judicial amparado de efectivas garantías para los sujetos del proceso. Ello conlleva a la posibilidad real y concreta de sometimiento de un derecho que se está disputando a lo que decida el juez, para que se dirima con moralidad, idoneidad y celeridad, esto es, para que se realice el derecho material en el caso específico y particular. (Gozaini, 2000)

Es posible tomar en cuenta que la tutela es efectiva, toda vez que el proceso consigue sus finalidades. Hablando de finalidades del proceso, estas son expresadas como la finalidad obtenida después de que esta haya terminado. Sin embargo, el

proceso cumple una función social de refuerzo y prevención de la eficacia y vigencia del sistema jurídico (Monroy, 1996, p. 114).

### **2.2.5. Nociones generales de tutela cautelar**

Para Calderón (1992):

La Tutela Cautelar se tiene que dispensar por medio del aparato jurisdiccional solamente para el aseguramiento de que sea eficaz la sentencia estimatoria que de forma eventual se pueda dictar. Lo que se salvaguarda por medio de la medida cautelar es la eficacia y ejecutividad de la futura decisión, toda vez que, por el pasar de los años en las dilucidaciones del litis, se forme ilusoria el dictamen decisivo. (p. 78)

Por ende, el fin de las tutelas cautelares no es lograr las anticipaciones de las consecuencias que en su tiempo puedan lograr las sentencias, sino que la eficacia esté garantizada, cuando recaigan y sean ejecutables. En ese sentido, por regla, la medida cautelar no se puede convertir “a priori” en una especie de ejecuciones anticipadas de las sentencias. (Bustamante, 2001)

Sobre el tema el autor de Italia Calamandrei (2005) Piero ha sostenido que:

Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. (p. 45)

### 2.2.5.1. Presupuestos para la concesión: apariencia del derecho y peligro en la demora

Las medidas cautelares merecerán la viabilidad si, a tenor de los contextos de los hechos descritos en los pedidos y medios probatorios que puedan recaudarse a las solicitudes, fluyen las apariencias de un buen derecho “*fumus boni iuris*”, y la peligrosidad en la demora “*Periculum in mora*”, ambos se conciben como los presupuestos que tienen que concurrir de forma inexcusable como la condición cuando se adopte la medida cautelar.

El primero, apariencia de un buen derecho o verosimilitud de derecho implica, como Martel (2003) un juez peruano señala “la realización de un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante, no exige comprobación de certeza, sino solamente de humo de derecho, esto es, de probabilidad” (p.59).

Respecto al otro presupuesto “*Periculum in mora*”, que se refiere a los daños que se agravarían o producirían, como resultado del pasar del tiempo, si es que la medida no llega adoptarse, se privaría de eficacia a las sentencias estimatorias que vayan a emitirse. (Barona, 2000)

Se requiere que los dos presupuestos puedan concurrir, contrariamente, se estaría incurriendo en actuaciones de desnaturalización y perversión de la tutela cautelar, donde se transforma los aseguramientos de las eficacias de la sentencia que en su hora pueda ser dictado, es un conjunto de factibles desnaturalizaciones, ejemplificando: la ejecución de modo inmediato de sus efectos, o una gravosa por

ser excesiva por la desproporción- tutela cautelar, que supera sus finalidades de modo inútil, etc., omitiendo en éstos y de más supuestos que las medidas cautelares pueden traer resultados que luego resulten irreversibles.

#### **2.2.5.2. Presupuestos para la ejecución: contracautela (caución) y adecuación**

Monroy (2003) con el fin de asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la traba de medida cautelar en caso la sentencia fuera desestimada, el sistema prevé una garantía, denominada contracautela.

Esta garantía puede ser de naturaleza personal (caución juratoria) o real (prenda, hipoteca, etc.) y, por disposición del Juez, debe ser otorgada por quien requirió una medida cautelar como presupuesto para la efectivización de la misma (Monroy, 2003, p. 274). Martel (2003) explica que “este presupuesto no debe evaluarse para los efectos de concederse la medida, sino para su ejecución. Así fluye nítidamente de lo previsto en el primer párrafo del artículo 613 del Código Procesal Civil” (p.59).

Existe una exigencia del presupuesto de adecuación para el juez quien tiene que hacer una ponderación sobre la medida cautelar pedida sobre el cual se busca asegurar, teniendo que dictar la medida que afecte de menor forma los derechos o bienes del sujeto demandado o, bien, tendrá que dictar aquella medida que sea más proporcional con la finalidad buscada. Así, el CPC ha prescrito la adecuación definiendo el contenido cuando se dicte la medida cautelar, donde se tiene que considerar la efectividad de tal medida, mas no como un presupuesto para ser otorgada (Art. 611 del CPC).

Asimismo, la adecuación por una parte se refiere a la conexidad y congruencia que tiene que existir entre la pretensión principal y la pretensión cautelar buscando la cautela, y, por otra parte, a la proporcionalidad que ha de haber entre la medida de cautela que se pueda conceder y la principal pretensión. De esa forma, se está evitando que el dictado de medidas cautelares sea excesivo, y sean solo las necesarias para que se cautele de modo suficiente la principal pretensión. Es en este presupuesto precisamente que la influencia del principio de buena fe muestra su relevancia especial en las partes que participan en el proceso, con el objetivo de brindar la medida cautelar “pertinente”. (Bernal y Díaz, 2017)

#### **2.2.5.3. Caracteres de la tutela cautelar**

Las tutelas cautelares cumplen la labor de garantizar la eficacia de la tutela de fondo, es decir, del resultado antes de iniciar el proceso o tras haber comenzado.

De este que la doctrina de forma mayoritaria ha concordado que se trata de tutela:

- a) Instrumental, no es una finalidad en sí misma. Sobre el particular, el tratadista argentino Rivas (2000) indica que las medidas cautelares, como toda forma procesal, son instrumentos utilizados por la jurisdicción para el cumplimiento de sus fines, están sujetas a la existencia actual de un desarrollo procesal y, coincidiendo con Calamandrei, afirma que son “instrumento del instrumento”.
- b) Provisoria, Baptista (2005) en su vigencia, en cuanto está destinada a cesar tan pronto agote su función, lo que acaecerá al acto de expedir sentencia.

En ese sentido, el tratadista brasileño Cardoso (2006) concluye que “...Toda decisión incapaz de definir el mérito y que, por tanto, debiera perdurar provisionalmente hasta la definición, tendrá naturaleza cautelar...” (p.135).

- c) Variable durante este vigente, o sea, la medida cautelar se adapta a conseguir su labor, presenta susceptibilidad de sufrir cambios o modificaciones en cuanto al monto, bienes y forma, ya que guarda obediencia al principio *rebus sic stantibus* (pueden dejarse sin efecto, si es que en razón de nuevos eventos llegan a desaparecer los presupuestos que han justificado la concesión).

#### 2.2.5.4. Características del procedimiento cautelar

El Código Procesal Civil contempla un procedimiento simple y sencillo Rivas (2000) destacando como principales características las siguientes:

- **Reservado:** En tal motivo, la solicitud, su calificación, y su ejecución, lo que significa todo su proceso, no se tiene que manejar de modo público, pues se estaría poniendo en riesgo la efectividad de la institución y sobre todo los derechos de las partes. Regularmente que esta reserva no llega a excluir que la misma parte interesada intervenga, el cual posee el derecho de averiguar sobre su gestión. De este modo, la otra parte litigante únicamente luego de haberse ejecutado la medida otorgada.
- **Inaudita et altera pars (sin escuchar a la parte opositora):** la decisión del juez que concede o deniega la solicitud cautelar tiene que darse sin



escuchar a la otra parte, lo que quiere decir que para esa decisión el juzgador sólo va evaluar las informaciones y medios probatorios aportados por la parte que solicita, conforme se advierte del tenor del Art. 611 del CPC.

- **Expeditivo y sumarísimo:** El acotado de dicho Código adjetivo no ha consagrado tiempo alguno para que el juzgador pueda adoptar la decisión de la medida cautelar, lo que quiere decir que las peticiones y concesiones de las solicitudes cautelares, como sus ejecuciones, pueden suceder en el mismo día, dadas las tutelas asegurativas que dispensan.
- **Admite apelación sin efecto suspensivo:** Que coincide con el fin del proceso cautelar y el valor de la eficacia que lo motiva, el Código ha previsto un régimen impugnatorio que no va suspender la eficacia de la decisión concesoria de la medida peticionada. El Art. 637 del CPC ha dispuesto que para impugnar se debe interponer luego de haberse ejecutado la sentencia cautelar.

#### 2.2.6. Medida cautelar pertinente o adecuada

Se ha referido que la tutela cautelar se otorga internamente en un principal proceso que está por iniciar o ya inició, y se dirige a la adopción de “medidas cautelares” provisorias, que tienen como fin evitar que el pasar del tiempo pueda convertir en ilusorio que se realice el mandato que la sentencia contiene. (Arazi, 2007)

Lo que quiere decir que la concesión de la medida cautelar no está vinculada a la liberalidad y potestad de las partes. Si no que le toca al juez la decisión sobre



su adopción, ya sea en el modo solicitado o la que estime pertinente brindando atención a la naturaleza de la principal atención (Art. 611 del CPC), toda vez que haya, como se ha señalado, apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*), y si no se concede podría producir daños irreparables (*periculum in mora*), resultando necesario que se adopte la medida de prevención. (Calamandrei, 2005)

Tal presupuesto de ejecución, como es posible recordar, está estipulado en el Art. 611 del CPC, y le corresponde al juzgador, el cual por último tendrá que dictar la medida pertinente que considere (inclusive diferente a la peticionada), donde va atender a la naturaleza de la pretensión primordial.

Lo que comunica el acotado numeral 611 para los juzgadores, es que, si advierten necesario la cautela de un derecho y asegurar su eficiencia, tienen la obligación para que adopten las decisiones cautelares adecuadas y eficaces que ellos consideren. Caso contrario, se vulneraría el equilibrio e igualdad procesal que es imperante en todos los procesos. (Calamandrei, 2005)

Es aquí donde resalta la figura del juzgador para que de forma imparcial pueda disponer de la medida adecuada, la que va guardar la congruencia perfecta con la pretensión asegurada y va ser el instante cumbre en el cual va advertir si la parte que solicita obra de buena o mala fe.

Por ende, se invoca los deberes de carácter procesal de buena fe y lealtad, impidiendo acciones llenas de malicia en la praxis de algún derecho procesal (Art. 109, incisos 1 y 2 del CPC), se le puede exigir al sujeto beneficiario con la solicitud cautelar que lo encauce de forma conveniente, donde se evite excesos y

deformaciones; y pueda coadyuvar en la adopción de decisiones de las providencias cautelares, ya que en modo definitivo va ser el juzgador quien por medio de criterios de razonabilidad (análisis de la congruencia de la petición) y proporcionalidad otorgue la medida adecuada. Así, si la petición cautelar es proporcional y congruente con aquello que se va a dar garantía, así se va aliviar al juez tener que adecuar las medidas.

### **2.2.7. El principio de la buena fe en el proceso cautelar**

Siguiendo el razonamiento del profesor argentino Gozáni (2000) afirma:

El principio de la buena fe aplicado al desarrollo del proceso civil ha tenido a lo largo de la historia una lectura distinta, casi novedosa, porque aun cuando el derecho romano fustigó las conductas atípicas, la interpretación de la bona fides como principio autónomo del proceso es relativamente reciente. Es más, es posible asentir que recientemente se ha instalado la discusión respecto a la necesidad de actuar con probidad y lealtad, toda vez que se adviertan los desatinos del comportamiento de los sujetos del proceso. (p.54)

En términos generales, la buena fe, lo hallamos inmerso en todo el derecho, tanto en leyes determinadas como en normativas generales y, resumiendo, llega a emerger como un principio general jurídico, en la medida que llega entablar un camino comunicativo del derecho con la parte moral de la sociedad con el aspecto ético, y esto resalta su predominancia connotación de la ética, lo que hace suponer que se canaliza el derecho dirigiéndose a sus fines más puros. (Taramona, 1996)

Acota el mismo Gozaíni, citando al maestro español de los Mozos (1965) señala, que:

El principio de buena fe en el proceso puede ser entendido como un hecho (creencia de obrar con derecho), o como un principio (lealtad y probidad hacia el Juez y su contraparte) teniendo explicaciones diferentes. En lo esencial, el primer tema se muestra como la buena fe subjetiva, y se trata de la convicción sincera de actuar con razonabilidad y sin causar daño a los intereses ajenos protegidos por el ordenamiento jurídico. Y el segundo se vincula con la buena fe objetiva que puede verse en la parte conductual, como comportamientos de fidelidad, que se sitúan en el propio plano que el empleo de la normativa. (p. 109)

El autor citado enfatiza que "...tales tendencias muestran que la conducta de las partes puede leerse también en dos sentidos. Por un lado, habrá que custodiar el desempeño en base a una regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar que los litigantes se desempeñen con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones porque es un principio amplio que, en el terreno procesal podríamos denominar como principio de moralidad.

Por el otro, transita la interpretación de los comportamientos para advertir si la creencia de actuar asistido de razón es sincera y sin intenciones malignas o dolosas. Estas acciones obligan al Juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que, con aquéllas, se incurre en desatinos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o de mala fe (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). Aquí se expresa como una facultad

jurisdiccional o poder disciplinario del Juez, sancionando las acciones abusivas”.  
(Fernandez, 1996)

Concordamos con las argumentaciones reseñadas, pues, en nuestro modo de pensar, la buena fe dentro del proceso se halla involucrado tanto en los procesos de otorgamiento, como en el de ejecución, asimismo en las subsistencias de todas las medidas cautelares; no obstante, lo más relevante es que toda vez que la buena fe es objetivizada es posible que se aprecie la honestidad, capacidad e idoneidad de las partes participantes en el proceso (abogados, litigantes, jueces y los auxiliares judiciales).

#### **2.2.8. Ejercicio abusivo de la medida cautelar**

Ramírez (2005) nos señala que:

Utilizar el proceso para fines ajenos a su esencia es, sin lugar a dudas, uno de los grandes problemas que se debe afrontar en los tribunales. Se sabe que, en circunstancias, las 2 partes, concordando voluntades, llegan a simular un proceso para dañar a una tercera parte o un grupo de terceros; en otras situaciones, es otra la parte que, dentro del proceso valiéndose de malas mañas para dañar a la otra parte... no obstante, cuando se trata de medidas cautelares, hay un participante que hace notar la diferencia sobre el abuso realizado por los partícipes, lo que conlleva a pensar que en la doctrina del abuso del proceso no puede ser suficiente para evitarlo. No existe la posibilidad de que tenga vida una medida cautelar abusiva sin la intervención de un juzgador que lo pueda conceder, así de fácil. (p.312)

Tomamos como acertado la reflexión que se ha transcrito, por cuanto el principio de buena fe en el proceso tiene arraigo en las partes participes del proceso, particularmente en lo que concierne al proceso cautelar, oportunidad en el cual el juez tiene que hacer valido su dimensión real de obrar con imparcialidad e independencia cuando resuelva los problemas y no pueda ser puesto en tela de juicio la parte seria de la función jurisdiccional.

Por ende, en lo que concierne a la labor del juzgador de brindar la medida cautelar adecuada, tiene que cuidar con prudencia, perspectiva y esmero que sea ésta la que más sea conveniente para asegurar la pretensión a la que se está debiendo, y es que la facultad de “adecuación”, como se ha mencionado, se encuentra vinculada de forma íntima con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, donde opera la buena fe como marco de corrección en el comportamiento humano y en el debido proceso. Ello, por cierto, sin perjuicio que la resolución concesoria pueda ser comentada y motivo de críticas en el ámbito académico, como –a modo de ilustración- así aconteció en el conflicto con relevancia jurídica suscitado entre las empresas Aviandina S.A. con Lan Perú S.A., en relación a una medida cautelar dictada por el Juez del Cuarto Juzgado Civil de Arequipa. (Ledesma, 2004, p. 31)

De forma particular, por propia experiencia, las manifestaciones del ejercicio abusivo del proceso por las partes que litigan en el tema cautelar se manifiestan respecto al monto de la petición cautelar y sobre los bienes en los cuales recaen las afectaciones:

### **2.2.8.1. Respecto al monto**

En las prácticas jurisdiccionales, son advertidas más los casos en los que se piden medidas cautelares en cuantías irrisorias sobre las envergaduras patrimoniales de las pretensiones que se van a garantizar, con el cual en puridad “no se estaría garantizando nada”, y se estaría encubriendo solo los amedrentamientos hacia los deudores o las salidas al no pago de los aranceles judiciales correspondientes (verbigracias casos en el que los montos de las medidas cautelares por ser inferiores a las 10 URP, se hallan eximidas de los pagos de aranceles judiciales conforme a la Primera Disposición Complementaria y Final de la Resolución N°009- 2007- CE-PJ que llega aprobar los Aranceles Judiciales para los Ejercicios Gravables del periodo 2007 en el Diario Oficial con fecha 09 de marzo del 2007).

### **2.2.8.2. Respecto a los bienes**

Además, los abusos de los pedidos cautelares influyen en los bienes en que recaen las medidas.

Sucede en la praxis que muchas personas acreedoras extienden o diseminan las pretensiones cautelares donde abarcan cuantiosos bienes de sus deudores, donde emparejan cuantías ínfimas por cada bien, procurando –múltiples veces exitosas- de conseguir un exceso de la cautela, cuando lo adecuado era solicitar embargo solamente en un inmueble, impidiendo que la medida sea muy gravosa para la parte patrimonial de la persona deudora. (Monroy, 1996)

### 2.2.9. La caución

El Código Procesal Civil que tenemos no ha definido la caución. Una aproximación lo hallamos en el Art. 613 donde señala *“La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”*, y que *“La contracautela puede ser de naturaleza real o personal...”*.

Muy sabido es –basándose a lo indicado previamente. Que la caución posee una finalidad reparadora ante el modo eventual que la ejecución de la medida cautelar (innecesaria o maliciosa), solicitada por una parte y que el órgano jurisdiccional concede, produzca daño a la otra parte con la que se está dirigiendo.

En ese sentido el autor Taramona (1996) ha definido la caución de la siguiente forma:

...Las garantías que tiene que brindar los que piden alguna de las medidas cautelares, para que aseguren la reparación por los perjuicios y daños que puedan generarse por las trabas de estas en los supuestos de haberse decretado de modo indebido. La contracautela hace suponer la garantía por la realización del acto jurídico procesal de forma injusta. (p.123)

De igual forma Calderón (1992) refiere que la caución es “un instrumento que sirve para restaurar el equilibrio perdido al otorgarse la medida, actuando como condición de ella y adscribiéndose a la inmediata indemnización de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución” (p.52).



Igualmente, Monroy (2004) señala que la caución es la “garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. ‘Contracautela’, entonces, por ser una garantía respecto de otra trabada en contra. Por ello también, otros se refieren a la caución como la ‘cautela’ del demandado” (p.264).

Por último, respecto a este tema, encontramos la opinión de Montenegro (2000) quien define a la caución como “la garantía que el titular de la medida cautelar presta, por los posibles daños y perjuicios que su traba pueda ocasionar al afectado con dicha medida” (p.172).

Dichas posturas, también, pueden dar la explicación de forma preliminar la naturaleza jurídica de la institución bajo comentario. Sin embargo, se ha preferido abundar en el análisis de ello para después contestar las inquietudes que motivan esta investigación: ¿Tiene que considerarse a la caución como requisito de ejecución o concesión de la medida cautelar?

#### **2.2.9.1. La caución y su naturaleza jurídica**

Buscar la naturaleza jurídica del instituto involucra hallar la categoría jurídica general en el que enmarca la especie motivo de investigación. Tal labor no contesta a la aislada pretensión de juzgar a las clasificaciones sino a un claro fin práctico, necesario en los quehaceres judiciales: establecer ante la ambigüedad, silencio o imprecisión de la norma que leyes se pueden aplicar de forma supletoria al instituto.

Concordando con Calderón (1992) podemos reconocer que hay un debate doctrinario de la naturaleza jurídica de caución. Para una gran parte, donde está Calamandrei, es una clase de medida cautelar. Para otra parte, contrariamente, la



caución es un auténtico presupuesto de la medida cautelar, que protege a la parte afectada de los daños que pueda producirle la ejecución cautelar otorgada a la parte que lo solicita.

Respecto al tema, se puede advertir que el carácter procesalista de dicha garantía no es parecido al de las medidas cautelares. Como lo ha sostenido Monroy (2004)

Dicha caución no está sujeta a las características de la medida cautelar (es claro que su admisión no involucra que concurran, entre otros, la apariencia del derecho verosímil y/o un peligro de ser irreparable en la demora del principal proceso) ni posee su parte estructural (la solicitud de dictado de medida cautelar demanda la formalidad preestablecida en la norma procesal y la satisfacción de los requisitos jurídicos adecuados, en tanto que dicha caución únicamente el ofertorio respectivo con observancia eventual de la formalidad mínima prevista en cuerpo jurídico sustantivo o procesal). (p. 53)

Pero, también –y esto es lo esencial- su fin para nada es asimilada con las medidas cautelares, debido a que no llegan asegurar la eficiencia del principal proceso, sino que puedan resarcirse los perjuicios y daños que puedan producir la ejecución de estas. De ese modo, es posible asentir que la caución no posee la naturaleza jurídica que tiene una medida cautelar.

### 2.3. Definición de términos

- **Clases de indemnización.** - Existen indemnizaciones de dos tipos, primero la Indemnización Contractual y se refiere a la indemnización que solicita un acreedor cuando ha existido un incumplimiento de las normas estipuladas en un determinado contrato por parte del deudor y la segunda encontramos la Indemnización Extracontractual, la que se constituye cuando existe de por medio un daño o perjuicio hacia otra persona o bien de propiedad del acreedor (Torres, 2013).
- **Código Civil.** – Es aquel conjunto sistematizado, ordenado y unitario de normativas de derecho privado, lo que significa, un cuerpo normativo que posee por finalidad regular los vínculos civiles de las personas jurídicas y físicas, públicas o privadas, en el caso de las personas públicas toda vez que lleguen actuar como un particular desprovisto de *imperium* (Barona, 2000).
- **Indemnización.** – Es la “compensación” que una parte exige y de modo eventual podrá percibir por deudas o daños de parte de otro individuo o entidad. Mayormente, se refiere a la indemnización por perjuicios, comprendiendo “perjuicio” como el daño ocasionado por el victimario o deudor, y que tendrá que compensarse (Bernal y Díaz, 2017).
- **Jurisprudencia.** – Son aquellos pronunciamientos que se dictaron por los que poseen la facultad de poder realizar las interpretaciones del ordenamiento jurídico y su adaptación y aplicación a los casos en concreto. En la praxis, está compuesto de las sentencias o fallos que emanan de los tribunales que pueden ser administrativos u ordinarios, que tienen las reglas

de acuerdo a las que se ha llevado a cabo las adaptaciones del derecho escrito a los hechos de la realidad (Hinostroza, 2001).

- **Medida cautelar innecesaria o maliciosa.** – Si por medio de una medida cautelar se busca conseguir resultados contravinentes para el contrincante o un tercero que no admite la normativa, se adentra a la materia del abuso del derecho a la tutela cautelar. No otorgar la sanción a la parte que litiga y que viene abusando su derecho a la tutela de prevención, es incentivar la malicia en el proceso. La medida cautelar innecesaria o maliciosa no únicamente causa perjuicios y daños cuando la demanda se declara infundada, sino también en los múltiples modos anormales de terminación del proceso. Dichos supuestos no se desarrollaron de manera legislativa con el desarrollo del Art. 621° del Código Procesal Civil (Monroy, 2013).
- **Medida cautelar.** – Medida quiere decir “disposición, prevención” y Cautelar quiere decir “precaer, prevenir”, tras aplicar estos términos al Derecho se puede referir que se trata de la resolución que busca una finalidad inmediata: prevenir. Eso quiere decir que, son “aquellas dispuestas por el Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorios el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión del mismo”, cuyo fin es impedir la inejecución de alguna otra medida procesal que pueden ser dictadas en el proceso (Arazi, 2007).
- **Ordenamiento Jurídico.** – Es el conjunto de normas de derecho que vienen rigiendo en un sitio delimitado en una época temporal específica y que presentan una estructura basándose al principio de jerarquía normativa. Si

se trata de un Estado Democrático, la Carta Magna conforma la base de la normativa jurídica (Bustamante, 2001).

- **Precedente judicial.** – Es la fuente formal de creación de Derecho, se trata en que se derive, no de la norma que se aprobó por el órgano legislativo, sino por las soluciones que se adoptaron, ante ciertos casos, más en los tribunales, de modo que conforman una especie de doctrina, un paradigma de resolución, es un precedente, al que tendrán que irse ajustando posteriormente, algunos o todos otros organismos jurisdiccionales (Gozaini, 2000).
- **Proceso Cautelar.** – Es aquel proceso encaminado a que se dicte una providencia cautelar, la cual va disponer que se llegue adoptar una medida cautelar que va tener por fin impedir la inejecución de otra resolución del aparato judicial, principalmente la sentencia definitiva, que se va dictar en el principal proceso. El derecho en materia procesal pretende conseguir una efectiva prestación jurisdiccional, que pueda satisfacer de modo acabado y no solamente de modo ilusorio las pretensiones que es el fin del proceso (Pelaéz, 2008).

#### 2.4. Hipótesis

Zelayaran (2000) existe insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil, debido a que no puede obviarse dado el fin de aseguramiento perseguido, que también en el ámbito ya de ejecución de la medida aparezca otro presupuesto como es la “adecuación”, íntimamente ligado al tema de la pertinencia cautelar, en el sentido

que la medida peticionada, sea la adecuada, o sea garantice íntegramente la pretensión principal, propendiendo precisamente a que no se concedan medidas cautelares innecesarias o maliciosas, en el entendido que si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, resulta improcedente la petición, conforme al artículo 627 del Código Procesal Civil.

## **2.5. Categorías**

Para Torres (2002):

En una investigación cualitativa la categorización es conformada por una parte fundamental para el análisis e interpretación de los resultados. Este proceso se caracteriza en que se puede identificar las regularidades, sobre temas que resaltan, de acontecimientos recurrentes y de patrones de ideas en los informes provenientes de los lugares, sujetos o eventos escogidos para un estudio.

Por lo tanto, se tiene:

### **La primera categoría:**

La insuficiencia reparatoria de la contracautela; y

### **La segunda categoría:**

La ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe.

## CAPITULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo de investigación

Ha correspondido a un estudio Dogmático-Normativo y Teórico- Solis (2001) que ha permitido profundizar y ampliar los saberes respecto al problema de estudio planteado, lo que significa sobre la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.

El tipo de diseño fue la llamada no experimental al respecto Robles et al. (2016) en virtud de que carece de alguna clase de manipulación intencional de la variable que es independiente, también no posee grupo experimental ni de control; su fin es estudiar el hecho jurídico que se ha identificado en la problemática luego de que ocurrió.

Su diseño General se empleó el diseño Transversal Hernández et al. (2010) cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su finalidad es la descripción de las variables de la investigación; el análisis del estado de cuestión del estudio en un instante preciso.

Teniendo como su diseño el explicativo, siempre que se estudiaron las causas que producen hechos problemáticos dentro de un contexto determinado y poder dar las explicaciones la conducta de las variables del estudio de la problemática planteada.

### 3.2. Unidad de análisis

Gomes (2003) respecto a la unidad de análisis fue constituida por las siguientes fuentes: jurisprudencia, doctrina, normativa. Asimismo, dicha unidad de análisis estuvo conformado por:

- La Unidad temática: conformado por las categorías de la investigación
- La Categorización del tema de estudio: basándose en los indicadores se ha establecido la categoría(s) de análisis
- La Unidad de Registro: documental basándose en el análisis de informaciones y categorías de las fuentes jurídicas, que se obtuvieron por medio de los IRI.

#### 3.2.1. Población

- **Población Física:** fue conformada por el ambiente nacional y mundial
- **Población Social:** el universo materia de investigación se ha circunscrito a los juristas que desarrollaron la dogmática del derecho y a los operantes del derecho que produjeron las jurisprudencias correspondientes.
- **Población Temporal:** el tiempo de investigación ocurrió en el 2016.

#### 3.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilístico.
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Jurisprudencia, doctrina, normativa
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales

### **3.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos**

Para compilar las informaciones para cuestionar, validar y lograr las finalidades del estudio se ha empleado la Técnica documental, con sus instrumentos que son la ficha textual, comentario y resumen, por medio del cual se obtuvieron informaciones doctrinarias.

Además, se ha empleado la técnica del análisis del contenido, y como su instrumento la ficha de análisis de contenido, por medio del cual se obtuvieron las informaciones jurisprudenciales.

Para la obtención de información y/o datos de las normativas del derecho se ha empleado técnicas como la: hermenéutica, exegética, teleológica, con los cuales se ha podido establecer los contenidos de las mismas.

Para que las informaciones se sistematicen en un todo lógico y coherente, o sea, estructurando de un modo lógico, una teoría o un modelo que pueda integrar esas informaciones, se ha empleado el método de la argumentación jurídica.

### **3.4. Procesamiento e interpretación de datos**

Para procesar e interpretar los datos de las teorías se ha empleado como técnica el análisis cualitativo, que según Briones (1986) para conseguir las aprehensiones de significados y particularidades brindados por la doctrina y jurisprudencia, para ello se ha empleado la argumentación jurídica para los análisis de las informaciones. Los criterios que se siguieron en este proceso de estudio fueron:



- Identifica el ambiente físico en el cual se ha buscado las informaciones.
- Identifica y registra las fuentes de informaciones
- Recabación de informaciones de las informaciones
- Evaluación y análisis de las informaciones
- Sistematización de las informaciones

Por último, los datos obtenidos por medio de los instrumentos antes referidos han servido para la validación de la hipótesis Robles (2014) basándose en la teoría de la Argumentación Jurídica Gascon y Garcia (2005) en virtud de que el derecho puede ser concebido como argumentación, debido a que desde cualquiera de las ópticas las actividades de todo jurista tras aplicar el derecho se trata principalmente en justificar, argumentar el derecho. Por ende, dicha teoría no es la de mostrar aspectos novedosos a los juristas, sino brindar las justificaciones de los enunciados o planteamientos.

En ese sentido, Ramos (2011) establece que la prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. Realmente, no hemos podido probar si una hipótesis es falsa o verdadera, sino dar los argumentos que ha sido apoyada o no conforme con ciertos datos recabados en nuestra investigación. Para explicarlo, en otras palabras, una hipótesis no es aceptada por medio del elaboramiento de una tesis –como llegan a creer varios-, sino que se brinda evidencias en contra o a favor de la hipótesis. Cuanta mayor intensidad haya tenido la investigación, mayor va ser la solidez de la comprobación.

## CAPITULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1. Presentación de Resultados

##### 4.1.1. La tutela jurisdiccional cautelar

Hurtado (2006) la tutela jurisdiccional cautelar como una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva anuncia y prepara la realización de las otras tutelas jurisdiccionales (cognitoria y ejecutiva o satisfactiva) con el propósito de asegurar anticipadamente el más eficaz rendimiento práctico de éstas. Por ende, asentimos que se encuentra a la disposición de la ulterior actividad jurisdiccional que tendrá que restablecer de una forma definitiva la observancia jurídica.

La doctrina actual se da de un modo pacífico alrededor al reconocimiento de la tutela cautelar como el *tertium genus* junto a las tutelas cognitorias y las ejecutivas o satisfactivas; donde se reconoce las características que presenta de acuerdo a éstas. Establecido el nivel de disentimientos aún llega a subsistir en torno al tratamiento de la medida cautelar específica, el proceso cautelar inaudita causa alteración pares, la contracautela. Por el resto no todos los ordenamientos jurídicos llegan asignar una sección o capítulo especial al proceso cautelar, varias aún la regulan de modo disperso incluyéndolos en el tratamiento legislativo de pretensiones específicas.

Hurtado (2006) el Proceso cautelar de naturaleza civil es aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; a través de medidas asegurativas, conservativas o anticipatorias (coincidentes o no con la pretensión principal). Las medidas cautelares están “destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”, como está estipulado en el Art. 608 del Código Procesal Civil. Desde una óptica dinámica el termino proceso cautelar se emplea para señalar el fenómeno de cómo se desenvuelve la función jurisdiccional civil cuando ésta dirigida a dictar la decisión cautelar.

#### **4.1.2. La medida cautelar**

##### **4.1.2.1. Alcance conceptual**

La denominación de la medida cautelar, fue de los problemas primarios que la doctrina ha debatido y la parte legislativa ha trasladado a sus normativas jurídicas adoptando una u otra postura. Podetti (1969) grafica lo expresado en los siguientes términos:

Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, sin alguna de las denominaciones se consigue ideas integrales del instituto, a parte que, como vamos a ver a continuación, pueden dar espacio a la equivocación. (p.11)

En el aspecto doctrinario y en la legislación al vocablo medidas se le han agregado múltiples complementos o calificativos que le dan la calificación de medidas: urgentes, de seguridad, preliminares, precautorias, preparatorias o previas, provisionales, preventivas, cautelares, de cautela o de conservación.

Tales medidas- en palabras de Chiovenda (1948)- establecidas por urgencia o peligro, se denominan cautelares, de conservación o provisionales ya que son dictadas de forma previa a que se encuentre con la declaración de voluntad concretamente de la norma que nos asegura un bien, o antes de que se realice su actuación, como su garantía de la misma, y cambian según la naturaleza diversa del bien que se quiere.

Rocco (1977) la acción cautelar, no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro.

Martínez (1994) afirma que:

Las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es

primo facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. (p.28)

Ottolenghi citado por Monroy (1996) respecto al particular, detalla lo siguiente:

Con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta. (p.249)

Nuestro autor Monroy (1996) ha conceptualizado a la medida cautelar de esta forma:

Es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba. (p.40)

Por nuestro lado conceptualizamos que la medida cautelar es la institución de carácter procesal que abarca tanto la pretensión como la decisión jurisdiccional con los que se pretende salvaguardar la eficacia de la decisión. Es materializada por medio de alternativas conservativas, transformativas, asegurativas, y anticipadas ejecuciones de la principal pretensión.

#### 4.1.2.2. Presupuestos

Las adopciones de las medidas cautelares están supeditadas a que concurren establecidos presupuestos o condiciones específicos; que son:

##### **a. Verosimilitud del derecho invocado (*Fumusbonis iuris*).**

*Fumusboni iuris* su traducción literal es humo de buen derecho, más en su concepto semántico y jurídico se tiene que entender como el aspecto o la apariencia externa de derecho como una buena dosis de la razonabilidad o la apariencia razonable de que el sujeto que recurre está litigando con razones.

Fernandez (1996) la estimación de una demanda cautelar exige del juez el despliegue de una actividad cognitoria sumaria o juicio de razonabilidad para la comprobación de la verosimilitud del derecho invocado. Dicha acción no tiene como destino generar certeza al juzgador, sino tan solo la probabilidad considerable de amparar la pretensión central, apariencia razonable de que el peticionante de la medida viene litigando con razones, ya que la parte que pide la medida cautelar tiene que brindar las justificaciones iniciales de su derecho. No es suficiente que se afirme dicha justificación, el accionante tiene que brindar el caudal suficiente de los medios probatorios del que se puede percibir aparentemente un derecho a beneficio, asimismo, el peligro que hay en la demora o algún otro motivo que pueda justificar.

En las actividades cognitivas sumarias, como las desplegadas para las expediciones de las resoluciones cautelares, son previsibles que sólo puedan establecerse la probabilidad o posibilidad de que exista el derecho, no así la certeza de éste. El accionante no tiene que probar que su derecho subjetivo existe y que está

afirmando en el principal proceso, la ley demanda que se pueda acreditar los indicios de apariencia o probabilidad de buen derecho.

Este presupuesto, en opinión de Barona (2000) comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Dicho argumento contesta al justo término medio entre la certeza que involucra la sentencia que va dictarse al terminar el proceso y el incierto propio del inicio del proceso. A dicho término medio se conoce como la verosimilitud.

Como muy bien precisa Calamandrei (2005):

La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. La declaración de la certeza que existe el derecho es la labor de la principal providencia; en instancia cautelar es suficiente que el hecho que exista la verosimilitud del derecho, lo que significa, que es suficiente que, conforme a un cálculo de las probabilidades, sea posible que se prevea que la principal providencia va declarar el derecho en sentido beneficioso a la parte que peticona la medida cautelar. El producto de la cognición sumaria respecto a la existencia del derecho posee pues, en todas las circunstancias, valores no declarativas de certeza más bien de hipótesis; solo cuando se dicten las providencias principales va verse si las hipótesis corresponden a los hechos reales. (p.77)

Nos detalla Rocco (1977) que las cogniciones sumarias y superficiales importan, no las certezas del derecho, si no la probabilidad o posibilidad de que el

derecho existe, que se valora basándose en las afirmaciones del accionante titular de él y sobre los componentes indiciarios, más que en auténticos medios probatorios, del cual cabe la posibilidad de que el derecho exista, en el que la declaración de certeza va ser o podrá ser objeto de una normal y plena declaración de certeza jurídica. Agrega que el *fomusboni iuris* es la valoración de forma subjetiva y, mayormente, discrecional, del juzgador sobre la sospecha de que haya intereses que el derecho tutela, completamente superficial y sumaria.

El *fumusbonis iure* – en opinión de Morello (2001) - se autoabastece de un remedo de prueba orgánicamente idóneo, pero menos pleno, impregnado, sin embargo, de fundamentales consecuencias toda vez que ese conocimiento no exhaustivo, pero constitucionalmente suficiente, basta para motivar su procedencia. Todo ello al mismo tiempo ha evidenciado que el hecho que existan múltiples registros de profundidad en el contexto subjetivo de la conciencia del juzgador que únicamente ciertas veces termina desembocando en las proximidades de las – verdades reales, extremo éste que no siempre resulta determinante ni necesario para que el juzgador obre de forma justa.

**b. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.**

Toda normativa jurídica tiene el deber de prever las amenazas o perpetraciones de algún daño con circunstancia de la petición y cuando se otorga la TJE. Esto termina induciendo, partiendo en el ámbito doctrinario, determinar ciertas precisiones sobre el precepto del daño y las nociones del peligro.



El concepto de daño como concepto jurídico y, antes de todo, como concepto económico –explica Rocco (1977)- es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del derecho público interno (constitucional, administrativo, penal) o internacional, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precizando de forma seguida que el daño ocasiona, generalmente, perjuicio, detrimento, menoscabo, molestia o dolor; el daño en el derecho, consecuentemente, se puede considerar como la disminución o sustracción de algún bien, pero a la misma vez se puede concebir como la afectación o supresión de intereses, ya sea que tenga la tutela por una ley en el modo de un derecho subjetivo, teniendo tutela en el modo de un interés simple.

El peligro es la contingencia o el peligro de modo inminente de que pueda ocurrir un mal; en el ámbito procesal del derecho no podría ser otra cosa que la idoneidad o potencia de un hecho para que ocasione el fenómeno de la disminución o pérdida de un bien o la restricción o sacrificio de un interés sea que tenga tutela o el modo de un interés jurídico o un derecho subjetivo.

Calamandrei (2005) acota que —no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.

Fernandez (1996) no existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación prima facie, sea que se presuma por las circunstancias del caso. En la última instancia, la efectiva

existencia del *periculum in mora* es el verdadero fundamento o la causa que va autorizar que se adopten medidas cautelares.

La regla o condición usual para que se dicte alguna medida es, el miedo de que haya algún daño de relevancia jurídica, lo que significa, un posible daño inminente hacia un posible derecho o a un derecho. Si es que el daño es o no realmente inminente y de derecho, se va determinar en la sentencia. Por el mismo motivo la decisión de la medida puede revocarse, modificar o confirmar.

El juzgador cuando califique la medida cautelar, va realizar actividades cognitivas sumarásimas sobre la verosimilitud del derecho que se está invocando y si el daño es posible; evalúa si el contexto de los hechos, partiendo de los medios probatorios aportados, fundan la razón para que haya temor de algún daño; si la situación tiene urgencia y, por ende, resulta que no puede esperar más el amparo de la demanda cautelar. Lo que significa, no es suficiente que el interés para que se obre surja de una situación peligrosa y que la cautela pedida tenga el fin de que prevenga un daño que se teme, sino que también que a origen de todo esto, sea necesario que se dicte la demanda cautelar si se reviste de un carácter urgente.

El italiano Rocco (1977) ha perfilado nítidamente la connotación y naturaleza de dicho presupuesto, y ha concluido que: -el *periculum in mora* viene a ser las valoraciones subjetivas de los jueces, en gran medida con discrecionalidad de la existencia de un hecho voluntario o natural y de su potencia o idoneidad para que atente contra el interés procesal o sustancial, generando la restricción o supresión de estos (un evento peligroso es declarado con certeza). Debido a que se trata de

valoraciones subjetivas de las posibilidades o probabilidades de que haya daño, involucra prever el daño.

**c. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.**

Cuando se brinda una protección cautelar, inevitablemente, se restringe uno o más derechos constitucionales vinculados generalmente con el derecho de la propiedad, derecho a que sus domicilios sean inviolables, que no se violen los documentos privados y las comunicaciones, derecho a la libertad de contratar, seguridad personal y libertad individual, etc. no obstante, este límite se tiene que justificar en la necesidad de proteger, salvaguardar o impulsar una finalidad de la Carta Magna muy valiosa: salvaguardar las finalidades constitucionalmente importantes justifica las intervenciones estatales jurisdiccionales en materia de derechos constitucionales. Por ello las decisiones jurisdiccionales cautelares, por ende, tiene que tener y ser la manifestación de una aplicación correcta del test de proporcionalidad y razonabilidad.

Por el principio de razonabilidad es exigible que la medida cautelar quede justificada ya que es necesario, promover, proteger y preservar una finalidad valiosa para la Carta Magna.

Por último, el principio de proporcionalidad con el principio de necesidad, exige al juzgador que adopte entre las múltiples alternativas cautelares, inespecíficas o específicas que existen, la que va ser menos grave para el derecho que se está limitando. El juzgador tiene que escoger la medida que va generar menos afectación al derecho.

### 4.1.2.3. Características

#### a. Instrumentalidad

Conforma la característica más relevante del proceso debido a que su objetivo es ser una vía para que la ley actúe; no configura un fin en este mismo. La medida cautelar siempre está subordinada a la finalidad de la pretensión cautelar, que obedecerán a la sentencia definitiva inclusive cuando se trate de la ejecución anticipada de la principal pretensión.

Calamandrei (2005) es el autor de la sistematización pionera de las medidas cautelares, sostiene que —Las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Surgen por así llamarlo a la orden de las providencias definitivas con la función de ir preparando el camino y de acelerar las vías más aptas para su logro.

Esta relación de instrumentalidad o como han dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquélla nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto. (Calamandrei, 2005, p. 44)

Rocco (1977) no comparte tal posición: no admite que se considere a la instrumentalidad como elemento peculiar y diferenciador de las medidas cautelares porque, como lo señala, no es verdad que estén infaliblemente preordenadas a una providencia posterior, no es exacto que no puedan ser fin en sí mismas y no siempre se dirigen a asegurar el resultado o la eficacia de una decisión posterior.

Hemos coincidido con las reflexiones del maestro de la Universidad de Nápoles, no obstante, a pesar de no ser un exclusivo atributo de la medida cautelar, la instrumentalidad común o genérica, sí es una cualidad especial de éstas, la instrumentalidad doble o calificada, de ahí que la medida cautelar se consideran instrumento del instrumento; la instrumentalidad como atribución de la medida cautelar, actualmente ha logrado que la normativa y la doctrina se consolide.

## **b. Provisionalidad**

Para el Diccionario de Lengua Española el vocablo provisional viene a ser “lo que se hace, se halla o se tiene temporalmente”. La provisionalidad es una cualidad consustancial a la medida cautelar ya que tienen subsistencia toda vez que duren las circunstancias que lo han determinado.

Calamandrei (2005) lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en función del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; provisorio por ello equivale a interino, ambos términos indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

La medida cautelar y su cualidad de provisorio en esencia significa que las consecuencias jurídicas de éstas no solamente poseen una duración en un tiempo, el tiempo que tiene que pasar es el establecido en la medida cautelar y en la pronunciación de la sentencia final. Dicha cualidad provisorio de la providencia cautelar sería, pues, un tema de vinculo que ocurre entre las consecuencias de la providencia que es antecesor (cautelar) y de la subsiguiente (definitiva), el comienzo de los que indicaría el fin de las consecuencias de la cautelar.

La cualidad provisorio de una medida cautelar además se expresa en la situación de que al ser rechazado no imposibilita que sea posible solicitarse otra vez en el propio expediente de la medida cautelar o en el principal.

### **c. Variabilidad**

Está estipulada en el Art. 617 del CPC “a petición del titular de la medida y en cualquiera de las fases del proceso se puede variar esta medida, ya sea cambiando su modo, cambiando los bienes sobre el que ha recaído o cambiando el monto, al sustituir al organismo de auxilio judicial.

Se le conoce también como flexibilidad o mutabilidad señala que ante la situación de que la medida cautelar pueden variarse a petición del titular o el demandante de la medida o reemplazadas a petición de la parte afectada. La medida cautelar puede estar sujeta a modificatorias antes de que la principal resolución sea dictada, en virtud del cambio del contexto que sucede luego de haberse pronunciado, toda vez que la medida dictada en un inicio no sea la pertinente al nuevo contexto factico jurídico. Ninguna institución procesal requiere más

flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse. (Podetti, 1969, p. 25)

Por ende, en conformidad del dinamismo procesal, el avance de la audiencia, si se da el caso, las actuaciones probatorias, entre otros sucesos, establecen que la apariencia inicial del derecho que se invocó pueda sufrir aminoración o pueda intensificarse, esto puede dar espacio a que se peticione la modificación de la medida donde se va adecuar así al nuevo estado del derecho en controversia. Esta característica – explica Martínez (1994) - conectada desde cierto punto de vista con la de provisionalidad, implica, por una parte, que el órgano judicial está autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso y, por la otra que demandante y demandado tienen la posibilidad de pedir, en cualquier momento, la modificación de la medida decretada.

Las medidas cautelares y sus variabilidades pueden darse totalmente o parcialmente; generalmente se refiere a las modificaciones que experimentan por el nuevo estado fáctico-jurídico en virtud de la misma dinámica del proceso. Lo que significa, la variabilidad o mutabilidad es, generalmente parcial, por la misma regla, expresada en el menor o mayor rigor de la medida. No obstante, si es extrema dicha variabilidad, integral o negativa va traer junto a esto su cancelación propia, a lo que se le conoce como revocabilidad.

Es necesario indicar que la potencial provisoriedad y variabilidad de la medida cautelar no se tiene que concebir como falta de firmeza ya que esta cualidad también se le puede atribuir a la medida cautelar, según sea el caso. Está condicionado a que el trámite autónomo de esta haya producido una decisión con



firmeza, siendo esta, un estado procesal en el cual ya no es factible hacer prospero algún remedio o recurso procesal que pueda revertir el evento denunciado. La resolución firme, se tiene que comprender al margen de los trámites integrales del proceso, ya que esto permite que inclusive un auto, y no únicamente la sentencia que finaliza el proceso, puede ser merecedora de control por parte del juzgador constitucional.

La medida cautelar es variable o mutable y provisoria y poseen firmeza cuando se agotan los medios de impugnación que se interpusieron contra estas o sencillamente no tiene la categoría de ser cosa juzgada, debido a que no puede resolver el asunto de fondo de las pretensiones principales; es así que es provisoria y variable pudiendo tener firmeza o teniendo firmeza, pero nunca es inmutable.

#### **d. Contingencia**

Por su naturaleza y su fin las medidas cautelares no poseen la atribución de permanencia, resultando ser un albur. Se dictan principalmente sobre las bases de los juicios de posibilidad mas no de certezas; se dictan debido al peligro inminente a lo que va durar el propio proceso cognitorio e inclusive de ejecución. Este soporte existencial de las medidas puede terminar desapareciendo en cualquier instante ya sea debido a que la peligrosidad es contrarrestada con un establecido tipo de garantía o ya que la verosimilitud aparente termina desbaratándose tras haberse impugnado en otra instancia.

Es factible que las medidas lleguen a cumplir muy bien su finalidad, suceso que se ve confirmado cuando la pretensión cautelada es amparada, que se tramitó



en el proceso principal. Pero, de la misma forma, es factible que la medida que se ordenó y ejecutó, por último, no llegue a cumplir su fin cuando la demanda es declarada infundada a la que de manera formal estaba asegurando. Dicha medida puede cumplir o no su fin para el que fue dictado, esto llega a explicar su carácter de contingente.

Calamandrei (2005) ya en 1935, en su obra *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares* introduce pioneramente la idea de contingencia como atributo de las medidas cautelares; dice el maestro 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, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. (p.45)

#### **e. Funcionalidad**

Está relacionada con la utilidad y comodidad de su empleo; por ello, la naturaleza de la pretensión principal determina la naturaleza y alcances de la medida cautelar; contrario sensu, la medida cautelar debe adecuarse a la naturaleza de la pretensión principal. Dicha funcionalidad de las medidas viene a ser la adecuación y proporcionalidad de estas a las finalidades del proceso cautelar.

Esta funcionalidad tiene relación con los principios de congruencia procesal y proporcionalidad. Ejemplificando: no puede ser dictada una medida para embargar si es que la principal pretensión se refiere a que se paralice y luego se vaya a demoler una edificación, de igual forma si la principal pretensión esta versada respecto a la nulidad del acto jurídico se estaría atentando con el principio de la congruencia y la funcionalidad de la medida cautelar cuando se dispone el secuestro conservativo.

En suma, sobre el juzgador va recaer las responsabilidades de que preserve los principios de congruencia y de proporcionalidad, esto demanda que las medidas cautelares sean dictadas dentro del parámetro de la TJE y el debido proceso, de otra forma pueda producirse 2 efectos con anomalías: que la sentencia sea ilusoria e ineficaz al dictarse una medida cautelar que no es suficiente, o que la medida que se ordenó sea abusiva, desproporcionada y excesiva. En caso de ser abusiva la parte afectada tendría legitimidad para demandar el derecho de amparo por la vulneración de su derecho constitucional al debido proceso.

#### **f. Jurisdiccionalidad**

Por esta particularidad se tiene que asumir que el dictado de la medida cautelar en el proceso es reservado con exclusividad a los organismos jurisdiccionales y no a demás servidores del PJ, ni a terceras personas; lo que significa, que únicamente pueden dictarlas por los jueces competentes.

No obstante, lo referido en la actualidad nos parece redundante y obvio ya que, efectivamente, la jurisdiccionalidad es una de las expresiones propias de las

funciones jurisdiccionales en general, después no se podría afirmar que ésta es atributo de la medida cautelar. Su fundamentación, empero, se basaría en las garantías y seguridades que en sus inicios tenía que haberse dado a este modo especial de tutela, para impedir que otros servidores estatales o terceros, lleguen a ser arbitrarios.

#### **4.1.2.4. Caducidad**

El artículo 636 del Código Procesal Civil: la medida cautelar fuera del proceso:

Tras ejecutarse la medida previa al inicio del principal proceso, la parte beneficiaria tiene que demandar ante el mismo juzgador, dentro de los 10 días posteriores a dicha demanda. Cuando el proceso de la conciliación extrajudicial sea necesario para que la demanda proceda, el plazo para que se interponga se va a computar partiendo del término del proceso conciliatorio, el cual tendrá que iniciarse dentro de los 5 días hábiles tras conocerse la ejecución de dicha medida.

Si la demanda no se interpuso de forma oportuna, o es rechazada de forma liminar, o no se acudió al centro conciliatorio en el tiempo establecido, la medida termina caducando de pleno derecho. Tras disponerse la admisión de dicha demanda porque el superior la revoco, la medida va requerir un nuevo trámite.

La caducidad produce que se pierda la eficacia del derecho; es posible afirmar que es una sanción por la falta de la praxis oportuna de un derecho. Si la medida se ejecutó, pierde la eficacia como sanción, en estos casos:

1er caso: si la demanda principal no es interpuesta caduca la medida cautelar, si es que no se realizó dentro de los 10 días siguientes a la ejecución de la medida. En esta situación dicha demanda interpuesta no se encuentra supeditada al requisito de la previa conciliación.

2do caso: si la demanda principal es interpuesta se exige el trámite conciliatorio previo por ende el plazo de los 10 días es computado cuando el procedimiento ejecutorio termine y no con la ejecución de la medida cautelar. La medida caduca si la principal demanda no se ha interpuesto dentro de los 10 días del término del proceso conciliatorio.

3er caso: la medida caduca si la demanda principal sufre rechazo de modo liminar. No es factible que la demanda sea subsanada, únicamente es posible la apelación del auto de improcedencia. Si se dispuso que la demanda es admitida por revocatoria del superior, la medida necesita un nuevo trámite. El rechazo liminar de la demanda viene a ser la declaración judicial de improcedente por la falta de algún presupuesto procesal, que esta advertido en el umbral procesal.

4to caso: Cuarto caso: la caducidad porque la demanda fue rechazada y archivamiento del expediente. La inadmisibilidad inicial y la transitoria de la demanda puede superarse si se subsanan los defectos u omisiones que el juez ha advertido; por ende, la inadmisibilidad no produce que la medida cautelar caduque. Únicamente “si el demandante no cumple con lo ordenado, el Juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente” (Art. 427 del CPC) produciendo así que la medida cautelar caduque.

5to caso: la falta de conclusión del principal proceso después de que transcurrió 5 años de la ejecución de la medida.

#### **4.1.2.5. Cancelación**

“Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido 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.” (Artículo 630° del CPC)

La medida cautelar cancelada, comparada con la caducidad, es el resultado jurídico – procesal de la pronunciación desestimatoria del organismo jurisdiccional sobre la principal pretensión.

A pesar de que la normativa ha dispuesto que la medida puede quedar cancelado de pleno derecho, realmente la cancelación no va operar de modo automático: el juzgador al sentenciar declarando la demanda infundada no va disponer de oficio que la medida sea cancelada, después la praxis dice que dicho cancelamiento tiene que ser solicitado por el perjudicado y el juzgador tiene que declarar sin citación previa del sujeto procesal contrario.

Ubicándonos en el otro supuesto, hallamos el caso vinculado con la impugnación del auto cautelar y el amparo de la apelación por el órgano superior. Asimismo, el superior y su revocación del auto cautelar, en esta situación no configura la cancelación de la cautela, más bien extingue debido a que el dictamen del superior no sería producto de la demanda desestimada vía revocación de la

sentencia de mérito, más bien de una pronunciación expresa sobre el dictamen cautelar en sí mismo.

*¿Qué ocurre si el juzgador declara de forma excepcional, la improcedencia de la demanda?*

El resultado es el mismo, la medida cautelar tiene que ser cancelado debido a que, si no es factible la emisión de una sentencia de fondo por la falta de cierto presupuesto del proceso que no posibilita la validación del vínculo procesal, en ese sentido, tiene mucha lógica que no se pueda mantener la medida cautelar. Una razonabilidad más sencilla: si dicha medida llega a cancelarse con una sentencia que desestima con mayores razones debería caer con una sentencia que declara la improcedencia.

No obstante, existen aquellos que partiendo de una razonabilidad aparentemente formal y lógica que aseveran que la medida de cautela se cancela, a pesar que fue impugnada únicamente si la sentencia de primera instancia hubiese sido declarado infundado, de ese modo, posteriormente, ante la sentencia que declara la improcedencia de la demanda estiman que la medida cautelar no puede quedar cancelada.

Este pensamiento surge de un supuesto consistente formal normativo fáctico, es así que básicamente tiene una falsa hipótesis por ende lo que se concluya podría terminar siendo falso. Por medio de la técnica argumentativa por reducciones a lo absurdo tal razonabilidad termina refutándose de forma categórica para esto se tiene

que considerar el fin que tiene la medida cautelar, los presupuestos que tienen que cumplir para ser otorgadas y la naturaleza de una sentencia que es inhibitoria.

### *La sentencia desestimatoria y la vigencia de la medida*

Previo a las modificatorias que se introdujeron por medio del D. L. 1069, si es que la sentencia de la primera instancia podía declarar infundada la demanda, la medida de cautela terminaba cancelando de forma inexorable, a pesar de ello se hubiera apelado. En el año 2008 por el mes de junio en el cual se produjeron las modificatorias, a petición de la parte que solicita, el juzgador puede conservar y mantener vigente la medida cautelar hasta una instancia de más jerarquía lo revise, toda vez que sea ofrecida la contracautela de orden real o la fianza solidaria.

Esta modificatoria acata al pedido incansable de las personas que acceden a la justicia los cuales reclaman la tutela de cautela aquellos, sin embargo, la impugnación de la sentencia que desestima la admisión de que la medida sea cancelada, a pesar de que luego el juzgador superior revoque la sentencia impugnada. Si la impugnación otorgada producía como resultado la suspensión de las consecuencias de la sentencia que se interpuso debido a que debía producir efectos respecto a la medida en el cual se dispone que sea cancelada. Tal regulación trasgredía principios primordiales de la teoría de impugnación y producía un estado de desprotección e inseguridad con graves afectaciones del derecho a la TJE. Con la introducción de la modificatoria se subsanaron las incongruencias y se posibilitó al titular de la medida cautelar mantener la vigencia previamente ofreciendo contracautela.

#### 4.1.2.6. Clasificación

Clasificar a las medidas cautelares es un trabajo complicado por múltiples razones, ejemplificando: no hay uniformización en el ámbito doctrinario que los clasifique aún en su concepto; la omisión y dispersión de múltiples de ellas en la normativa vigente y la variedad de estas medidas.

Son muchos los factores que se pueden considerar con el objetivo de una clasificación de las medidas cautelares, como son:

Las oportunidades en que pueden dictarse, las iniciativas para dictarse, las regulaciones normativas y el fin que persigue.

##### **a. Conforme a la oportunidad**

Una medida cautelar puede ser solicitada y dictada previo al comienzo del proceso cautelado o inicial, por ende, es posible afirmar de forma válida que se encuentran cubierta de autonomía en el procedimiento. El Código Procesal de lo Civil en su Art. 635 de modo erróneo lo ha denominado -medidas fuera del proceso. De otra parte, contamos con las medidas que se solicitan de forma conjunta con la demanda o luego.

##### **b. Conforme a la iniciativa para su dictado**

Dichas medidas de cautela, aplicándose el principio de dispositivo (*nemo iudex sine actore*), se dictan a pedido del sujeto procesal, siendo esta la regla. No obstante, en ciertos contextos, de forma excepcional, pueden dictarse por el



propio MP u Órgano Judicial como ocurre en el caso por violencia al grupo familiar (Ley N° 26268, Art. 7) o también en el caso de interdicción (Art. 683 del CPC).

### **c. Conforme a su fin o efecto jurídico**

Las medidas de cautela se encuentran ajustadas por la clase de pretensión que persiguen. Conforme con esta variable las medidas cautelares pueden ser:

Asegurativa: cuando busca salvaguardar la ejecución de una sentencia condenatoria; en nuestro sistema normativo se denomina medida para la posterior ejecución forzada: el secuestro y el embargo, las anotaciones de demandas pueden ser incluidas en esta medida, con poca propiedad.

Conservativa: toda vez que busque impedir que la parte demandada, cuando se desarrolla el proceso, cambie la situación de derecho o de hecho, vinculada con el tema de controversia, aquí es posible señalar a las medidas no innovativas.

- Anticipatoria o de ejecución provisional cuyo fin es el adelanto de la consecuencia estimatoria de la pretensión, que se tratan en nuestro ordenamiento procesal civil como medidas transitorias respecto al fondo.
- Transformativa, es aquella medida plasmada en la modificatoria del estado de derecho o de hecho existente a la hora de la postulación de la pretensión que se cauteló; a esta medida también se le conoce como innovativa.

#### **d. Clasificación legal conforme a nuestro Código Procesal Civil**

- **La medida cautelar genérica**

Es aquella medida cautelar atípica debido a que carece de una propia regulación normativa y por ende no está prevista, de forma específica, en el CPC, no obstante, la medida que puede solicitarse y ser concedida poseyendo como un condicionante que pueda asegurar de la forma más adecuada que se cumpla la decisión que define. Nuestro legislador peruano, ha seguido modelos de orden procesal de naciones vinculadas al sistema procesal que tenemos regulando un poder de cautela genérico tanto para la parte que lo solicita como para el juzgador en virtud del que el actor puede pedir medida cautelar no comprendida entre los modos específicos.

Efectivamente, el juzgador tiene las facultades para el amparo de las medidas atípicas solicitadas o para dictar otra de la misma naturaleza, esta función judicial se encuentra estipulada en el Art. 629 de nuestro CPC: “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

Sobre dichas medidas, Ugo Rocco nos detalla: “Frente a la efectiva o presunta necesidad de proveer o suministrarle al juez un poder cautelar general que pueda ponerlo en condiciones de adoptar providencias, frente a la necesidad cautelar general, idóneas para evitar el peligro de que por posibles o probables eventos no configurados particularmente por normas específicas, pudiese de cualquier modo

amenazar los intereses sustanciales que estén amparados en abstracto por el derecho objetivo, el nuevo ordenamiento procesal ha predispuesto y sancionado una potestad cautelar general, reconocida a los órganos jurisdiccionales como una manifestación general, aunque específica, del derecho todavía más general de jurisdicción y como una forma autónoma de aplicación del derecho”.

De modo muy puntual, Podetti (1969) explica que

La medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez, atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento (...) cumple la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales. (p.41)

En suma, dichas medidas, más que generales no están especificadas, debido a que no llegan a representar al género más bien a la falta de regulación y denominación normativa específica. No obstante, desde el instante en que se postulan y amparan, llegan a convertirse en nominadas y específicas, conservando, así su característica atípica, pero que de forma análoga pueden adscribirse o ubicarse a ciertas medidas bien específicas. Afirmamos que llegan a ser específicas debido a que no pueden postularse de forma genérica, ya que la postulación involucra que se adopte de alguna expresión concreta o diferente de las medidas estipuladas en el ordenamiento como específicas.

- **La medida cautelar específica**

Más que sencillamente específicas son aquellas medidas típicas y nominadas: tiene una denominación que el legislador le ha asignado y poseen una propia regulación normativa. Estas medidas que poseen mayor justificación por parte de la sociedad y mayor empleo de aquí que se regularon especialmente y muestran sub-grupos a variables determinadas.

Estas medidas referidas estipuladas en nuestra normativa procesal civil que son:

1. Las medidas para futuras ejecuciones forzadas:

- 1.1. El embargo: (en modo de retención, depósito, inscripción, intervención en información y en administración y recaudación).

- 1.2. El secuestro: conservativo y judicial.

- 1.3. La anotación de la demanda.

2. Las medidas temporales sobre el fondo.

3. Las medidas innovativas.

4. Las medidas de no innovar.

### **4.1.3. La contracautela**

#### **4.1.3.1. Concepto**

Es aquella garantía procesal que busca el aseguramiento del resarcimiento de los posibles daños que se derivan tras haberse ejecutado una medida cautelar, ante las posibilidades de que la pretensión central sea declarada infundada. La contracautela, se sustenta en el principio de la igualdad, se constituye en la contraparte del dictado de la medida cautelar sin que haya audiencia en la parte afectada, sin contradicciones al inicio.

Así como la peligrosidad en la demora del principal proceso autorizando el dictamen de la medida de cautela, del mismo modo el peligro emergente del eventual desamparo de la demanda y con esto que la medida sea cancelada son las razones que terminan autorizando el dictamen de la contracautela. La demora en el proceso no solo es generadora de riesgos para la parte que demanda, asimismo lo es para el demandado afectado con tal medida.

La veracidad del derecho que se invoca es únicamente algo probable mas no certero. La verosimilitud del derecho que se invoca por ende únicamente involucra que sea posible el amparo de la principal pretensión sino además es posible el desamparo.

Chiovenda (1948) desarrolla la noción de contracautela a partir de su objeto o finalidad, en tal sentido sostiene que aquélla se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, y que por tal razón ésta puede ir

acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza.

Calamandrei (2005) considera que:

La contracautela es una providencia cautelar cuya finalidad consiste en la imposición de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Sirve para asegurar de forma preventiva del eventual derecho a resarcir los daños, que cabe la posibilidad de que surja si en el juicio que define la medida provisional se llega a revocar, en beneficio de la persona contra el cual se ejecutó. (p.63)

Para el especialista de Argentina en materia procesal Podetti (1969) partiendo de los estudios pioneros de la Escuela de Italia, detalla que la contracautela está fundada en el principio de la igualdad, de cierto modo reemplaza la controversia o bilateralidad, pues involucra que la medida que cautela derechos tiene que ser doble, en el cual se asegura al actor un derecho que no es actual, y a la parte demandada el resarcimiento para que los daños sean resarcidos si es que el derecho no existe o no llega a ser actualizado, esto opina el autor señalado.

La contracautela Martínez (1994) siguiendo a Podetti dice que la contracautela es “una caución a la que la mayoría de los ordenamientos adjetivos vigentes denomina contracautela y que concreta el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar.

En otros ordenamientos jurídicos a la contracautela se le conoce como la caución, vg, España. En el ámbito doctrinario aún están aquellos que debaten si la contracautela es un requisito para la admisibilidad y su ejecución o un presupuesto constitutivo de toda medida cautelar o una medida de cautela. Nosotros consideramos que es una garantía de orden procesal y en forma alguna un presupuesto que es constitutivo;

#### **4.1.3.2. Finalidad**

La contracautela tiene finalidad indemnizatoria: su propósito exclusivo es garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar al afectado la ejecución de la medida cautelar que posteriormente es cancelada por desestimación de la demanda. El artículo 613° del CPC precisa que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

#### **4.1.3.3. Naturaleza**

La contracautela es aquella garantía de carácter procesal ya que tiene como fin resarcitorio suspensivo más no un presupuesto para que se otorgue la medida cautelar. Siendo resarcitoria ya que busca asegurar la eficacia de la pretensión de indemnización eventual cuya cantidad de forma oportuna tiene que ser fijado y determinado antes de que se le traslade a la contraparte. Es suspensiva porque su vigencia está condicionada a la verificación de una condición que no es otra que la cancelación de la medida cautelar a causa de la desestimación de la pretensión principal. (Monroy, 2002, p. 78)

El auto de la cautela en el cual es fijado la contracautela no posee naturaleza de carácter ejecutivo, sino es constitutivo mero declarativo y su fin es de resarcimiento. Posee naturaleza ejecutiva el auto en el cual, por último, es fijado la cantidad a pagar por la indemnización, cantidad que no llega a coincidir siempre con la suma fijada y ofrecida generalmente por el auto cautelar.

La frase “En caso de ejecución de la contracautela...” estipulada en el párrafo penúltimo del Art. 613 de nuestro CPC tiene un error que no se puede aceptar y que llega a colisionar con el fin asignado a la contracautela. Viene a ser un error debido a que no se puede ejecutar que no configura aún un tema obligatorio ejecutivo ni la documentación que lo contiene posee la calidad de ser un título ejecutivo.

Tenemos que recordar que lo que se fijó como contracautela únicamente es la limitación máxima para el fin resarcitorio más no es aún una cantidad determinada, líquida, ni verídica, como suma indemnizatoria; este monto tiene que fijarse previo al traslado hacia la otra parte.

*¿En qué instante lo que se fijó como contracautela pasa a convertirse en una obligación ejecutiva y cuál es la resolución que llega adquirir la categoría de título ejecutivo?*

Si la demanda es desestimada y con esto es cancelada la medida cautelar es la condición suspensiva para la efectiva vigencia de la contracautela. Por ende, tras producirse la condición ocurre un completo viraje en el transcurso del proceso.

El sujeto que antes sufrió afectación con la medida cautelar pasara al ataque: postulando las pretensiones para el resarcimiento, el ese mismo cuaderno de la



cautela y ante el mismo juzgador que ha dispuesto la medida el cual por salvaguardar el debido proceso va correr traslado al otro sujeto del proceso (que antes era el titular de la medida) tras la absolución de esta tramitación o en acto de rebelarse, el juzgador va resolver lo pertinente, y tiene que fijar la cantidad del monto indemnizatorio a pagar por los daños causados; dicha resolución cuando adquiere la calidad de firme pasa a ser un título ejecutivo que está por contener, ahora sí, es una obligación expresa, cierta, líquida y exigible. Resaltamos que no es un auto cautelar el que por último llega a asumir la calidad de ser un título ejecutivo sino un auto diferente en el cual se va fijar la cantidad definitiva para ser indemnizado.

#### **4.1.3.4. Potestad jurisdiccional**

Aquel que brinde la contracautela tiene que indicar la naturaleza, forma, monto y los alcances de esta; la última decisión, de este tema la posee el juzgador; la norma dice “la admisión de la contracautela en cuanto a naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, inclusive cambiarla por la que considere pertinente” (Peláez, 2008, p. 134)

Los organismos judiciales tienen la tarea de apreciar con prudencia la naturaleza de la contracautela; teniendo en cuenta que consiste en impedir que se otorgue una medida cautelar que pueda producir daños sin la garantía necesaria para resarcir el daño. El nivel de credibilidad va determinar la magnitud y el tipo de la contracautela. En este contexto cuando se llega a probar la prudencia, previsión, calidad y conocimiento del juzgador.

#### 4.1.3.5. Excepciones

“Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial” (Art. 614° CPC).

La condición y regla para que se admita la ejecutoriedad y el amparo de la medida cautelar es que exista una adecuada y suficiente garantía por parte de la contracautela; no obstante, hay situaciones que se colocan fuera de dicha exigencia. Como fundamento de estas excepciones tenemos:

##### **a. La presunción de la solvencia económica**

Así los siguientes Poderes: Ejecutivo, Judicial, Legislativo, los organismos constitucionales autónomos, los gobiernos locales y regionales y las universidades están exentos de brindar contracautela debido a que se puede presumir que tienen dicha solvencia en virtud de que tienen el respaldo del Presupuesto General de la Nación. Ha quedado estipulado que esta exceptuación únicamente llega alcanzar al Estado por medio de múltiples organismos y las expresiones constitucionalmente autónomas. Los sujetos individuales o los colectivos de derechos privados no se encuentran exceptuados.

El sustento de este tratamiento con privilegio para el Estado y sus organismos públicos, como lo hemos indicado, se basa en que se presume la solvencia económica: el Estado tiene la titularidad de los patrimonios nacionales y del presupuesto público. Sin embargo, en el contexto real, El estado no es exactamente

el organismo que cumple con las disposiciones que emanan de las decisiones judiciales.

#### **b. La presunción de la insolvencia financiera**

Se encuentra exento de prestar la contracautela a aquel que se le concedió el Auxilio Judicial (Art. 614 del CPC). Este favor se le llega a conceder a los sujetos individuales que para garantizar o cubrir los gastos del proceso llegan a poner en peligro sus subsistencias y la de aquellos que dependen de éstos. Dicho auxilio se encuentra normado en los Arts. 179 al 187 del CPC.

El Auxilio referido puede ser solicitado durante o antes del proceso, la parte que llegue a obtener el auxilio judicial tiene que poner en conocimiento de este acontecimiento al juzgador que conozca o tenga que conocer el proceso, teniendo que presentar un escrito en el cual tiene que incluir la constancia de aprobación de dicha solicitud.

De otra parte, dentro de un proceso de cognición que está en trámite, o en el de ejecución, es cierto que se puede solicitar la medida cautelar, pero el individuo pobre para estar exonerado de la contracautela tiene que solicitar, de forma previa, que le otorgue el auxilio judicial, únicamente después de haberlo obtenido podrá demandar la medida cautelar, en el proceso que se encuentra en trámite. La excepción de contracautela por el goce del auxilio judicial tiene que ser acreditado con documentos, a la hora de que se solicite la medida de cautela.

Por último, respecto a las situaciones donde se llegue a exonerar, además de lo referido en el Art. 614 del CPC; tienen el goce del mismo tratamiento de las medidas cautelares peticionadas como medidas protectoras de inmediato. No obstante, dichas medidas no poseen propiamente una naturaleza cautelar, son medidas autosatisfactivas que se llegan agotar cuando se dictan y ejecutan.

### **c. La presunción de la veracidad del derecho que se invocó**

En conformidad con lo que ha dispuesto el Art. 615 del CPC “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 separada 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.” La situación que la norma alude es aquel de un proceso de único de ejecución, de cognición e inclusive no contencioso que se sigue hasta la pronunciación de la sentencia de la primera instancia, sin tener la garantía o el respaldo de alguna medida cautelar.

Si se tiene una sentencia a favor se brinda la certeza a la demanda, por ende, a la pretensión que se ha discutido, posteriormente, no posee objeto para el ofrecimiento de contracautela al pedir cierta medida cautelar; por igual motivo termina siendo innecesario que se expongan los sustentos de la pretensión. Es presumible que el derecho cuya ejecución se busca proteger es veraz y cierto, aunque sea de forma transitoria, por ende; igualmente se puede presumir que la medida cautelar ejecutada no va causar daños a la parte demandada vencida.

#### 4.1.3.6. Clases

La caución, que significa prevención o precaución, posee, en el derecho, un significado que equivale a una seguridad que brinda un individuo a otro de que va cumplir lo acordado, mandado o prometido; bajo esta consideración semántica o doctrinaria la caución comprendida como prevención o precaución se puede tomar como la expresión sinónima de contracautela y puede ser de una naturaleza personal o real.

La contracautela, cualquiera sea el modo que llegue adoptar es siempre a cargo exclusivamente de la parte que demanda ya que es aquel que lo ofrece, aunque la prestación se haya pagado por medio de un tercero: las responsabilidades en el proceso le corresponden a la parte que realiza la demanda.

##### **a. La contracautela real**

Este tipo de contracautela real se conforma con la admisión de la resolución judicial y va recaer en bienes de la propiedad de quien lo ofrece; el juzgador va remitir el oficio correspondiente para que sea inscrito en los registros correspondientes.

Esta clase de contracautela de forma específica alude al derecho real de garantías como: la hipoteca; los bienes respecto a los cuales se ha constituido los derechos reales de garantía conforman el fundamento de la eventual reparación. Los otros derechos reales de garantía no terminan siendo óptimos para este fin.

El dueño del bien que se hipotecó puede tener la titularidad de la medida de cautela o una tercera persona ajena al vínculo sustantivo o procesal. En el caso de ser sustantivo, el tercero termina afectando su patrimonio para que garantice los perjuicios eventuales de la medida que obtiene la parte que demanda pueda producir ante la desprotección de su demanda en el principal proceso.

#### **b. La contracautela personal**

Respecto a la contracautela personal aseveramos que es la caución conforma por un compromiso de pago en dinero. La normativa procesal en materia civil sólo alude a un modo: la caución juratoria. Efectivamente, el 3er párrafo del Art. 613 del CPC refiere que “La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo”. Sin embargo, la contracautela personal, desde una óptica civil y de procesal civil posee dos formas.

- **La contracautela personal de realización cierta**

Se halla contenida en un título como el certificado de fianza o de depósito. Su ofrecimiento de algún modo exenta la parte que demanda el requisito de que su firma sea legalizada y en las 2 situaciones el monto tiene que ser superior o igual a la cantidad de la medida cautelar que se está solicitando. No obstante, ello no va relevar a juzgador de que precise, de forma oportuna, las magnitudes de los perjuicios y daños ocasionados, en la articulación procesal vía sumarísima.

El procedimiento de la contratación de la fianza no termina siendo procesal, debido a que el CPC no estipula cual es el modo de constituirse, pero sí el modo de ofrecer que en esta situación es la presentación documentaria en el cual ha conestado la fianza, se tiene que presentar de forma conjunta con la demanda de la cautela y como es claro, no necesita de la firma legalizada ante el secretario judicial. La fianza esta estipulada en el CC como un contrato nominado y típico (Arts. 1868 al 1905). Las entidades bancarias dentro de los propios servicios de su labor brindan, fianzas, avales y demás garantías, no obstante, cuando se trata de fianzas, se tienen que dar por montos y plazos determinados (Arts. 221, inciso 6 y 217 inciso 4 de la Ley N° 26702: la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguro y Orgánica de la SBS).

En ese sentido, la fianza como una contracautela, es posible que se sustituya toda vez que la seguridad que se brinde, corresponda y se ajuste a la necesidad de cautela conforme a la importancia de la medida; este contexto se encuentra sujeto al trámite de variaciones de la medida y a las estimaciones que el juzgador tiene que llevar a cabo sobre su procedibilidad.

- **La contracautela personal de realización que es incierta: caución juratoria.**

Se trata de aquella contracautela cuya ejecución no está muy garantizada, ya que se encuentra conformada de forma exclusiva por el ofrecimiento de pago jurado que realiza la parte que hace la demanda, en el cual se tiene como único acto formal la firma legalizada ante el servidor legal que posee autorización. Posee el nombre de caución juratoria y está constituida en el expediente con la petición solicitada de la medida y se trata de lo que declara la parte que demanda, de forma juramentada,

que se va responsabilizar por los perjuicios y daños que la medida cautelar pudiese producir, si su demanda no llegue a declararse fundada.

Esta materia tiene una tendencia más moderna, conforme con Podetti (1969) es la eliminación de las cauciones juratorias, debido a que implican únicamente promesas de hacerse responsable por los daños posibles y va remitirse sobre los bienes de la persona que lo brinda, como la prenda común de su acreedor. Debido a su finalidad y naturaleza de contrapartida de la medida sobre bienes, pareciera ecuánime que la contracautela tenga más solidez, añadiendo las responsabilidades de un tercero o vulnerando bienes establecidos de la parte que lo otorga, como ocurre en la cautela convencional.

## **4.2. Análisis e interpretación de datos**

### **4.2.1. Resultados de la Legislación comparada**

En este apartado se comparan los resultados obtenidos de las legislaciones comparadas:

- **Código de proceso civil (Brasil)**

El Código de procesos civiles de Brasil que se promulgó el 11 de enero del año 1973 desarrollo la institución del proceso cautelar y medidas cautelares de forma exclusiva, en el Libro III, con único título denominada “De las medidas cautelares” y el Cap. I que ha normado todo lo que tiene relación con las disposiciones de orden general, en el Cap. II ha desarrollado la materia de las medidas cautelares más específicas que son: el secuestro, arresto, aprehensión,



caución y la búsqueda, la exhibición de la producción previa de la prueba, también incluye las medidas de carácter provisional.

Es necesario una mención especial de que el Código haya regulado el embargo en el Libro III que se dedicó al Proceso de Ejecución estipulando sus especies: el embargo para las ejecuciones fundadas en sentencias, el embargo para las ejecuciones fundadas en títulos extrajudiciales, el embargo para remates y adjudicaciones y embargos para ejecuciones por cartas.

- **Código general del proceso (Uruguay)**

Este Código ha regulado la institución de las medidas cautelares en su Título II, por medio de 7 artículos. Mención particular necesita el Art. 311 es aquí donde se puede preceptuar el Principio de Universalidad de las aplicaciones de medidas cautelares cuya manifestación práctica es que resulta factible petitionar medidas para los procesos no contenciosos y contenciosos.

La contracautela esta incluida en los requisitos para que se considere la medida cautelar, asimismo de la precisa determinación de la medida cautelar y su sustento táctico. Este Código ha clasificado a las medidas en medidas específicas y provisionales y anticipadas. Dentro de las específicas está incluida la prohibición de innovar, embargos, la anotación preventiva de litis, secuestros y demás.

Respecto a las medidas de carácter provisional se indica que buscan impedir que se produzcan daños graves a la parte, o para el aseguramiento provisional de las decisiones sobre el fondo. En nuestro ordenamiento legal estas medidas se le

conocen como medidas temporales sobre el fondo, es claro que este código es una fuente legal.

- **Código de procedimiento civil (Colombia)**

Encontramos que este código regula a las medidas cautelares en dos títulos correspondientes al Libro Cuarto, de la sección Quinta.

El Título XXXIV aborda de forma exclusiva las cauciones, precisa los tipos, las cuantías y oportunidades para que se constituyan, las facultades del juzgador para calificarlas: rechacen o acepten.

Dentro de los modos de caución considera a la caución prendaria y caución hipotecaria, ha regulado también los requisitos de sus postulaciones. Regulando que “son apelables los autos que fijen la especie o cuantía de una caución y los que la acepten o rechacen”.

El Título XXXV ha normado lo relacionado al secuestro y embargo. Regulando los tipos de embargo, su trámite y otros temas relacionados. Respecto al secuestro de los bienes se introdujo ciertas reglas de trámite y se ha enumerado los diversos contextos que ocurren.

En este Título se establecieron normas que regula las funciones de la caución y el secuestro, se enumeraron 14 casos de la inembargabilidad de los bienes; indudablemente fue el Art. 684 de este Código que cual se tomó como una fuente que ha inspirado a los legisladores del CPC de Perú.

Entre los tipos de medidas se señala a las medidas cautelares en los procesos ordinarios, en proceso de nulidad y divorcios de matrimonios civiles, de separaciones de bienes y liquidaciones en la sociedad conyugal.

Por último, ha considerado en su Artículo una regulación adecuada y de carácter especial sobre medidas cautelares que se relacionan con las pretensiones reales. En ese sentido se estipula el Art.692 que “En el auto admisorio se ordenará de oficio la inscripción de la demanda en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes. Una vez inscrita, el oficio se remitirá por el Registrador al Juez con un certificado sobre la situación jurídica del bien”.

En nuestro CPC de Perú en comparación contamos con las anotaciones de demanda, o el embargo en modo de inscripción.

- **Código de procedimiento civil (Venezuela)**

Este Código se promulgó en el año 1986 y ha dedicado en su Libro III la regulación “del procedimiento cautelar y de otras incidencias” por medio de 3 títulos.

Estableciendo que el Tribunal en cualquier grado y estado de la causa es posible que decrete: embargar bienes; secuestrar determinados bienes y prohibir grava y enajenar bienes de naturaleza inmueble (Art. 588) formas de medidas cautelares que en nuestro ordenamiento forman parte del grupo de medidas para futuras ejecuciones forzadas. Fuera de estas medidas se indica que “El Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere

fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

Respecto al tema de las garantías o caución se ha dispuesto que únicamente se van admitir:

- 1) Fianzas principales y solidarias de compañías de seguros, entidades bancarias o compañías mercantiles de solvencias reconocidas.
- 2) Hipotecas de 1er grado sobre los bienes cuyos justiprecios consten en autos.
- 3) Prendas sobre valores o bienes.
- 4) Las consignaciones de sumas dinerarias hasta por el monto que el juzgador señale.

No se estableció una diferenciación clara entre los tipos de embargo, pero de forma indirecta se alude al embargo en modo de depósito y en modo de retención. De otra parte, se han regulado ciertos casos de inembargabilidad. Respecto al secuestro se ha considerado 7 contextos diferenciados de forma clara unos de otros.

Por último, requiere que se resalte lo dispuesto sobre las tramitaciones autónomas de las medidas de prevención (medidas cautelares entre nosotros); sobre los particulares se dispuso que “Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a

la cual se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado” (art. 604).

### **4.3. Discusión de resultados**

#### **4.3.1. La construcción teórica de la asimetría cautelar**

Toda vez que la parte que efectúa la demanda llega a recurrir a la jurisdicción para solicitar la cautela y asegure el derecho en litis, tiene que demostrar una apariencia simple del derecho invocado en el cual tiene que justificar que dicha es urgente; no obstante, las resoluciones cautelares no solamente contienen la medida cautelar en beneficio del que lo invoca, sino que de forma necesaria sujeta una medida cautelar en beneficio de la parte ejecutada para que asegure no el derecho discutido, más bien los daños que le puede producir de ejecutarse dicha medida. En otros términos, las resoluciones cautelares contienen medidas de precaución en beneficio del demandante y del ejecutado para el aseguramiento de múltiples objetos, de ese modo el actor busca asegurar que el derecho discutido quede satisfecho y la parte ejecutada asegure los daños provocados tras haberse ejecutado la medida.

Estas mutuas cautelares, tanto para la parte que actúa como para la parte ejecutada, se encuentra justificada por no haber certidumbre del vínculo jurídico en discusión. El juzgador se pronuncia, si posee certeza del derecho que afirma; únicamente el derecho aparente le va aproximar a una tutela cautelar que se justifica por el carácter urgente de la medida, por ende, el juzgador tiene que ver al ejecutado y otorgarle la contracautela en el caso de que se le dañe con tal decisión. Es evidente

que la medida cautelar posee peligros, desde que no va operar con las certezas del derecho, sino con lo aparente del derecho; y este peligro tiene que asumirse por la parte que se favorece con dicha medida. El riesgo no debe trasladarse a la parte demandada, sino por la parte que se afecta sobre la esfera jurídica de la parte ejecutada de modo anticipado, sin una definición aun el derecho en debate.

Para equilibrar la inaudita para que ocurre en la medida cautelar llega a surgir la contracautela. Esto no se concibe como un componente de la medida, sino como el elemento de resolución cautelar. Podetti (1969) señala “siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite”.

De ese modo, es ameno ver dictámenes judiciales que asumen dicha postura, como la que emitió la Sala Comercial Limeña, en el caso de la Cooperativa de Ahorros y Crédito Aelu con Andrés Higa y otros (Exp. 219 -2005 con fecha de 30 de junio del año 2005) donde anuló la resolución impugnada que llega admitir la medida cautelar en modo de secuestro de carácter conservativo, por las presentes argumentaciones: “la naturaleza y alcances de la contracautela deben ser determinados por el Juez al momento de dictar la decisión cautelar, tal y como lo disciplina el tercer párrafo del precitado artículo 611 CPC, o en todo caso, antes de su ejecución, pues de otro modo surgirá una objetiva desprotección para el demandado o para terceros respecto de los perjuicios que la ejecución de la medida pueda causar en su persona y/o patrimonio (...) en tal sentido, la resolución

impugnada resulta nula por no ajustarse al mérito del derecho, más todavía si de lo actuado no aparece que el expediente principal haya merecido sentencia que permita ubicar al tema analizado dentro de la inexigibilidad de ofrecimiento de contracautela que refiere el art. 615 CPC”.

La contracautela llega a operar como un garante por realizarse la medida cautelar. Fundada en el principio de la igualdad, ya que no únicamente se busca el aseguramiento al actor un derecho que no se actuó respecto al peligro en la demora y la verosimilitud, sino que además se tiene que prever las posibilidades de aseguramiento a la parte demandada que se haga efectivo el resarcimiento por los daños, producido por dicha medida. Como señala Coniglio citado por Podetti (1969) la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares:

Como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de aquella condición que el juzgador impone para lograr la providencia de la medida cautelar. (p.11)

Como la medida surge para asegurar, dicha medida puede cumplir de forma satisfactoria con su finalidad o puede resultar inservible y ocasionar perjuicios. Su característica contingente participa de las riesgosidades. Si la demanda no es amparada, se ve obligado a indemnizar a la parte perjudicada por haberse ejecutado, de aquí que el Art. 621 del CPC señala: “si se declara infundada una 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 10 URP y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

Las obligaciones de indemnizar no nacen debido a que la medida que se dictó no sea justa sino por la razón de que cuando se expidió y ejecutó importaron riesgos que tienen que ser asumidos por la parte beneficiada con este. Ciertos autores al referirse a esta particularidad contingente indican 2 exigencias: la necesidad de realizar las cosas con prontitud y la necesidad de que se haga bien. La medida reúne los supuestos referidos para poseer respuestas de ponderación y celeridad, lo que no es lo mismo a realizar las cosas con prontitud, pero mal o hacerlas bien, pero tardándose. En muchas situaciones la medida suele hacer las cosas con prontitud, dejando que la problemática del bien o mal para que se resuelva luego en la sentencia.

Monroy (2003) sostiene que, si el propósito es declarar que el solicitante de la medida debe cubrir los daños, ello resulta innecesario, pues el deber y el derecho al resarcimiento al verificarse el daño se encuentran sobreentendidos, peor aún, significa llover sobre mojado al establecer en una caución juratoria una cifra monetaria, mezclando la inútil caución genérica que es la juratoria, con una caución concreta inexistente más allá de las palabras.

Es posible que concurra a la contracautela, múltiples derechos reales o personales en garantía, como la hipoteca, fianza, prenda, etc. El Art. 613 del CPC, ha calificado la contracautela de naturaleza personal o real. En la personal se puede incluir a la caución juratoria, que involucra únicamente el compromiso de



responsabilizarse por los posibles perjuicios y daños que la medida pudiese producir, si la pretensión principal no resultara fundada.

Hay múltiples factores para la fijación del monto de la contracautela, como la condición social y económica; el derecho sustantivo a cautelar; el menor o mayor grado de verosimilitud del derecho, etc. Para Loutayf “el juez debe graduar, al proveer la medida precautoria la calidad y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso”. Ante ellos, es usual en las actividades judiciales tomar como referencia para la contracautela las probabilidades del derecho, en el cual la contracautela es proporcionalmente inversa al nivel de certeza que posee el derecho que se busca garantizar, en tal medida que cuando el derecho tiene certeza, al existir una sentencia a favor de la parte que demanda, la contracautela no es exigible, en conformidad con lo señalado por la última parte del Art. 615 del CPC. Aquí no es posible referirnos a la teoría de la cautela, más bien a la de ejecución forzada, por medio del proceso de ejecución.

Monroy (1996) no comparte ese referente para fijar el monto de la contracautela, pues, al existir relación, entre la contracautela y la medida cautelar:

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. (p.249)

Para este autor, es factible determinar 2 puntos en los que tiene que estar versado los análisis de los jueces, con el objetivo de adecuadas y concretas determinaciones:

“El juez debe efectuar a) una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad en que devenga innecesaria, pueda causar y b) un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida. (p.250)

#### **4.3.2. La contracautela**

Todas las medidas cautelares requieren de algunos presupuestos primordiales para que puedan tener existencia. Ello es la verosimilitud que posee el derecho y que exista el peligro en la demora. La contracautela es el presupuesto de la resolución cautelar mas no es de la medida cautelar; esto involucra que es posible que se conceda la cautela, aun sin que se materialice la contracautela, pero para que se ejecute la cautela, necesita obligatoriamente de la incorporación previa de la contracautela.

En otros términos, los presupuestos referidos, se pueden agrupar de acuerdo a las procedencias y ejecuciones de la medida. El peligro en la demora y la verosimilitud son los presupuestos de donde proviene la cautela; la contracautela es aquel presupuesto para que la medida se efectivice, siendo esto, para que se ejecute. Rivas (2000) explicando este último presupuesto señala: “Una vez dispuesta la medida cautelar por decisión judicial, aparece la necesidad que se produzca o

concrete un nuevo presupuesto, pero esta vez para la efectivización, concreción o traba material de la medida: se trata de la contracautela” (p.38).

La contracautela es el presupuesto que ejecuta la cautela y que es útil para el contrarresto de perjuicios que puede producir a la parte ejecutada con dicha medida. Estos perjuicios se diluyen cuando las pretensiones discutidas en el principal proceso se garantizan con la medida amparada.

Estas diferencias en los tratamientos del peligro en la demora, en la verosimilitud y en la contracautela lo ha recogido este artículo. Nótese que únicamente en la primera parte del Art. 611 del CPC refiere el peligro en la demora y la verosimilitud, como los componentes de la cautela, no obstante, la resolución de la medida abarca diversos presupuestos -también con la medida cautelar- la contracautela, el organismo del auxilio judicial, los patrimonios y montos del perjuicio, etc. Lo que significa que solo el peligro en la demora y la verosimilitud pueden considerarse elementos esenciales de la medida cautelar y es la contracautela el presupuesto para que ella se ejecute.

Es posible que concurren como contracautela, alguno de los derechos de carácter sustantivo de garantía, como la hipoteca, prenda, fianza, entre otros. Ciertos autores refieren que el juzgador para que fije los montos de las contracautelas consideran el derecho sustantivo que cautelarán y el menor o mayor grado de verosimilitud de tal derecho, de modo que ante un derecho con fuertes probabilidades de certeza la contracautela va operar con menos grado y viceversa, a tal grado, que cuando el derecho sea certero, ya no se va requerir la contracautela (ver el Art. 615 del CPC).

Ciertos autores, con la vulneración del principio de igualdad, estiman que para la graduación de la contracautela tiene que tomarse como referente las capacidades financieras del que brinda la contracautela y las posibilidades para disponer de los bienes. Además, puede concurrir otro de los indicadores para graduar, que es la proyección de los daños que puede ocasionar cuando se ejecute la medida a la parte ejecutada. En un embargo en modo de depósito, los riesgos de los daños serán en menor grado que en un embargo a manera de intervención en la administración. Las proyecciones de los daños posibles tienen que considerar también las intensidades de la medida, esto significa, la frecuencia o el monto con el cual tiene que accionar.

Existe un supuesto que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico que se relaciona con la insuficiencia o falta de contracautela a la hora de ejecutar la medida. Para el autor Acosta (1986) los juzgadore tienen que tener mucho cuidado para la exigencia de la caución previa a la parte que solicita la medida; pero ha sucedido, sucede y sucederá que, sin embargo, la medida se llega disponer y ejecutar sin que se preste la contracautela, o que la garantía que se acordó no sea suficiente y requiera ser mejorada.

En ese contexto preocupa al autor indagar qué remedios tiene que seleccionar el perjudicado para que se proteja de los efectos que le perjudican que la insuficiencia o la falta de la contracautela pueden producirle. A esto se ha propuesto, que se levante, la nulidad y la caducidad.

El autor Acosta (1986) refiere que si la contracautela real no se cumple “no lleva directamente, a la caducidad de la medida” siempre que la hipótesis de la

caducidad se encuentra legislada de forma explícita y entre éstas no se ha mencionado lo citado. Respecto a la nulidad, se estima que la contracautela no es condición ni requisito para que se otorgue la medida, si no de que se ejecute, por ende, su falta de cumplimiento no daña que el trámite sea válido. Si vamos eliminando nos quedamos con el remedio del levantamiento. “La circunstancia de haberse omitido fijar la contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser levantada en el supuesto que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante”.

La contracautela enfocado en el tiempo, es permanente o transitoria. En caso se someta a plazo, si se vence y falta renovar, ocasiona la perdida de los efectos garantizadores, que va extenderse a la misma medida, en el modo que ha señalado la parte final de este articulado, que es, sin que sea necesario el requerimiento y dentro de los 3 días de vencerse el plazo. Esta consecuencia recogida en el Art. 613 del CPC, tiene coherencia con la razonabilidad de ser de la contracautela en el proceso cautelar.

Lejos del modo del otorgamiento de la contracautela, nada va impedir que llegue a cumplirse el principio rector en las responsabilidades civiles en las actividades judiciales, que es, toda persona que ocasione daños lo tiene que reparar. Como señala Coniglio citado por Podetti (1969) la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso

definitivo se revela como infundada. De esto que se puede referir con propiedad de la condición que impuso el juzgador para lograr el dictamen de la cautela.

#### **4.3.2.1. La contracautela: ¿presupuesto o requisito de cumplimiento?**

Es preciso señalar que, si generalmente la contracautela se considera un presupuesto de la medida cautelar, actualmente se comprende que realmente viene a ser un requisito para que la medida se cumpla. Es de aquí que nuestra normativa procesal considera como un requisito de la admisibilidad de la medida [inc. 4 del Art. 610 CPC]. No es un previo presupuesto para el otorgamiento de la medida, sino que conforma un dispositivo que es accesorio y que depende de los criterios judiciales aplicados en relación a la libertad para interpretar. La contracautela es un mecanismo de protección del demandado, eventualmente, pertinente. (Monroy, 2002, p. 18)

La caución pretende proteger los intereses del afectado por la medida suponiendo que al terminar el proceso no se favorezca con la pretensión de la parte que se vio beneficiada con ella. Es un requisito que tendrá que verificarse ex post, o sea, después de considerarse si la medida es idónea. La contracautela se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad: por un lado, se autoriza al peticionante a asegurar un derecho no reconocido judicialmente, sin oír, al contrario, pero por otro se garantiza a éste la efectividad de resarcimiento por los daños que pudiera ocasionarle, si aquel derecho no existiera. (Arazi, 2007, p. 7)

Evidencia de que la contracautela no viene a ser un presupuesto de la medida cautelar en el proceso de violencia en la familia la contracautela no es exigida, en conformidad con lo dispuesto por el Art. 11, in fine, de la Ley de la protección frente a la violencia familiar, TUO de la Ley N° 26260, Decreto Supremo 006- 97- JUS. Asimismo, el Art. 614 del CPC estipula que las medidas cautelares peticionadas por el propio Estado no son exigibles la contracautela.

La contracautela en las medidas cautelares señaladas a los procesos de familia, como regla, se llega a prescindir de la contracautela, en virtud de que se presume intereses comunes de las partes litigantes y hallar soluciones a la problemática generada por el quebrantamiento del matrimonio. En el caso de medidas cautelares sobre el fondo referido a conflictos de familia, dado que se exige la cuasi certeza del derecho y necesidad impostergable podrá eximirse la contracautela o utilizar caución juratoria. (Rivas, 2000, p. 208)

#### **4.3.2.2. Constitucionalización de la tutela cautelar**

El hecho de necesitar que se constitucionalice de modo expreso la tutela cautelar ya que debido a la importancia del aseguramiento provisorio de las consecuencias de la decisión judicial final y que se neutralice los perjuicios que no se podrán reparar por el tiempo que dura el proceso, se configura en un *requerimiento urgente* su regulamiento explicito y manifiesto en el la Constitución, que supera de esta forma su configuración actual expresa en el derecho del debido proceso, que se consagró en el Art. 139 inc. 3, del Texto Constitucional.



Siguiendo al profesor brasileño Baptista (2005) podemos afirmar ciertamente que el verdadero fundamento de la pretensión de seguridad o del derecho sustancial de cautela emana de un principio de naturaleza constitucional, inmanente a todo Estado de Derecho. Su menor o mayor extensión va depender de muchos factores y contingencias de orden social, histórico y político pero sus dimensiones en el ámbito constitucional actualmente tienen reconocimiento no únicamente por la doctrina de Europa, si además por los juristas de América.

#### **4.3.2.3. Naturaleza de la contracautela**

Aseveramos que la contracautela es una parte garantista del proceso por que tiene un fin resarcitorio suspensivo más no es un presupuesto para que se otorgue la medida. Es *resarcitorio* ya que tiene como fin garantizar que sea eficaz la pretensión de la indemnización eventual cuya cantidad de forma oportuna tiene que determinarse y fijarse antes de trasladarse a la otra parte.

Es *suspensiva* debido a que su vigencia se encuentra condicionada a que se verifique una condición que no viene a ser otra que la medida se cancelada a causa de que la pretensión principal sea desestimada. No es un presupuesto ya que un requisito administrativo no se le puede considerar entre condiciones consustanciales a su dinámica y naturaleza. Estimamos que resulta de un requisito de admisibilidad. El auto cautelar en el que se llega a fijar la contracautela no posee naturaleza ejecutiva sino constitutivo mero declarativo y su fin es resarcitorio. Posee naturaleza ejecutiva en auto en el que por fin se termina fijando el monto que deberá pagarse por la indemnización, monto que no siempre termina coincidiendo con el monto ofrecido y fijado en forma general por el auto de cautela.



La frase -En la situación de la ejecución de contracautela...‖ estipulado en el párrafo penúltimo del Art. 613 del Código Procesal Civil que posee un error inaceptable que termina colisionando con el fin asignado a la contracautela. Resulta error y que no es posible que se ejecute lo que aún no constituye una obligación ejecutoria ni la documentación que la termina conteniendo posee las calidades de un título ejecutivo.

No se tiene que olvidar que lo que se fijó como la contracautela únicamente es el máximo límite para el fin resarcitorio, pero aún no es una cantidad determinada, líquida, ni certera como monto de indemnización; este monto tiene que ser fijado antes de trasladarse a la otra parte. En ese sentido *¿en qué instante lo que se fijó como contracautela termina convirtiéndose en una obligación ejecutiva y cuál va ser la resolución que va adquirir la calidad de título ejecutivo?*

Si la demanda es desestimada y con esto la medida cautelar es cancelada es la condición suspensiva para que la contracautela tenga vigencia efectiva.

Consecuentemente, tras producirse la condición termina produciéndose un completo viraje en el curso del proceso. La parte antes afectada con la medida ahora va pasar a un rol ofensivo: va a postular sus pretensiones resarcitorias, en el mismo cuaderno de la medida cautelar y ante el mismo juzgador que ha dispuesto la medida el cual salvaguardando el debido proceso va correr traslado al otro sujeto procesal (que antes tenía la titularidad de la medida) después de absolverse el trámite o en rebeldía, el juzgador termina resolviendo lo pertinente, donde se fija el monto que tiene que pagarse por los daños causados; esta resolución adquiere la calidad de firme termina convirtiéndose en un título ejecutivo por contener, esta vez sí, una

obligación expresa, cierta, líquida y exigible. Mírese que no es el auto cautelar en que por último asume la calidad de título ejecutivo sino un auto diferente en el cual tiene que fijarse la cantidad definitiva del monto indemnizatorio.

Por último, se tiene que considerar que tras concluirse un proceso por una resolución que termina desestimando la demanda, si la parte demandada estima que la praxis del derecho de acción ha sido arbitrario o irregular, es posible que demande el resarcimiento por los perjuicios y daños que sufrió, sin perjuicios de los pagos por la parte que ha litigado de forma maliciosas de los costos, costas y multas estipulados en el proceso concluido, este es el concepto estipulado en el Art. 4 del CPC.

Las responsabilidades civiles por la praxis arbitraria o irregular del derecho de acción en un proceso no contencioso o contencioso es una de las garantías que la normativa pudo prever para la persona afectada por el proceder y sanciones para aquél que desforme el empleo regular de dicho derecho. Por ende, la contracautela viene a ser una regulación anticipada especial y genérica de la responsabilidad civil que puede emerger dentro del proceso cautelar.

#### **4.3.3. La caución como requisito de procedibilidad o de ejecución de la medida cautelar**

Dentro de los requisitos de la procedibilidad que vienen a ser los componentes técnicos-jurídicos sin los que en pedidos concretos no pueden atenderse por el organismo judicial, sea debido a que constituyen -por la decisión legislativa-presupuestos elementales para la concesión de lo peticionado, y/o ya que engloban

el agotamiento de las acciones de nivel extra judicial previas y sin éstas la recurrencia al PJ es inadmisibile.

El Art. 610 del CPC como uno de los requisitos de la petición de la medida cautelar que se ofrezca caución (o la contracautela, de acuerdo en conformidad con el acápite 4). La admisión de ésta conforme a su naturaleza y el monto -conforme al numeral 613 de la misma normativa- va ser decidido por el juzgador, el cual puede aceptar lo que ofreció la parte que lo solicita, modificarla, graduarla o, inclusive, cambiar por la que llegue estimar conveniente.

La doctrina, es muy pacífica cuando anuncio como requisitos para la medida cautelar a la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), real peligrosidad de no ser reparable en la demora del principal proceso (*periculum in mora*) y a la adecuación. La adecuación se comprende como la “correlación que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica de la que es objeto aquél” (Monroy, 2002, p. 266). Y como “una relación de coherencia y adecuación entre aquello que se intenta garantizar y la medida cautelar solicitada como garantía” (Priori, 2002, p. 239).

No obstante, una parte de la doctrina actual viene cuestionando la ubicación legal de la caución como un requisito para que conceda la medida.

Calderón (1992) citando a Serra señala que la efectividad de la medida cautelar dependerá en muchos casos de la prestación previa de la caución respectiva, encontrándonos así –bajo el pensamiento del jurista citado- frente a “un presupuesto de la ejecución que no de la concesión”. Lo que quiere decir que, en

ciertos contextos, la caución puede ser exigido como un requisito de procedibilidad de la medida cautelar y, en otras, como el requisito para que se ejecute.

Monroy (2004) va más allá de la posición de Serra sosteniendo que “(el carácter de la caución, sus características diferentes a las de la medida cautelar y sus distintas estructura y finalidad) *no es lo que nos lleva a la consideración antes expresada (la caución no es presupuesto cautelar), sino la constatación de que para la concesión de la medida, es decir, para que el juzgador, a través de la cognición sumaria, logre obtener un conocimiento adecuado de la situación sobre la cual se solicita la cautela, interviene el análisis de los dos requisitos antes esbozados (verosimilitud del derecho y el peligro en la demora) mas no el de la caución procesal. Ella se ubica en un plano posterior, en la medida que hace referencia a los eventuales daños que podrían provocarse con la actuación de aquella medida, pero, en absoluto, tendrá que ver con la calificación sobre el objeto del procedimiento cautelar*”.

En igual línea de pensamiento encontramos a Priori (2002) cuando indica que “la contracautela no es en realidad un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, sino para su ejecución” (p. 239). Existen 3 opciones por las cuales puede pasar la caución y son tres:

- La preceptividad: sobre el pertinente marco normativo estipule a la caución como requisito expreso para que conceda la medida cautelar, significa que tenga que considerarlo como una exigencia para la procedibilidad,
- La discrecionalidad: si la normativa deja al prudente arbitrio del juzgador la posibilidad de que exija o no a la parte que solicita el ofrecimiento de la

caución que resulte suficiente para que asegure la reparación de los perjuicios y daños que pueda producir a la parte afectada la ejecución de la medida cautelar que se ha concedido,

- La inexistencia: si la norma aplicable refiere que no es necesario que se ofrezca caución para la solicitud y obtención de la medida cautelar.

En la 1ra opción hallamos a nuestra nación, cuando en el precitado acápite 4 del Art. 610 del CPC, fija al ofrecimiento de la contracautela como requisito de la solicitud de la medida cautelar, lo cual de forma técnica sitúa a la caución como una de las condiciones para que sea concedida.

Para la 2da opción, en el derecho comparado, hallamos a Italia y a la provincia de Buenos Aires en la nación argentina, cuyos ordenamientos jurídicos dejan la exigencia de caución en las manos del organismo judicial, el cual tiene que solicitar a la parte interesada si los contextos del caso lo requieran.

En la 3ra opción en las legislaciones comparadas ningún ejemplo que mencionar. Comprendemos con esto una clara intención de la comunidad de que se asegure el resarcimiento de los perjuicios y daños que pueda producir en la parte afectada la ejecución de la medida que se ha concedido únicamente con una apariencia jurídica, que es posible de modo eventual que se diluya (como asimismo confirmarse) en el curso del principal proceso y a la luz de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados.

Sin embargo, hallamos dos contextos que estimamos relevante consignar. Una, la cita que hizo Calderón (1992) sobre a que en la nación alemana es posible (&

921.2 ZPO), que se conceda el “Arrest” o la “einstweilige Verfügung” sin que acredite la existencia del derecho, donde actúa la caución (a la que denomina fianza) como herramienta sustitutiva de tal acreditación. La otra, el instinto legislativo de nuestra nación de que no se considere a la caución como el requisito para que se conceda la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

Esto lo describe Priori (2002) que:

La Comisión que elaboró el Proyecto adoptó la opción de eximir de contracautela al solicitante, opción que no fue posteriormente adoptada en la Ley, pues en ésta no existe expresamente el artículo que eximía del cumplimiento de este requisito. Dicha opción, sin embargo, no nos parece inadecuada. Sin embargo, en la medida que la Ley no tiene norma acerca de la contracautela, a dicha institución se le deberán aplicar las normas del Código Procesal Civil. (p.239), con lo que para tal especialidad tendríamos que la caución sería, también, un requisito de procedibilidad de las medidas cautelares.

Todo lo señalado nos permite aseverar que la caución tiene que hallarse presente, usualmente, en las actividades que son conducentes a la materialización de una medida cautelar, pues de otra forma puede surgir una desprotección objetiva para la parte pasiva del vínculo procesal sobre los perjuicios que pueda producirle la ejecución de la medida coercitiva que se dictó en su contra. Pero ¿esto quiere decir que su exigencia tiene siempre que ocurrir con la ocasión del examen judicial que evalúa las posibilidades legales de su concesión?

#### 4.3.4. Algunas razones a favor y otras en contra

Dentro de las respuestas a tal pregunta tiene que pasar por detalles sucinto de la argumentación de aquellos que aseveran posturas halladas:

De ese modo, a favor de que la caución se considere como un requisito para la procedibilidad de las medidas cautelares, son:

- Texto Anteproyecto del CPC Modelo para Iberoamérica, en su Art. 277, acápite 277.2, refiere que la solicitud cautelar tiene que contener: 1) una determinación precisa de la medida con sus alcances, 2) fundamento de hecho de la medida, producto de las informaciones sumarias que se brinde o de los elementos que se tienen en el proceso o de los que se acompañe o de la notoriedad de hechos o de la naturaleza de éstos, 3) la contracautela ofrecida.
- Taramona (1996) quien reposa la relevancia de la caución en las posibilidades de que la principal pretensión, anticipada con la medida cautelar, pueda rechazarse y en que ésta es una garantía por realizarse un acto procesal injusto.
- Montenegro (2000) quien, ateniéndose al estricto contenido del artículo 613° del Código Procesal Civil, opina que toda solicitud cautelar debe contener la caución juratoria y que a derecho más evidente corresponde menos caución, porque la decisión judicial de conceder la medida cautelar se encuentra, en aquella situación, amparada en argumentos más sólidos.
- Martínez (1994) quien indica que, como requisito de admisibilidad de las



pretensiones cautelares que versen sobre bienes, la caución asegura a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroge la medida indebidamente peticionada, concretizando el principio de igualdad, ya que contrarresta la falta de contradicción inicial (*inaudita pars*) que, en general, es garantía del proceso cautelar, y

- Hinostroza (2001) quien, comentando el artículo 610° del Código Procesal Civil, expone que el ofrecimiento de caución (como requisito de la solicitud cautelar) obedece a la necesidad de establecer un contrapeso a la suspensión de los principios de bilateralidad y contradicción que caracteriza a la medida cautelar, la misma que consiste en garantizar el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios que pueda sufrir el afectado con una medida innecesaria o maliciosa.

Contrario a la postura, tenemos a los que estiman que la caución configura un requisito de la medida cautelar, tenemos a:

- Hernández (2010) quien asevera que la procedencia de la medida cautelar está sujeta a los presupuestos establecidos diferentes a los requisitos para la actividad en búsqueda de la declaración del derecho material. Los requisitos son 2: el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. La prestación de caución “contracautela”, más que ser un presupuesto de las medidas configura un requisito de las trabas efectivas de las mismas. Concluyendo que la caución, es un requisito intermediario entre el derecho que manda dicha traba y que se haga efectivo.
- Monroy (1996) asevera que más allá de la innegable relevancia que posee



la caución para que pueda tutelarse de forma debida el estado jurídico de la parte demandada, el principal motivo por el que no puede considerarse un presupuesto de la medida cautelar, parte de análisis del contenido de la cognición jurisdiccional que se lleva a cabo para que la medida sea concedida. De ese modo advierte que el juez tiene que calificar la óptima configuración de los denominados presupuestos (la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la adecuación), donde verifica únicamente la viabilidad de dicha caución *ex post*, o sea, tras haberse considerado la idoneidad de dicha medida. Detalla que esto se debe a que la caución busca el aseguramiento potencial y futuro reconocimiento de las afectaciones ocasionadas a la parte demandada por la innecesaria medida cautelar, mas no las calificaciones específicas de la medida cautelar a otorgarse, de ese modo constituye un requisito de actuación de dicha medida (o de ejecución en un sentido lato), y no de procedencia,

- Priori (2002) sostiene que la caución en realidad no es un presupuesto para que sean concedidas las medidas cautelares, más bien para su ejecutoriedad.

Por último, respecto a este tema, hallamos posturas intermedias en:

- Ángeles (1995) refiere que la caución no es un requisito que es exigible para la totalidad de cautelares, teniendo la regulación concisa de cada medida establecer si esta tiene que concurrirse o no. Agrega, por una parte, que, conforme al régimen material de las medidas, se tiene que precisar si la caución es un requisito de la ejecución o concesión y, de otra parte, que, si

se llega a dictar la resolución sin el requisito mencionado, su eficacia va depender de su constitución previa.

- Ortells (1996) quien sostiene que la fianza (entiéndase caución), por regla general, también es presupuesto de las medidas cautelares. No obstante, añade que se tiene que atender al régimen de cada medida para que se precise si el presupuesto lo es del otorgamiento de la medida o de su ejecución, y
- Calderón (1992) argumenta que su postura en que la caución no resulta necesaria en la totalidad de cautelas, por ende, el establecimiento de si tiene o no que concurrir a depender de la regulación específica de cada una de ellas. Añade que en ciertos contextos la caución se va a convertir en un auténtico presupuesto de la concesión cautelar, sin embargo, lo cual, en algunas, si llega adoptarse sin el requisito, su eficacia depende de la prestación previa de la caución.

#### **4.3.5. Nuestra posición**

Los criterios que se detallaron, el fundamento y nuestras experiencias jurisdiccionales nos posibilita que asumamos una postura: la caución (denominada la contracautela en nuestro ordenamiento procesal) tiene que ser, generalmente en los casos, algo necesario del contexto en el que se llega a materializar la medida cautelar, no teniendo sin embargo que conformarse en un requisito de procedibilidad de ésta, pero si un requisito que es previo para que se ejecute, los motivos:

- Debido a que un orden razonable y lógico de análisis de orden jurisdiccional,

los requisitos de apariencia de la verosimilitud del derecho, el real peligro de la irreparabilidad en la demora del principal proceso y la adecuación, resultan con carácter de prioridad, se pueden evaluar para determinar si la solicitud del dictado de la medida procede o no, conformando la evaluación de la suficiencia o no respecto a la caución la etapa que sigue posee como exclusiva finalidad brindar la garantía reparación a la parte que puede resultar perjudicada con la ejecutoriedad de la otorgada.

- Debido a que una de las particularidades de las medidas es la instrumentalidad en el tema del proceso central, en razón a lo que aquellas tienen que garantizar la eficiencia de éste. Es así que, el otorgamiento de la medida únicamente puede condicionarse a la apariencia de un derecho con verosimilitud, a las apreciaciones de que existe un verdadero peligro material o procesal de que resulte irreparable en la demora, y, a la lógica entre la forma de la cautela solicitada y lo que se discute en la causa principal, en el que no se puede incluir a la caución como una condición para ser concedida pues ésta, volvemos a reiterar, no llega a garantizar la eficacia del principal proceso, más bien el resarcimiento de los perjuicios que puede producir si la medida es ejecutada, y
- Debido a que un poder de la cautela amplia o, cuando menos, falto de condiciones raras a aquellas que se vinculen con la necesidad de que cumpla la mencionada finalidad instrumental de las medidas urgentes, garantiza una mejor tutela judicial efectiva, cumpliéndose el mandato del pueblo que refiere el artículo 138° de la Constitución Política del Estado.

Con las mismas razones podemos detallar la naturaleza jurídica de la caución: es una condición para la ejecución de la medida cautelar y se emplea como un remedio para los perjuicios que esto pueda producir en la parte que se vea afectada con una medida maliciosa o innecesaria.

#### **4.3.6. Responsabilidad indemnizatoria y proceso civil**

##### **4.3.6.1. Responsabilidad indemnizatoria por ejercicio irregular del derecho de acción**

La praxis del derecho de acción que se expresa por medio de la demanda que se interpone, viene a ser la materialización del derecho a la TJE que como conocemos goza de la protección legal y constitucional.

En ese sentido, los intereses por el que el actor llega a promover o poner en funcionamiento a los organismos de la jurisdicción, no siempre termina reflejando las verdaderas finalidades de la tutela jurisdiccional. Es cierto que la praxis del derecho de acción para que pueda encausarse dentro de las finalidades de la tutela jurisdiccional, tiene que constituir la praxis regular de ese derecho, pero no siempre es así.

La medula de la demanda únicamente tiene las posiciones o la posición del actor ante la otra parte: la parte demandada. El petitorio que muestra la postura de la parte demandante no resulta siempre ser la manifestación de los intereses ocultos, subyacentes, esto generalmente no se exponen en la demanda. Los fundamentos que son de hecho no siempre van a revelar los intereses individuales, que terminan motivando al actor a que postule su demanda; ésta de modo formal puede que este

presentada de forma correcta, o sea, resulta admisible en el aspecto formal y procedente, pero que esconda de forma dolosa la falta de amparo jurídico y legal y lo que termina siendo más grave, es la manifestación de la praxis temeraria e irregular de tal derecho que por ende puede que merezca la indiferencia o beneplácito del derecho material y del mismo derecho procesal.

La praxis regular del derecho de acción enmarcado en la orientación teleológica del derecho a la TJE, sea que termine amparándose o no a las pretensiones postuladas en la demanda, no tiene que ser objeto de una sanción de orden patrimonial o que se cuestione de alguna forma por constituir específicamente la praxis regular de un derecho con rango y reconocimiento constitucional y legal conforme lo ha preceptuado el inc. 1° del Art. 1971 del CC al disponer que “No hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.” No obstante, diferente es el contexto de aquel que pone en práctica de forma temeraria su derecho, con finalidades reprochables al ser ilícitos, delictivos e irregulares; este comportamiento no se puede recibir con indiferencia, tiene que merecer las reprobaciones sociales y normativas por medio de sanciones como uno de nivel patrimonial en beneficio del Estado y del afecto; del Estado por medio de la multa, del particular cuando se imponga una obligación de indemnización.

En este modo de razonar, el Art. 4 del CPC, ha podido prever tal contexto, estipulando que luego de haberse “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario puede demandar el resarcimiento por los daños y

perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos, y multas establecidas en el proceso”.

Por ende, es posible sostener que la praxis regular o arbitraria del derecho de acción por la parte que demanda, asiente a la parte perjudicada a que interponga la demanda de indemnización correspondiente. La opción para la indemnización es que se presenta tiene un carácter especial ya que nace en el proceso como una de las especies respecto de la responsabilidad extracontractual de una naturaleza subjetiva.

Como ya hemos mencionado la responsabilidad de indemnización a la que nos referimos luego de ser extracontractual es algo subjetivo debido a que se tiene que acreditar que el actor actuó con dolo. En la aplicación del Art. 1969 del CC corresponde al infractor o agresor que acredite la ausencia de culpa o dolo.

Se puede afirmar que la praxis arbitraria o irregular del derecho de acción se relaciona con la totalidad de procesos, no únicamente con los de naturaleza civil. Empero, en el tema procesal civil, la eventual responsabilidad de indemnización tiene dos posibilidades o formas de reclamo: una que surge de procesos civiles que son puros (sin la medida cautelar) y la otra que surge de los procesos civiles con medida cautelar. En la primera situación la pretensión de la indemnización se tiene que postular en un proceso cognitorio nuevo, después de concluirse el proceso del que nace la responsabilidad extra contractual; en el otro caso, la pretensión de indemnización cautelarmente asegurado con la contractual se peticiona en el mismo proceso con el mismo juzgador de la demanda el cual debe fijar en un trámite cognitorio especial sumarísimo, previo traslado por 03 días.

#### **4.3.6.2. Responsabilidad indemnizatoria emergente de proceso civil sin medida cautelar**

El primer contexto indemnizatorio derivado de un proceso en el ámbito civil esta referido a los procesos en los que no se ejecutó la medida cautelar, en el que se permite, sin embargo, que sea posible la postulación de una pretensión para la indemnización por la praxis irregular del derecho de acción. La previsión legal respecto a este primero se encuentra contenido en el Art. 4 del CPC, con el presente tenor: “Terminado un proceso por resolución que llega a desestimar la demanda, si la parte demanda cree conveniente que la praxis del derecho de acción ha sido arbitrario o irregular, cabe la posibilidad que demande el resarcimiento por los perjuicios y daños que haya llegado a sufrir, sin los perjuicios por los pagos de la parte litigante maliciosa de los costos, costas y multas estipulados en el proceso concluido. “La indemnización en este caso constituye una sanción por el ejercicio irregular del derecho de acción”.

Podemos sostener que la norma ha previsto conforme al contenido del Art. 4 del CPC que alude de forma directa a procesos terminados que desestiman la demanda sin medidas cautelares ejecutadas, por cuanto es el Art. 621 del Código referido el cual regula el segundo contexto indemnizatorio respecto a procesos terminados con medidas cautelares ejecutadas.

Dicha posibilidad que estamos examinando, sin lugar a dudas posee como fin evitar y atenuar la praxis temeraria del derecho de acción que vulnera no únicamente a la parte demandada sino también al mismo Estado al cual se le obliga



a que despliegue de forma inútil, toda una serie de acciones en el ámbito procesal con las consiguientes inversiones estériles de montos dinerarios.

No se tiene que extraer como una conclusión que para el reclamo indemnizatorio es requisito que se agote de forma previa un proceso civil de ejecución o cognición. Conforme con la naturaleza de la pretensión que se va a postular y cuando las responsabilidades extracontractuales no surgen de un proceso civil sino de actividades extraprocesales procede absolutamente la acumulación toda vez que se respeten los requisitos que se exigen para las acumulaciones objetivas de pretensiones.

En conformidad con lo señalado en el párrafo precedente, es posible creer que la responsabilidad de indemnización que se plantea como reconvención procede toda vez que no se encuentre relacionado con la eventual responsabilidad de indemnización que va surgir cuando culmine el proceso que está en trámite.

#### **4.3.6.3. Responsabilidad indemnizatoria emergente de proceso civil con medida cautelar**

##### **4.3.6.3.1. Cuestión preliminar**

En ese sentido es el Art. 621 del CPC, el que regula los procesos terminados que desestiman las demandas, asegurados con medidas cautelares. Con completa precisión el texto del artículo mencionado estipula: “Si se declara infundada una 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...”.

Primeramente, se debe resaltar que es necesario que no se confunda la multa con la obligación de indemnización debido a que poseen naturaleza y fin distinto:

La multa es aquella medida que sanciona y es el juzgador de oficio quien la impone a las partes en las situaciones previstas en el CPC o en la praxis de sus facultades de coerción para que logre que se cumpla su mandato con arreglos al contenido de su decisión. De otra parte, si se impone la multa y la cantidad dineraria obtenida con su cancelación conforma ingreso propio del PJ (Art. 420 del CPC), por todo ello la multa no puede homologarse con la indemnización que sí va beneficiar a la parte que tuvo afectación.

Los pagos de costos y costas, si bien posee como parte destinataria a la parte que vence, y poseer contenidos patrimoniales, sin embargo, ello sus fines son diferentes a la obligación indemnizatoria, no puede por ello que se equipare el pago de costos y costas con el pago de la obligación indemnizatoria.

Las costas se encuentran constituidas por tasas judiciales, los honorarios de los organismos de auxilios judiciales y los otros gastos del juicio llevados a cabo en el proceso (Art. 410 del CPC). Los costos por su lado es el honorario del abogado del sujeto que ha vencido en el proceso, más un 5% que tiene como destino al Colegio de Abogados del respectivo Distrito Judicial para su Fondo Mutual y para que cubra los honorarios de abogados ante casos de auxilio judicial (Art. 411 del CPC).

Se concluye que, la multa, las costas y costos si bien poseen contenido de nivel patrimonial se encuentran desprovistos de naturaleza indemnizatoria, poseen como fin diferente a la obligación de resarcir, después no pueden equipararse o que se considere como institutos o conceptos relacionados.

#### **4.3.6.3.2. Posiciones sobre la responsabilidad idemnizatoria**

No hay duda de que la medida cautelar que recae sobre un bien o derecho podría ocasionar daños a los afectados por ellas. Por lo tanto, la norma procesal exige aseverar la eventual compensación de dichos daños, que el demandante pueda prestar la apropiada contracautela. No hay controversia respecto a este asunto, ni sobre que sujeto tiene la culpa, es claro que el demandante solicito la medida. Pero a la hora de determinar las causas de esta responsabilidad surgen dos posiciones o tendencias: las subjetivas y las objetivas.

Asimismo, es indiscutible que la implementación de una medida cautelar pueda ocasionar daños a terceros, ya sea porque el bien afectado es de su pertenencia o por otras situaciones. Pero el que solicita la medida es responsable tanto en presencia de la otra parte como frente a un tercero. Sin embargo, las fuentes de responsabilidad son diversas; en un caso no hay derecho a solicitar medidas cautelares, mientras que en otro caso la propiedad de un tercero ha sido afectada por dolo o negligencia.

Se ha dicho que tienen dos posiciones con la determinación de la responsabilidad, ya que su importancia debe ser más detallada y más estricta.

### **a. Posición subjetiva o civilista**

Esta perspectiva ha sido criticada porque no prevé a las medidas cautelares y al compromiso por el daño que su realización produce, sino es mediante el punto de vista del derecho civil.

De acuerdo a esta perspectiva la responsabilidad por medidas cautelares debe integrarse con el derecho sustantivo y debe establecerse la existencia de error, dolo, malicia o negligencia. Esto significa que la responsabilidad no es automática, no tiene en cuenta que las medidas cautelares se establecen únicamente como protección en relación con los fundamentos descritos, la credibilidad de los derechos reclamados, sin prueba clara de los derechos reclamados, con la única garantía de la contra cautela.

Este enfoque resta y subestima importancia a la contra cautela como simple exigencia de admisibilidad, que claramente es más que una obligación y caución de cumplimiento de los perjuicios que la medida cautelar pueda causar.

### **b. Posición objetiva**

Este enfoque también se conoce como posición procesal u objetiva y se diferencia de otras posiciones denominadas civiles o subjetivas.

Así, la responsabilidad del peticionario surge de la doctrina o del estado objetivo de las circunstancias en que la medida fue ilícitamente impedida o de la desestimación de la pretensión principal por falta de derecho invocada por el actor,

o bien por motivos relacionados con advertencias inaceptables o tratamiento procesal que indiquen su futilidad (retirada o terminación de la acción).

Los defensores de estos argumentos respaldan este punto de vista principalmente porque las decisiones recaídas en un procedimiento cautelar son diferentes de las decisiones tomadas en un procedimiento final y pueden causar un daño económico inmediato que no puede recuperarse imponiendo los costos de medidas similares, siempre que estos poderes sean la respuesta para el ejercicio de los poderes que reivindican la más alta prioridad, la aceptación de estos poderes se considerará por cuenta y riesgo del reclamante, agregándose que no existe derecho entre el que se beneficia en el caso y el que ha sufrido pérdida en un caso en que por lo menos no se puede hacer justicia en beneficio de ella, las consecuencias indudablemente deben ser asumidas por aquélla.

Los motivos o compendios para que el compromiso sea objetivo son las siguientes:

- En los casos definitivos o preventivos, en los que se declaran derechos o se practican acciones, la decisión del tribunal se toma luego de una serie de actos procesales que aseguran la audiencia de ambas partes y de las acciones probatorias, mientras que la decisión en las medidas cautelares se toma sin audiencia del afecto y a través de una diligencia sumaria cognitiva o sin ella admitiendo como válidas las pretensiones del petionario.
- Las acciones cautelares o definitivas no causan daño directo a la propiedad hasta sentencia firme, y las costas necesarias deben ser reembolsadas a la parte vencida con base en principios objetivos de cobro de costas y

honorarios; por otra parte, la medida cautelar de algún modo inmoviliza el bien, limitando derechos de uso y disfrute, afectando el valor patrimonial por una petición o incautación de inscripción.

- La metáfora precisa y maravillosa que utiliza Ramiro Podetti para describir el carácter objetivo de la responsabilidad derivada de las medidas preventivas es esta:

Las medidas cautelares y el poder de exigir las son herramientas peligrosas tanto para los adversarios como para los usuarios. Es como una arma muy rápida y celosa que debe manejarse con mucho cuidado. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide (Monroy, 1987, p. 29).

- Desde un punto de vista objetivo, mediante la medida cautelar, la Corte busca asegurar la igualdad de las partes y con ello eximirse de responsabilidad al probar la existencia de los derechos que pretende proteger con base en la prueba recabada.
- En general, es ilógico pretender imponer una obligación o una carga procesal a quienes utilizan tales armas procesales para probar el dolo o la imprudencia con el fin de reclamar daños y perjuicios. Entre los que, al fin y al cabo, no tienen derecho a tomar medidas en sus intereses con el mayor bien del mundo, y los que las padecen sin la menor posibilidad de beneficiarse de ellas, está claro que el compromiso debe ser asumido por quien solicitó la medida cautelar.
- En este caso, el compromiso surge como consecuencia de la aplicación de las medidas cautelares. Suponiendo dolo, culpa o negligencia (exclusión

jure et de jure), no es necesario probar estas circunstancias para determinar el compromiso, especialmente si es importante determinar la gravedad del daño causado y el alcance del compromiso.

- Los capítulos correspondientes examinan los sistemas de derecho civil individuales para determinar cuál es su posición en la determinación de la responsabilidad por la aplicación de medidas cautelares. Incumbe a la siguiente línea formular de manera clara y precisa la posición adoptada por los legisladores en el asunto del compromiso financiero derivado de la implementación de medidas cautelares.
- Es conveniente mencionar que, este asunto no se encuentra regulado en la Ley procedimental civil derogada, por lo que nos referimos exclusivamente al Código Procesal Civil vigente.

#### **4.3.7. Declaración y ejecución de la responsabilidad indemnizatoria**

##### **4.3.7.1. Cuestión Previa**

La promesa es una condición necesaria para que una solicitud de medida cautelar sea otorgada, por lo que podemos concluir que una medida cautelar es obligatoria.

La contra cautela tiene por fin aseverar que las personas perjudicadas reciban una indemnización por las medidas cautelares, por los perjuicios que se hubieren producido como consecuencia de su realización; entonces, si su promesa es obligatoria, se debe concluir que la ejecución de cualquier medida causará un daño, por lo que inevitablemente surge el compromiso indemnizatorio al ejecutante de la

medida. Los requisitos obligatorios de contra cautela confirmaron tales presupuestos.

Por tanto, consideramos que la responsabilidad derivada de la situación procesal dada es de carácter objetivo.

La cuantía y naturaleza de los daños y perjuicios debe ser determinada por el juez como único límite con base en lo expresado por las partes y exigiendo la indemnización y previa liberación especificada, poseyendo como único límite los montos fijados en la orden cautelar.

De hecho, lo más importante a recordar es que estamos ante un caso muy especial de responsabilidad extracontractual porque, a diferencia de otros casos, los daños no pueden evaluarse más allá de los límites establecidos por la medida cautelar.

#### **4.3.7.2. Legitimación**

La legitimación para ser parte en un juicio depende de la existencia de una relación material entre el actor y la citación, la cual se traslada al ámbito procesal y concede legalidad para solicitar o ser demandado, es decir, considerada como parte del proceso de legitimación; por tanto, la legitimación puede ser activa o pasiva.

**1. Legalización activa.** - Los perjudicados que toman medidas preventivas tienen razones legítimas para determinar el monto de la indemnización. En relación con los casos principales, la legalidad la determina la persona que tiene la condición

de demandado. La autoridad subrogante podrá, en diversas circunstancias, solicitar la indemnización que corresponda.

**2. Legalización pasiva.** - Una parte o demandante con medida cautelar en la acción principal o medida cautelar tiene derecho a recuperar daños y perjuicios si el resultado es manifiestamente adverso.

Cabe destacar que las acusaciones, los citatorios y sus sucesores absolutorios tienen su propia especificidad, pues no son actos procesales originarios, ni iniciadores de otros nuevos, sino que son la incorporación de actos procesales posteriores al proceso concluido: tanto el reclamante como el emplazado involucran citaciones, lo que hace que el tratamiento sea único.

Por las razones antes mencionadas, no existe la posibilidad de que personas ajenas al último procedimiento concluido intervengan en la etapa de declaración de indemnizaciones, y esto puede ocurrir en la etapa de ejecución, cuando se han realizado determinadas diligencias para su posterior ejecución, en el cual se vulnera derechos y bienes de terceros.

#### **4.3.7.3. Naturaleza del procedimiento**

El proceso reglado para sancionar al vencido pago indemnizatorio es uno de naturaleza cognitivo y personalísima.

Se dice que es un proceso cognitivo porque la compensación depende en última instancia de la determinación del compromiso, o la determinación del monto



de la compensación solo puede determinarse mediante un proceso cognitivo: rápida, sintetizada o extensa por el monto de la petición.

Este procedimiento es muy especial, porque se lleva a cabo sin observar los procedimientos previstos en el Código de Procedimiento Civil, y porque es examinado por el mismo juez en el mismo caso y no requiere audiencia, porque después de la solicitud de indemnización se presenta al mismo juez, quien resuelve dentro de los tres días siguientes al traslado.

Asimismo, su naturaleza especial se muestra en la existencia de un término superior con respecto al valor de la compensación a establecerse. Este tope ya está especificado en la medida cautelar, ya que la ley obliga al juez a fijar el monto de la medida cautelar. Por lo tanto, un juez no puede decidir una cantidad superior a la indemnización ofrecida. También me gustaría subrayar una vez más que esta circunstancia le da a este procedimiento un carácter muy especial.

#### **4.3.8. Impugnación**

El articulado 621° del CPC. Sitúa que “La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo”.

Las decisiones de los jueces sobre el monto de las indemnizaciones y la forma en que deben ser ejecutadas son apelables con efecto suspensivo. Después de que haya presentado una apelación apropiada y haya sido confirmada, debe enviar los documentos a su supervisor dentro del plazo legal. No cabe la configuración de libro mayor auxiliar incompatible.

Cabe señalar que la decisión de fijar la remuneración es una decisión impugnada con efecto pendiente. Concedido el juez el recurso, el secretario judicial deberá remitir el expediente a su superior jerárquico dentro de los cinco días siguientes a la concesión del recurso, o bajo su compromiso en su caso.

Dentro de los cinco días siguientes a su recepción, el supervisor notificará a las partes para agilizar el trámite e indicará la fecha y hora de la audiencia. No se aceptan nuevas afirmaciones fácticas. Se tomará una decisión final dentro de los 5 días posteriores a la audiencia.

Sólo se admite la solicitud de aclaración o rectificación y el recurso de revocación de la decisión de segunda instancia, previo el cumplimiento de los requisitos de admisión de forma y de fondo previstos en los artículos 387 y 388 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, ¿se puede interponer recurso de apelación contra una sentencia de segunda instancia respecto de una reclamación de daños y perjuicios? Creemos que la respuesta es tanto positiva como negativa. En el primer caso, la respuesta es afirmativa si la sentencia de segunda instancia equivale a una división civil. Esto se debe a que "una apelación ante el Tribunal de Casación se dirige contra una decisión tomada por un tribunal superior, que, después de considerarlo, da por terminado el procedimiento" (artículo 385 del CPC). En el segundo caso, la respuesta será negativa si la decisión de segunda instancia corresponde a un tribunal civil. En este caso, por motivos prácticos y jerárquicos, no es viable el acceso al recurso, aunque en ambos casos la decisión de la segunda instancia marca el final del procedimiento.

El auto que determina una indemnización adquiere el carácter de un auto de ejecución una vez que se determina si es concedido o ejecutable.

#### **4.3.9. Ejecución**

“Consentida la sentencia de segunda instancia que contiene un mandato y, devuelto el expediente al Juez de la demanda, la sentencia adquiere la calidad de título de ejecución judicial, procediéndose conforme a lo regulado en el capítulo V, Título V de la sección Quinta de este código.” Este es el propósito del articulado 379° del CPC.

En consecuencia, el auto que fija una indemnización adquiere el atributo de firmeza y se convierte en un derecho legalmente exigible. Por lo tanto, deben proceder a la ejecución y, con ese fin, llevar a cabo acciones de realización satisfactorias, voluntarias o coercitivas, según la naturaleza de la contra cautela ofrecida y permitida.

Si las medidas están garantizadas con aval bancario, esto no supone mayor problema ya que sólo se ejecuta por la cantidad ordenada y por tanto el albacea queda satisfecho. Lo mismo sucede cuando la contra cautela es una garantía real, y aparentemente su peculiar expresión aparece en la ejecución.

El problema surge cuando la obligación de pagar los daños y perjuicios se garantiza bajo juramento, es decir, mediante una simple declaración jurada del titular de la medida teniendo el compromiso a indemnizar el daño causado por la ejecución de la medida. Como ya hemos explicado, esta forma de interdicto no garantiza nada y solo se otorgará si existe una cuasi certeza sobre los derechos que

se afirman en la demanda principal. De lo contrario, esta forma contra cautelar solo generará una desprotección que perjudicará a los afectados por la medida.

En consecuencia, si la declaración jurada garantiza el pago de la indemnización, la única forma de desencadenar la obligación de pagar la indemnización es solicitar la adopción de garantías contra futuras ejecuciones indemnizatorias. El decomiso o las medidas de decomiso se pueden aplicar juiciosamente, según la estrategia y las opciones de decomiso o satisfacción.

La realización de la obligación de pagar daños y perjuicios en virtud de la medida cautelar permite la emisión de garantías contra la ejecución futura, como la confiscación o el secuestro, y ya no requiere la presentación de la contra cautela. Ni la exposición fáctica de una medida cautelar o acción luego de una decisión judicial afirmativa.

En este instante es cuando se critica, compara y califica la actuación de un juez en función de la previsibilidad y de los estándares jurídicos adoptados en el momento de dictar la medida cautelar. Entonces, en este punto, se pone de manifiesto la intuición y capacidad jurídica del juez para determinar las garantías indemnizatorias relacionadas con las medidas cautelares ordenadas e implementadas.

#### 4.3.10. Validación de hipótesis

Esta hipótesis fue claramente confirmada por los siguientes fundamentos:

La pregunta central pertinente para la discusión de este estudio tiene como objetivo examinar si las advertencias de los acusados están desprotegidas. Sin embargo, dados los riesgos que implica la adopción de medidas cautelares, la necesidad de proteger al demandado está prevista en las cláusulas del artículo 613 de la Ley. El derecho penal debate si las declaraciones juradas son un mecanismo que realmente garantiza la destitución de los afectados por la acción.

En los tiempos que corren, es una ilusión pretender que el juramento de quienes asumen el riesgo de la ejecución provisional es el mecanismo ideal para indemnizar a los involucrados en la ejecución provisional. Basta que el beneficiario no posea los bienes para avalar la compensación, entonces esto es solo una ilusión y deja a las partes vulnerables.

La resolución cautelar tiene medidas de precaución en beneficio del actor y en beneficio de la parte ejecutada, para que asegure fines múltiples; el actor busca asegurar que se satisfaga el derecho en debate y la parte ejecutada el aseguramiento del daño que se llegó a provocar por la ejecución de la cautela. Si bien, de forma aparente es posible afirmar que hay un balance en las prestaciones cautelares, pues, se aseguran los intereses de las dos partes y que la cautela es una herramienta que tiene que pretender el aseguramiento simultáneo tanto el demandado como el demandante; ello no es verdad, pues, una cautela que se pudo asegurar con

juramentación, no es una herramienta idónea que pueda garantizar verdaderamente el resarcimiento.

Uno de los supuestos que no que no ha regulado nuestra normativa tiene relación con la insuficiencia o falta de contracautela al instante de la ejecución de la medida cautelar. Para Acosta (1986) los juzgadores tienen que ser muy cuidadosos para requerir la caución previa a la parte que solicita la medida; pero ha sucedido, sucede y sucederá que sin embargo ese cuidado, la medida se llega a disponer y ejecutar sin que la contracautela se preste, o que esa garantía pactada devenga de modo insuficiente y que se requiere optimizarla.

En esos contextos resulta inquietante para el autor qué remedios tiene que elegir la parte afectada para que se proteja de los resultados que lo perjudican que la insuficiencia o falta de contracautela le pueda ocasionar. Una propuesta a esto, es el levantamiento, caducidad y nulidad. La interrogante no es vaga ya que una elección desdichada del instrumento procesalista puede conllevar a que la pretensión revocatoria sea rechazada, en razón de las diferentes consecuencias que cada uno de los medios de impugnación indicados causa. Menciona Acosta, que si se incumple una contracautela real “no lleva directamente, a la caducidad de la medida” siempre que la hipótesis de la caducidad se encuentre de modo explicito legislado y entre ellas no se ha mencionado la citada.

Respecto a la nulidad, se toma en cuenta que la contracautela no es condición ni requisito de otorgamiento de la medida, mas bien de su ejecutoriedad, por ende, su incumplimiento no vulnera la validez de la tramitación. Suprimiendo se queda el remedio de levantamiento. “La circunstancia de haberse omitido fijar la

contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser levantada en el supuesto que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante”.

En esa línea de ideas Podetti (1969) refiere:

Siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite. (p.64)

Un referente sobre el particular encontramos en el caso de Banco Nuevo Mundo con la Superintendencia de Banca y Seguro seguido ante el 26 Juzgado civil de Lima, Exp. N°15289- 2001, en el cual se ha otorgado y pretendido la ejecución de la medida cautelar sin la materialización previa de la contracautela real brindada por la parte que solicita; en esos contextos la ejecutoriedad de la medida no es factible que siga llevándose a cabo, dando motivos para que se disponga el levantamiento de esta hasta que se cumpla el beneficiado con la entrega de la caución real que se ordenó.

Favorablemente, recientemente, resulta bueno que se aprecie pronunciamientos judiciales que toman la postura de tomar en cuenta la contracautela como un componente de operatividad, que es imprescindible para que se ejecute la contracautela; no obstante, no se puede negar que existe criterios judiciales opuestos a los que se ha mencionado, como lo aparecido de la pronunciación de la Sala Civil Suprema Transitoria, expediente N°216- 2004-Lima, el 4 de junio del



año 2004, en la apelación que promovió la Constructora Upaca S.A., ante la resolución que declaro procedente la petición cautelar y ha dispuesto que previo a la ejecución de la medida, la recurrente pueda presentar una fianza del banco de ejecutoriedad irrevocable y automática, bajo el apercibimiento de que se deje sin efectos la resolución cautelar.

La Sala ha declarado la nulidad de la resolución que fue apelada, indicando que:

Si bien es cierto la contracautela que ofreció la parte accionante no produciendo convicción sobre el derecho que se busca tutelar con ésta, además es verdad que de modo técnico el pronunciamiento para que se solicite la corrección de ésta no es el pertinente, pues, antes de que se conceda la medida la Sala tuvo que requerir que se cumpla con la regularización de la fianza peticionada y sólo después de cumplirse con ello se conceda la medida.

Como se puede ver con dicho pronunciamiento, la contracautela es aquel presupuesto de la resolución de la medida cautelar, que tiene que materializarse al instante de que se dicte la resolución y no en el instante de la ejecución de ésta.

Finalmente, un sistema judicial no puede estar sustentado en una óptica parcial de la tutela que otorga, por medio del proceso judicial; sino que tiene que apreciarse porque brinda herramientas de tutela ponderada y balanceada para las partes involucradas en la disputa. Ello queda justificado atendiendo el principio de igualdad que motiva al Derecho y por ello al proceso; y que no se termina en las meras afirmaciones normativas de éste, si no en la edificación de un sistema judicial en el que las partes posean las mismas posibilidades de intervención y de tutela en



el proceso. El derecho se asiente, no en la declaración legal de un contexto que se quiere sustentar, más bien en el reparto balanceado que tiene que resguardar a la tutela judicial.

## CONCLUSIONES

1. De forma clásica se reconoció como presupuesto de las medidas cautelares la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela. Sin embargo, se ha entendido que la contracautela es un requisito de cumplimiento de la medida cautelar.
2. La medida cautelar engloba riesgos, desde que no viene operando con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de éste. Ese riesgo debe ser asumido realmente con medidas efectivas, por quien se beneficia con la tutela cautelar y no debe ser trasladado al demandado afectado con la ejecución cautelar. Bajo ese contexto, afirmamos que la contracautela otorgada bajo juramento, no es un mecanismo de resarcimiento viable. Basta que no tenga bienes el que presta el juramento (beneficiado con la medida cautelar) para que el resarcimiento se torne inviable.
3. Las decisiones jurisdiccionales cuando fijan contracautela generalmente son modificatorias de la forma postulada por el actor, en el extremo referido al monto, señalándose frecuentemente montos menores al ofrecido; más ello obedece al hecho que también a que las medidas cautelares (patrimoniales) ordenadas judicialmente tienden a disminuir el monto postulado.
4. Otorgar un mecanismo de tutela efectiva en beneficio de intereses del demandado (afectado con la medida cautelar), no sólo es una expresión de un proceso justo sino de reafirmación de la razón de ser del Derecho, la igualdad, que se va a traducir en las mismas posibilidades de acción que deben tener los partícipes en la disputa judicial. Este trabajo precisamente muestra el notorio desequilibrio que existe en el tratamiento cautelar a favor del

demandante y del demandado. El marco legal no resulta idóneo, al sostener que “el juramento” es un mecanismo de garantía, generando con ello, una evidente desprotección a la parte afectada con la medida cautelar ejecutada.

5. La normativa ante la medida cautelar que no es necesaria otorga un tratamiento conjunto a tres elementos de naturaleza distinta como son: las obligaciones de origen procesal (costas y costos), las multas (penalidades por incumplimiento de los deberes de parte) y los daños y perjuicios (resarcimientos civiles al sujeto que los sufre). La respuesta jurisdiccional a la trilogía señalada tendrá como escenario el mismo proceso principal en giro.
6. Es posible aseverar que el sistema judicial se inclina de forma preponderante a brindar tutela efectiva, unilateralmente, sin prever las consecuencias de ese desequilibrio, al dejar a cuenta, costo y riesgo del ejecutante las resultas de la indemnización del afectado. Todo ello nos permite constatar la ceguera del sistema judicial de hoy, cuando traslada al demandado todo el peso del riesgo y del daño, esto es, cuando mira con mayor “intensidad” los intereses del beneficiado con la medida cautelar.
7. En nuestra normativa se incorporó como un nuevo presupuesto para la concesión de la medida cautelar, la razonabilidad. La razonabilidad, no es más que la aplicación de la técnica del principio de proporcionalidad, que contiene el principio de adecuación. El contenido del presupuesto de razonabilidad debe ser llenado a partir del principio de proporcionalidad desarrollado en el Derecho Constitucional.

## RECOMENDACIONES

1. La caución tiene que ser regularmente brindada por la parte que solicita y ser graduada por el Juez, debería evitarse la plasmación judicial de condiciones de procedibilidad que no se vinculen directamente con la finalidad protectora de las medidas cautelares, permitiéndose que el aseguramiento de la reparación de los daños y perjuicios que ocasione su ejecución pueda ser satisfecho luego de la respuesta judicial que la concede, pero nunca antes de su ejecución, porque eso sí generaría un desequilibrio que menoscaba el derecho del demandado a ser también protegido por el órgano jurisdiccional.
2. El juez en el caso concreto que le toque otorgar una medida cautelar, debe de: i) evitar el rechazo de medidas cautelares por la apreciación liminar de una caución diminuta o insuficiente, ii) dar una verdadera respuesta judicial sobre el fondo de lo que se pretende cautelarmente, y, iii) la mejora de la tutela judicial a la que aspiran los justiciables, y, con ello, de la imagen y transparencia del Poder Judicial.
3. Se requiere modificatoria del actual texto del Art. 637 del Código Procesal Civil respecto a la tramitación de las medidas cautelares, específicamente sobre la oportunidad de la notificación de la resolución cautelar. Recomendamos por esta razón la inmediata modificación del texto en mención incorporando la notificación de la decisión cautelar al afectado sin interferir ni perturbar la ejecución o cumplimiento de la misma.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ángeles, M. (1995). *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*.  
Barcelona: J.M. Bosch.
- Arazi, R. (2007). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Astrea.
- Baptista, O. (2005). *Jurisdicción Ejecución*. Lima: Palestra Editores.
- Barona, S. (2000). *Derecho procesal civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernal, D., & Díaz, E. (2017). Retos de la ética en la investigación socio jurídica: revisión a partir de buenas prácticas en artículos publicados. *Estudios Socio-Jurídicos*. <https://www.redalyc.org/journal/733/73355497005/html/>
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.
- Bustamante, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores.
- Calderón, M. (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Civitas.
- Cardoso, F. (2006). *Condiciones de fungibilidad entre medidas cautelares y anticipatorias*. Lima: Palestra Editores.
- Chiovenda, G. (1948). *Instituciones de derecho procesal civil. Vol. I*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios derecho procesal civil tomo I*. Madrid: Reus.
- De los Mozos, J. (1965). *El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch.

- Fernandez , M. (1996). *Derecho procesal civil III*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- Gallardo, J. (2000). *Cautela y contracautela en el proceso civil*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Gascon, M., & Garcia, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Editorial Palestra.
- Gomes, R. (2003). *Análisis de datos en la investigación*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Gozaín, O. (2000). *Respuestas procesales T. 2*. Buenos Aires: Ediar.
- Hernández, C. (2010). *Procesos de Ejecución*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editora McGraw-Hill.
- Hinojosa, A. (2001). *Comentarios al código procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hurtado, M. (2006). *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra.
- Martel, R. (2002). *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Martel, R. (2003). *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores.
- Martínez, R. (1994). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Universidad.
- Monroy, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima: Librería Studium.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil T. I*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Monroy, J. (2013). *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Monroy, J. (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Editora Comunidad.
- Monroy, J. (2003). *Una interpretación errònea "a mayor verosimilitud, menor caución y viceversa"*. Lima: Universidad de Lima.
- Monroy, J. (2004). *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra.
- Morello, A. (2001). *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ortells, M. (1996). *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. Granada: Editorial Comares.
- Pelaéz, M. (2008). *Medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Grijley.
- Podetti, J. (1969). *Derecho Procesal Civil y Comercial. Tratado de las medidas cautelares. 2da. Ed.* Buenos Aires: Ediar.
- Ramírez, N. (2005). *El abuso de las medidas cautelares*. Lima: Universidad de Lima.
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el Intento*. Lima: Grijley.
- Rivas, A. (2000). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*. Lima: Rodhas.
- Robles, L., Robles, E., & Sanchez, R. (2016). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Feeccat.
- Rocco, U. (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil. T. V*. Buenos Aires: Temis-Depalma.
- Taramona, J. (1996). *Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares. Teórico – Práctico*. Lima: Huallaga.

Ticama, V. (2009). *El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil*. Lima: Grijley.

Torres, M. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

### **Artículo científico en línea**

Acosta, J. (1986). *El proceso de revocación cautelar*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.

Aguirre, J. (2021). Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. *Scielo*.

Álvarez, V., Durán, F., & Rodríguez, I. (2012).

*Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. San Salvador: Universidad de el Salvador.

Ledesma, M. (2004). *Laberinto en los aires y Medida Cautelar*. Lima: En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 74.

Montenegro, M. (2000). *La cautela en el proceso civil peruano*. Lima: Gráfica Horizonte.

Priori, G. (2002). *Comentarios a la ley del proecso contencioso administrativa*. Lima: Ara Editores.

Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Lima: Ffecaat.

Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*.

<http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>

Solis, A. (2001). *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Fecat.



Torres, . (2002). Investigar en educación y pedagogía. *Dialnet*, 110.

Zelayaran, M. (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones  
Jurídicas.

## ANEXOS

### Matriz de consistencia

**Título:** La insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS SUBCATEGORÍAS	Y METODOLOGÍA
<b>General</b>	<b>General</b>	<b>General</b>	<b>CATEGORÍAS</b>	<b>TIPO: Enfoque cualitativo:</b> toda vez que se realizó un estudio Dogmático-Normativo y Teórico.
¿Cuáles son los fundamentos para justificar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil?	Establecer los fundamentos para justificar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.	Existe insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil, debido a que no puede obviarse dado el fin de aseguramiento perseguido, que también en el ámbito ya de ejecución de la medida aparezca otro presupuesto como es la “adecuación”, íntimamente ligado al tema de la pertinencia cautelar. En	<p><b>Categoría 1</b></p> <p>La insuficiencia reparatoria de la contracautela.</p> <p><b>Sub categorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Potestad jurisdiccional.</li> <li>• Naturaleza de la contracautela.</li> <li>• Garantía de un acto jurídico procesal injusto.</li> <li>• Reparación de los eventuales daños y perjuicios.</li> </ul>	<p><b>DISEÑO:</b></p> <p>NO EXPERIMENTAL</p> <p><b>UNIDAD DE ANÁLISIS</b></p> <p><b>La Unidad temática:</b> conformado por las categorías de la investigación.</p>

		tal sentido, se reconoció como presupuesto de las medidas cautelares la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela. Sin embargo, se ha entendido que la contracautela es un requisito de cumplimiento de la medida cautelar.	<p><b><u>Categoría 2</u></b></p> <p>La ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe.</p> <p><b>Sub categorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Constitucionalización de la tutela cautelar.</li> <li>• Requisito de procedibilidad o de ejecución de la medida cautelar.</li> <li>• Declaración y ejecución de la responsabilidad indemnizatoria.</li> </ul>	<p><b>La Categorización del tema de estudio:</b> basándose en los indicadores se ha establecido las categorías de análisis.</p> <p><b>La Unidad de Registro:</b> documental basándose en el análisis de informaciones y categorías de las fuentes jurídicas</p> <p><b>Muestra:</b></p> <p><b>Marco muestral:</b> Jurisprudencia, doctrina, normativa.</p> <p><b>Unidad de análisis:</b> Elementos documentales</p> <p><b>TECNICAS E INSTRUMENTOS:</b></p>
<b>Específicos</b>	<b>Específicos</b>	<b>Específicos</b>		
a) ¿Cuáles son las causas que generan la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar	a) Describir las causas que generan la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida	a) La medida cautelar engloba riesgos, desde que no viene operando con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de éste. Asimismo,		



<p>innecesaria o de mala fe en el proceso civil?</p> <p>b) ¿Cuáles son las consecuencias que viene generando la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil?</p> <p>c) ¿Qué propuestas modificatorias se deben de hacer al código procesal civil a fin de contrarrestar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el</p>	<p>cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.</p> <p>b) Explicar las consecuencias que viene generando la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil.</p> <p>c) Proponer las modificatorias que se deben de hacer al código procesal civil a fin de contrarrestar la insuficiencia reparatoria de la contracautela en la ejecución de una medida cautelar innecesaria o de mala fe en el proceso civil y</p>	<p>la contracautela otorgada bajo juramento, no es un mecanismo de resarcimiento viable.</p> <p>b) Las decisiones jurisdiccionales cuando fijan contracautela generalmente son modificatorias de la forma postulada por el actor, en el extremo referido al monto, señalándose frecuentemente montos menores al ofrecido.</p> <p>c) Otorgar un mecanismo de tutela efectiva en beneficio de intereses del demandado (afectado con la medida cautelar), no sólo es una expresión de un proceso justo sino de reafirmación de la razón de ser del Derecho, la igualdad, que se va a traducir en las mismas posibilidades</p>		<p><b>Análisis Documental</b> Análisis de Contenido</p> <p><b>Bibliográfica</b> Fichas: textuales, de resumen, de comentario.</p>
--	---	--	--	---



proceso civil y garantizar la tutela judicial efectiva?	garantizar la tutela judicial efectiva.	de acción que deben tener los partícipes en la disputa judicial.		
---	---	--	--	--



