

**UNIVERSIDAD
INCA GARCILASO DE LA VEGA**



**FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS**

CICLO: 8° AULA: 401 TURNO: MAÑANA

CURSO: Derecho Procesal Civil III

PROFESOR(a): Braithwaite Gadea, Sara

**TEMA: El Proceso Cautelar según nuestra legislación
peruana**

ALUMNO: Cusi Arredondo, Andrés

2012

A los alumnos de Derecho, mis queridos colegas y compañeros de la UIGV, facultad de Derecho y Ciencias Políticas, casa de estudios que ha hecho posible mi realización como profesional.

PRESENTACIÓN

La investigación que presentamos ha sido desarrollada según los objetivos formulados a partir del diagnóstico situacional de la teoría, la legislación y el accionar de la judicatura nacional en materia cautelar.

Tratamos fundamentalmente la necesidad de realizar un estudio sistemático e integral de las categorías esenciales de la tutela cautelar, a través de la exégesis normativa, la doctrina procesal cautelar desarrollada por la doctrina italiana, española y latinoamericana, así como la revisión de determinadas resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

ÍNDICE

➤ INTRODUCCION	5
➤ TEORIA CAUTELAR	6
➤ <u>1. Tutela Jurisdiccional</u>	6
➤ <u>2. Tutela Cautelar</u>	6
➤ <u>3. El Proceso</u>	10
➤ PROCESO CAUTELAR	14
➤ <u>4. Concepto</u>	14
➤ <u>5. Proceso Cautelar y Proceso Cautelado</u>	15
➤ <u>6. Autonomía</u>	16
➤ <u>7. Universalidad de la Aplicación</u>	18
➤ <u>8. Acumulación</u>	19
➤ <u>9. Demanda</u>	21
➤ MEDIDA CAUTELAR	22
➤ <u>10. Alcance Conceptual</u>	22
➤ <u>11. Presupuestos de la Medida Cautelar</u>	25
➤ <u>12. Características de la Medida Cautelar</u>	30
➤ <u>13. Tramitación: ¿Inaudita Altera Pars?</u>	35
➤ <u>14. Caducidad de la Medida Cautelar</u>	37
➤ <u>15. CANCELACIÓN de la Medida Cautelar</u>	38
➤ <u>16. Clasificación de la Medida Cautelar</u>	40
➤ CONTRACAUTELA	46
➤ <u>17. Concepto</u>	46
➤ <u>18. Finalidad</u>	48
➤ <u>19. Naturaleza</u>	48
➤ <u>20. Excepciones</u>	49
➤ <u>21. Casos</u>	51
➤ CONCLUSIONES	55
➤ BIBLIOGRAFÍA	56

INTRODUCCIÓN

En el ámbito nacional, la doctrina cautelar aún está por elaborarse, sin que ello signifique negar importantes, pero aislados esfuerzos académicos desplegados hasta hoy. La legislación nacional es incongruente e insuficiente en muchos aspectos lo que dificulta el accionar de la judicatura y de los justiciables; desde otra perspectiva, esta situación es una variable que da lugar a situaciones patológicas que desacreditan las ventajas de esta tutela preventiva, y al mismo tiempo, atenta contra la respetabilidad de la función jurisdiccional.

Además de lo señalado, son situaciones problemáticas específicas que motivan el presente estudio, las siguientes: Las graves implicancias de la tramitación ***inaudita altera pars*** de las medidas cautelares cuando éstas son dictadas sin la adecuada ponderación e inconcurrencia de los demás presupuestos constitutivos; los propósitos preventivos de la tutela cautelar, en este escenario, se convierten en instrumentos de lesión y agravio. Debe destacarse además que el tratamiento de este tema en la legislación comparada no es homogéneo. Del mismo modo, se configura como una situación problemática, la poca relevancia que en sede jurisdiccional se otorga a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, siendo el uso desproporcionado de la caución juratoria la evidencia más clara de tal actitud, requiriéndose por consiguiente la urgente la adopción de decisiones legislativas orientadas a replantear la temática contracautelar.

TEORIA CAUTELAR

1. Tutela Jurisdiccional:

La tutela jurisdiccional es el mecanismo de protección, defensa o amparo de los derechos e intereses en virtud del cual todo sujeto de derecho está legitimado para reclamar, por sí mismo o en representación de otro, ante los órganos jurisdiccionales la protección inmediata de sus derechos cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de un particular.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano que se materializa en el ámbito procesal. Tiene una función trascendente respecto a los otros derechos humanos, porque permite la exigibilidad de estos ante un órgano del Estado, que debe caracterizarse por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, mediante procedimientos previamente establecidos en las leyes.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho autónomo que se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera vulnerado o amenazado en sus derechos en general o intereses, incluyendo entre estos a los colectivos, difusos o de grupo. Es autónomo porque su ejercicio no está supeditado a la existencia del derecho o interés cuya protección se reclama.

2. Tutela Cautelar:

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional como deber de Estado; en tal sentido, garantiza la efectividad de las tutelas jurisdiccionales de cognición y ejecutiva para asegurar

anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas, finalidad que se extiende a las pretensiones tramitadas en procesos no contenciosos. Por ello sostenemos que la tutela cautelar está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada a restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho.

El derecho a la tutela cautelar está regulado y garantizado tácitamente en el artículo 3° del Texto Constitucional al señalar que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, *del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*”

El derecho a la tutela cautelar, en su dinámica, presupone el necesario despliegue de determinada dosis de actividad cognitoria y ejecutiva por los sujetos del proceso. El juicio de razonabilidad expresado en la apariencia de buen derecho y la determinación del peligro en la demora así lo exigen; empero la actividad cognitoria no está orientada a producir certeza en el juzgador sino tan solo una ostensible apariencia de que el peticionante litiga con razón. Del mismo modo, la actividad ejecutiva en la tutela cautelar no es satisfactiva, es únicamente una ejecución instrumental transitoria destinada a garantizar la ejecución final. Es decir, tanto la cognición sumaria, como la ejecución provisoria no constituyen un fin en sí mismas sino actividades necesarias para el otorgamiento de la tutela cautelar.

De acuerdo con lo señalado, el derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental garantiza al justiciable: a) El derecho a postular la pretensión cautelar que considere y estime adecuada y necesaria para la protección de sus derechos subjetivos lesionados o amenazados; b) El derecho a obtener el pronunciamiento jurisdiccional cautelar oportuno, debidamente motivado y; c) El derecho a la ejecución efectivización del auto cautelar dictado. En suma, el derecho a la tutela cautelar comprende el derecho a pedir, a obtener y a lograr la ejecución de una medida cautelar. Por

consiguiente, la limitación o afectación de cualesquiera de estos extremos del derecho a la tutela cautelar, significa la lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

- **Finalidad de la Tutela Cautelar:** La tutela jurisdiccional cautelar- explica *Piero Calamandrei* - está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la tutela cautelar es variable, pues debe adecuarse caso por caso al diverso contenido de la pretensión definitiva. Este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía.

Como ya se señaló antes, la tutela cautelar contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; respecto al derecho sustancial es una tutela mediata, no obstante su dictado y ejecución anticipada. Las decisiones jurisdiccionales cautelares son medios predispuestos para el mejor éxito de las otras tutelas jurisdiccionales, se convierten así en instrumentos de instrumento.

Desde una perspectiva propia de la tutela de los derechos sustanciales y especialmente de los derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional cautelar se instituye en interés de los justiciables para hacer efectivos los propósitos de las otras tutelas jurisdiccionales (*cognitoria y ejecutiva*); de este modo, también se satisface, simultáneamente, el interés público: el interés de la administración de justicia, a coadyuvar a su buen funcionamiento y prestigio.

- **Tutela Preventiva y Tutela Cautelar:** La tutela preventiva y la tutela cautelar son conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie; la primera es invocada por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible, antes que el derecho haya sido efectivamente lesionado.

En estos casos, la tutela preventiva, en lugar de actuar con la finalidad de eliminar a posteriori, el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. La tutela jurisdiccional preventiva es contrapuesta a la tutela sucesiva o represiva.

La tutela clásica u ordinaria es predominantemente represiva y no preventiva puesto que es invocada cuando la lesión ya se ha producido, o cuando la incertidumbre o desprotección es actual. La tutela cautelar si bien exige estos escenarios como presupuestos para su actuación, constituye sin embargo una de las manifestaciones de la tutela preventiva mediata.

La tutela cautelar es preventiva y mediata porque está orientada a evitar el daño que el desarrollo regular del proceso pueda generar; mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica. La tutela preventiva inmediata no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal, salvo el caso especial de la tutela de cognición mero declarativa a través de la cual se busca poner fin a una incertidumbre jurídica, o poner fin a una amenaza, evitar un daño, como por ejemplo cuando se demanda la declaración judicial de extinción de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

La tutela preventiva inmediata está reservada, en nuestra legislación a los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, tal como lo señalan: el artículo 200° de la Carta Magna y los artículos 1° y 2° y 3° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. En efecto, es posible invocar esta tutela mediante estos procesos constitucionales ante la amenaza de vulneración de la libertad individual o derechos constitucionales conexos o de los derechos fundamentales respectivos; en la tutela clásica represiva no es posible actuar ante la sola amenaza, sino luego de producida la vulneración de los derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico.

En suma, la tutela jurisdiccional cautelar constituye una de las garantías fundamentales del justiciable para obtener del Estado la protección destinada a asegurar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales

cognitorias, ejecutivas e incluso no contenciosas; satisface de este modo la pretensión e interés particular del demandante y el interés público expresado en el restablecimiento del orden jurídico y la preservación de la paz social, como objetivos de Estado.

3. El Proceso:

Según el Diccionario de la Lengua Española, proceso proviene del vocablo latino *processus* que significa: acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

La palabra proceso no es una categoría exclusiva del derecho ni mucho menos del derecho procesal; en su acepción común, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo; en tal sentido proceso viene a ser el conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; así hablamos del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso de elaboración de una tesis, etc.

El proceso en sí mismo, agota su valor semántico en aquel conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; no puede obtenerse más del término proceso. El núcleo a partir del cual puede determinarse la naturaleza del proceso está en el resultado u objeto del mismo sea que intervenga o no la voluntad humana. Si en el resultado del proceso no interviene la voluntad humana hablamos de procesos naturales; en caso contrario hablamos de procesos determinados no por el resultado sino por la finalidad u objeto; en esta opción, bajo criterios racionales cognitivos sólo el hombre individual o colectivo, tiene objetivos, finalidades con la prevalencia de uno u otro interés.

El logro de determinado fin impregna de sustantividad y connotación especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es

finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; del mismo modo, la restitución de un inmueble, el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la imposición de una condena no son finalidades del proceso, sino de quien pretende hacer realidad tales propósitos.

El proceso está marcado por esta transmutación en el que los contenidos, y finalidades de las personas individuales o colectivas, otorgan y transfieren formalmente su valor connotativo al proceso; de este modo, en las diversas disciplinas científicas se estudia procesos según la materia o finalidad que se trate.

- **Proceso Judicial:** El proceso judicial es el instrumento jurídico instituido por el Estado mediante ley para permitir el despliegue de la función jurisdiccional y el ejercicio del derecho de acción cuya respuesta final se traduce en el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, independientemente del sentido de la decisión y siempre que se haya preservado el derecho al debido proceso.

El proceso judicial está constituido por un conjunto de actos procesales que deben realizarse para la obtención de la resolución final que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, la incertidumbre jurídica, elimine el riesgo o peligro en la demora, la insatisfacción del actor o imponga determinada sanción por la lesión a bienes jurídicos protegidos.

Puede asimismo sostenerse que el proceso judicial es la categoría de proceso reservado al accionar de los justiciables frente al Estado en función jurisdiccional. El proceso procesal como lo denomina y define *Devis Echandía* es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante y por los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización forzada de los derechos que pretendan tener las personas individuales colectivas ante su incertidumbre su desconocimiento o insatisfacción o también para

la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones. Más resumidamente Salvadores Satta lo define como el desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de resoluciones jurisdiccionales.

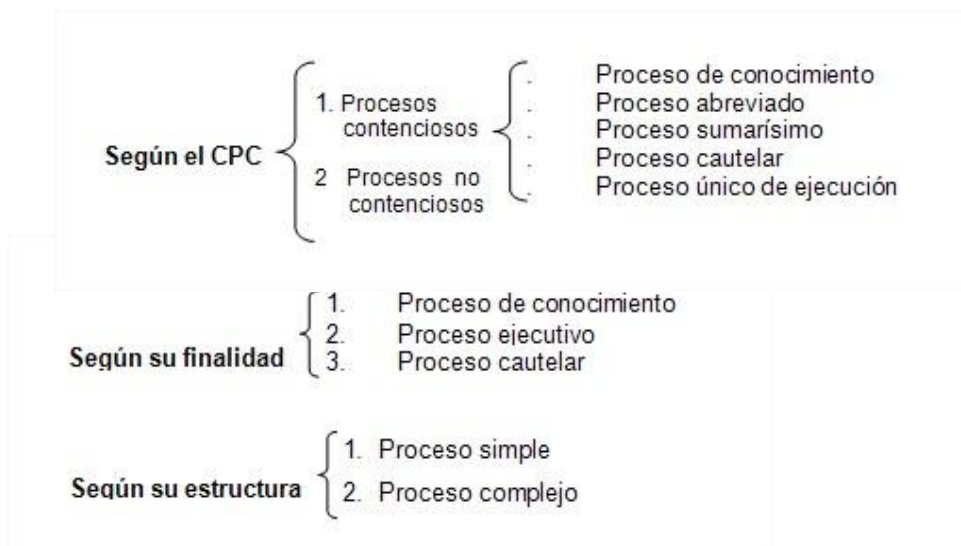
- **Proceso Civil: Chiovenda**, padre del procesalismo italiano propone el concepto matriz del proceso civil a partir del cual se han elaborado diversas definiciones; afirma este maestro que el proceso civil es —el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.|| Las propuestas conceptuales posteriores se caracterizan por poner mayor énfasis en el interés público o en el privado o en ambos a la vez, tal como lo veremos a continuación.

Por su parte **Carnelutti** define al proceso civil como aquella operación mediante la cual se obtiene la composición del litigio.

El proceso civil – según **Ugo Rocco** - es el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil o sea el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas||.

Eduardo Couture enfatiza que la idea del proceso es necesariamente teleológica; por consiguiente, si no culmina en la cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento.

- **Clases:** La clasificación del proceso civil, puede efectuarse a partir de diversas variables, nos limitaremos a aquellas relacionadas con nuestra legislación, la finalidad y la estructura del proceso.



- **Proceso y Procedimiento:** Procedimiento, según el diccionario de la lengua española significa —Acción de proceder||, —método de ejecutar algunas cosas||, —actuación por trámites judiciales o administrativos.||

El proceso preliminarmente es percibido como una actividad que como ya se dijo está compuesto de actos que juntos persiguen un fin. Es preciso señalar que todo acto realizado en la dinámica procesal presenta en su estructura dos aspectos complementarios que por razones didácticas podría admitirse entre ambos la existencia de una relación categorial de continente y contenido. Procedimiento y proceso son estos dos aspectos complementarios una misma realidad.

Lo común, habitual y natural es que se perciba la manifestación externa de toda acción humana, el acto de proceder; esto es, el procedimiento entendido como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso. El procedimiento denota la idea de avanzar de un acto a otro hacia la meta. El procedimiento alude al fenómeno externo, a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la jurisdicción, en suma los sujetos del proceso, conforme a las pautas preordenadas por la ley procesal.

La idea del proceso es unitaria, se vincula íntimamente con la tutela jurisdiccional efectiva pues a través de él realizamos tanto el interés particular de quien reclama tutela judicial como el interés público al materializar los mandatos abstractos contenidos en el ordenamiento jurídico. Por ello, como lo destaca *Couture*, el proceso alude al aspecto finalista. Además la noción de proceso es ontológica pues a través de él se trata de establecer las categorías fundamentales o modos generales de ser de sus componentes subjetivos y objetivos a partir del estudio de su naturaleza jurídica, características y trascendencia. El afianzamiento del término proceso puede compararse con la trascendencia jurídica del concepto de acción cuya construcción precursora por la Escuela Alemana permitió sentar las primeras bases de la ciencia procesal contemporánea.

PROCESO CAUTELAR

4. Concepto:

Es aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; se materializa a través de medidas asegurativas, conservativas transformativas y anticipatorias. La expresión proceso cautelar se usa para indicar el desenvolvimiento de la función jurisdiccional cuando se dirige a emitir decisiones destinadas a garantizar la eficacia de una pretensión principal.

Podemos afirmar entonces que el proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la efectividad de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado. En tanto que el procedimiento cautelar es el aspecto externo, o conjunto de trámites que permiten la realización

de los actos procesales cautelares y por consiguiente del proceso cautelar mismo.

5. Proceso Cautelar y Proceso Cautelado:

La expedición del auto cautelar requiere del despliegue de una cognición sumaria de los fundamentos de hecho y derecho de la petición cautelar así como el examen preliminar de la consistencia del soporte probatorio aportado para establecer la concurrencia de los presupuestos de fondo exigidos por ley: a) la apariencia del derecho invocado, b) la necesidad de la emisión de la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o cualquier otra razón justificable y c) la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

Sin embargo, la realización de esta actividad jurisdiccional cognitoria extremadamente sumaria y contingente no es realizada para el proceso cautelar en sí mismo, sino para el proceso principal o cautelado. Es en última instancia una cognición sumaria y provisoria de la pretensión principal.

El proceso principal o cautelado (de conocimiento, único de ejecución o no contencioso) para su eficacia, por lo general, requiere del proceso cautelar. Son limitados los casos en los que el primero no requiere del segundo. Del mismo modo, el proceso cautelar tiene vigencia y adquiere relevancia solo en función e interés de la pretensión principal, también en limitados casos puede resolver el conflicto por plantearse en el proceso principal. El proceso cautelar existe para el proceso principal; luego éste sólo puede ser tal gracias al proceso cautelar, salvo limitadas excepciones.

El proceso cautelar sólo puede ser comprendido en su mutua correspondencia y complementariedad con los procesos de cognición, de ejecución e incluso los procesos no contenciosos. Así tenemos que, por lo general, lo resuelto en los denominados procesos cognitorios condenatorios no logran eficacia si no es a través de un proceso único de ejecución; a su vez, ambos eliminan cualquier incertidumbre respecto a la

eficacia de la ejecución sólo mediante el proceso cautelar. Los nexos y complementaciones entre procesos es inobjetable. Como se indicó en el párrafo precedente, no todos los procesos requieren de medida cautelar, más estos son los casos reducidos y excepcionales. En conclusión el proceso cautelar tiene la misma importancia y trascendencia que los denominados pretensiosamente procesos principales.

6. Autonomía:

El artículo 635º del CPC alude a la autonomía del proceso cautelar en los siguientes términos: "Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial".

El conjunto de actos ordenados secuencialmente para la obtención de la medida cautelar, sin duda alguna, constituye un proceso autónomo; mas esta autonomía es formal, en modo alguno sustancial. El hecho que se forme un cuaderno especial, como lo señala la norma, constituye la evidencia de que estamos frente a una autonomía procedimental, formal, más ello no agota los alcances de su autonomía.

El proceso cautelar no constituye el apéndice de un proceso de cognición ni únicamente un medio de aseguramiento del proceso de ejecución, sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso. No existe un proceso cautelar específico de cognición o de ejecución, su carácter instrumental le otorga universalidad de aplicación por lo que podrán adoptarse medidas cautelares en cualquier proceso, sea éste contencioso o no contencioso. Podría incluso sostenerse la dependencia funcional de los demás procesos a la autonomía instrumental del proceso cautelar; *¿pueden los demás procesos demostrar su eficacia y pretendida autonomía sin el necesario concurso del proceso cautelar?*

El proceso cautelar, no obstante su necesaria conexidad con la pretensión principal, tiene su propia sustantividad que no puede equipararse con autonomía sustancial: la medida cautelar se adopta bajo presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal. El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es un derecho exclusivamente procesal. En suma es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la efectividad plena de la futura sentencia, en tanto se tramite el proceso principal, es el derecho constitucional a la seguridad.

Giuseppe Chiovenda afirma que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma por sí misma de acción aseguradora; y es pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; razonamiento jurídico que abona a favor de la autonomía de la tutela cautelar. Que el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto."

Piero Calamandrei, por su parte, refiriéndose a este tema dice lo siguiente: "...que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales...||

En la realidad normativa la autonomía de las medidas y del proceso cautelar permite que éste se inicie sin que preexista el proceso principal, puede anticiparse formalmente a la existencia de éste. En no pocos casos en la ejecución de la medida cautelar, el obligado opta por efectuar el pago de la obligación insatisfecha. En este caso no será necesario dar inicio al proceso principal, porque la pretensión de dar suma de dinero ya habría sido satisfecha, tampoco podría operar la cancelación de la medida sino la

conclusión del proceso cautelar. De todas maneras, en este caso el proceso cautelar no existió para autosatisfacerse sino para lograr el cumplimiento de una obligación cuya tramitación no requirió iniciarse; es decir, se puso en evidencia la autonomía procesal mas no sustancial del proceso cautelar.

César San Martín Castro, siguiendo a *Ortells Ramos* sostiene que la dependencia y subordinación del proceso cautelar al proceso principal es la consecuencia de la función que cumple el proceso cautelar que es precisamente lo que le da entidad propia, y la falta de unidad del procedimiento cautelar no dice de su falta de autonomía del proceso cautelar, sino de la exigencia teórica de reestructurar su base normativa⁶¹.

En conclusión la autonomía de las medidas cautelares es normativa, conceptual, funcional y procedimental, en modo alguno sustancial. En términos prácticos, la actividad procesal desplegada en el proceso cautelar, en lo formal procedimental no es dependiente del proceso principal, más en lo sustancial todo lo que ocurra en el proceso cautelar es realizado por y para el principal; la actividad procesal cautelar es en lo sustancial actividad efectuada para el principal.

7. Universalidad de Aplicación:

Dado el carácter doblemente instrumental del proceso cautelar y debido a su propia naturaleza, el proceso cautelar sirve a todos los procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso. La autonomía del proceso cautelar, entre otras razones, se evidencia precisamente en la posibilidad de poder servir a todos los procesos sin pertenecer a la estructura de ninguno de ellos.

En el Código Procesal Civil peruano este principio subyace en toda la regulación normativa inherente al proceso cautelar; empero no está contenido expresamente en norma alguna.

El artículo 274° del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, regula este principio con el siguiente tenor: —Universalidad de aplicación. Las medidas cautelares podrán adaptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario.

Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda entro de los veinte días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del juicio y a los daños y perjuicios causados.

Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite.||

El Código General del Proceso del Uruguay siguiendo al Código Modelo reproduce íntegramente el primer párrafo del artículo en referencia. Artículo 311.1. "Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario."

8. Acumulación:

La acumulación como instituto procesal está sustentada en los principios de concentración, economía y celeridad procesales y tiene por finalidad reunir en un solo proceso a una pluralidad de personas en la posición de demandantes, demandados o terceros, frente a una pretensión singular, o reunir y resolver una pluralidad de pretensiones frente a demandante o demandado singulares, evitando así costos y actividad procesal innecesarios. El principio de congruencia procesal es otro de los principios rectores de la acumulación puesto que su finalidad subyacente consiste en evitar la expedición de sentencias y en general, resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto.

La acumulación en el proceso cautelar sigue los propósitos de la pretensión principal por lo que también son de aplicación los mismos criterios de cada una de las formas de acumulación: *objetiva* y *subjetiva*. Así podrá demandarse individualmente o en litisconsorcio activo una o más medidas cautelares contra una o más personas, siempre que no se incurra en excesos vulneratorios del principio de proporcionalidad.

Para los casos ordinarios en los que la medida o medidas dispuestas pueden ser ejecutadas el mismo día la norma establece, en el segundo párrafo, que —Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.||

Sin embargo, uno de los problemas pendientes, pese a las normas modificatorias dictadas últimamente, está referido a la ejecución de medidas cautelares acumuladas (acumulación objetiva originaria) que no pueden ser ejecutadas el mismo día. No existen regulaciones específicas para el caso planteado y esto da lugar a que el funcionario judicial autorizado para la ejecución de las medidas dispuestas incurra en arbitrariedad al ejecutar una de las medidas cautelares y no notificar la resolución por no haber ejecutado aún las demás, o bien desnaturalice el procedimiento al notificar al ejecutado con la resolución cautelar al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior incluyendo las medidas cautelares aún no ejecutadas.

Con la vigencia del Decreto Legislativo 1069, se ha modificado el tenor del artículo 637° del CPC adicionándose el tercer párrafo: —Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.|| Se infiere del tenor de la norma modificatoria que luego de la ejecución de alguna o algunas de ellas se notifica la resolución cautelar conteniendo todas las medidas cautelares dispuestas, aunque sólo hubieran sido ejecutadas alguna o varias de ellas.

En conclusión consideramos que la solución legislativa no es la más idónea, sin embargo, entre la afectación del derecho a la instancia plural y la necesidad de la tramitación *inaudita altera pars* para garantizar el éxito de la ejecución cautelar, en un adecuado test de proporcionalidad, el legislador optó por la preservación del derecho a la instancia plural, uno de los derechos constitutivos esenciales del derecho al debido proceso.

9. **Demanda:**

El artículo 610° del CPC dispone que "El que pide la medida debe: 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; 2. Señalar la forma de ésta; 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; 4. Ofrecer contracautela; y 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal."

Es frecuente denominar a la demanda cautelar, simplemente solicitud cautelar y ello no es un problema semántico sino conceptual puesto que tiene su correlato en el tratamiento del tema cautelar ya sea como un proceso o como un mero procedimiento. Refleja la concepción asumida por el legislador.

La demanda bajo criterios formales es el medio de expresión del derecho de acción y de postulación de la pretensión. Desde una perspectiva sustancial la demanda es un acto jurídico procesal unilateral por el cual el actor requiere al Estado en función jurisdiccional la promoción de su actividad judicial para el reconocimiento o amparo de una pretensión contenciosa o voluntaria. La demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, no es un simple documento dirigido al órgano jurisdiccional; muy por el contrario, es un típico acto de postulación procesal mediante el cual se reclama tutela cautelar.

Asimismo no puede descartarse el carácter contencioso de la pretensión cautelar y por tanto del proceso. El auto cautelar contiene la decisión judicial para afectar bienes, intereses y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores en su caso.

Concluimos manifestando que la solicitud de medida cautelar constituye un típico y especialísimo acto de postulación procesal, evidencia un pedido de tutela jurisdiccional cautelar; afecta derechos y bienes del obligado, por consiguiente, consideramos que la denominación normativa debe ser demanda y no solicitud.

MEDIDA CAUTELAR

10. Alcance Conceptual:

Según el diccionario de la lengua española la palabra medida tiene diez acepciones, el sexto significado es el que se relaciona con nuestro objeto de estudio: medida con el significado de disposición, prevención. Si ahora nos trasladamos al significado de estas dos últimas palabras tenemos que disposición es todo medio que se emplea para ejecutar un propósito, o para evitar o atenuar un mal, y; prevención es preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo, o también provisión de mantenimiento o de otra cosa que sirve para un fin. Podemos fácilmente inferir que la palabra medida, por si misma, contiene y condensa valores semánticos propios de una decisión cautelar.

Siguiendo al mismo diccionario, tenemos que el vocablo cautelar, significa *prevenir, precaver*. A su vez, el verbo prevenir presenta los valores semánticos siguientes: *preparar, aparejar y disponer con anticipación lo*

necesario para un fin. Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio. Precaver, evitar, estorbar o impedir algo. Advertir, informar o avisar a alguien de algo. Imbuir, impresionar, preocupar a alguien, induciéndole a prejuzgar personas o cosas. Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción. Disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo. Dentro del mismo ámbito semántico, el verbo precaver significa prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo. Como observamos dentro de los significados del verbo prevenir está comprendido el significado del verbo precaver.

Entonces, desde una perspectiva semántica, tenemos que la frase nominal medida cautelar presenta la siguiente conformación: el sustantivo medida que actuando como núcleo, por sí mismo significa decisión preventiva o cautelar; el adjetivo cautelar que actuando como modificador directo dentro de la misma línea semántica no hace más que añadir detalles complementarios y expresividad al sustantivo por lo que la frase nominal medida cautelar, según lo analizado, es una expresión pleonástica.

La denominación del instituto que estudiamos, ha sido uno de los primeros problemas que la doctrina debatió y la legislación trasladó a sus ordenamientos jurídicos asumiendo una u otra posición. *Ramiro Podetti* 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, con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, como veremos en seguida, pueden dar lugar a equívocos"

El autor referido prefiere el empleo del término medida antes que providencia, porque dicho sustantivo da idea del objeto y del resultado. Si bien el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el atribuido a decisión o resolución, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

En la doctrina y en la legislación al sustantivo medidas se le agregan diversos calificativos o complementos que la califican como medidas: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares o previas o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela o cautelares. Así por ejemplo *Chiovenda* las llama medidas provisionales de cautela o conservación; *Goldschmidt*, medidas provisionales de seguridad; *Redenti*, procedimientos cautelares; *Zanzuchi*, medidas cautelares, conservativas o asegurativas, provisorias o interinas; *Calamandrei* providencias cautelares; *Carnelutti* se refiere a un proceso cautelar; *Spota*, medidas cautelares; *Alsina*, medidas precautorias; *Reimundín*, medidas cautelares.

Estas medidas- dice *Chiovenda*-determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.

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.

Raúl Martínez Boto, autor argentino, 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 prima facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida...||

Por nuestra parte sostenemos que medida cautelar es aquella institución procesal que comprende tanto a la pretensión como a la decisión jurisdiccional con las cuales se busca garantizar la eficacia de la decisión final. Se materializa a través de opciones asegurativas, transformativas, conservativas y ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

¿La noción de medida cautelar se irradia a las diversas disciplinas procesales y puede considerarse como un instituto propio de la teoría cautelar?

Afirmamos que el concepto general de medida cautelar cubre todas las opciones procesales, sean estas penales, contenciosas administrativas, laborales, constitucionales, civiles, pretensiones no contenciosas e incluso meramente administrativas.

Se puede entonces afirmar que la medida cautelar es la institución principal de la teoría cautelar, porque en su acepción comprende tanto a la actividad del actor (acción y pretensión) como a la actividad de la judicatura (jurisdicción).

11. Presupuestos de la Medida Cautelar:

La adopción de una medida cautelar está supeditada a la concurrencia de determinadas condiciones o presupuestos específicos; estos son los siguientes:

1. Verosimilitud del derecho invocado (Fumus bonis iuris).

Fumus boni iuris traducido literalmente quiere decir humo de buen derecho, mas en su acepción semántica y jurídica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho como alta dosis de razonabilidad o la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón.

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. Esta actividad no está destinada a

producir certeza en el juez, sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal, razonable apariencia de que el solicitante de la medida litiga con razón, pues quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. No basta la simple afirmación de tal justificación, el actor debe aportar el suficiente caudal probatorio del cual se derive una apariencia de derecho a su favor, así como el peligro en la demora u otra razón justificable.

En toda actividad de cognición sumaria, como la desplegada para la expedición de una resolución cautelar, es previsible que sólo pueda determinarse la posibilidad o probabilidad de la existencia del derecho, no así la certeza del mismo. El actor no requiere probar la existencia del derecho subjetivo afirmado en el proceso principal, la norma exige que se acredite indicios de probabilidad o de apariencia de buen derecho.

Este presupuesto, en opinión de Silvia Barona Vilar, 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. Este fundamento responde al justo término medio entre la certeza que implica la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre propia de la iniciación de ese proceso. A este término medio es lo que se denomina verosimilitud.

Los medios probatorios anexados a la demanda constituyen el soporte de la exposición destinada a demostrar la existencia de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. “la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a la prueba anexada al pedido.”(art. 637ª del CPC). Sin embargo la propia norma citada otorga al juez la facultad de disponer excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo no mayor de cinco días, para que el demandante pueda “acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal” lo cual permitirá al solicitante fortalecer su propuesta probatoria, precisamente para acreditar la referida verosimilitud. Esta sin embargo es una facultad discrecional del juez que

será ejercida de acuerdo con la formación, y responsabilidad con la que ejerce el cargo.

Desde una perspectiva dinámica puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales. No se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales. Como muy bien precisa Piero Calamandrei

—La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solo cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad]].

Finalmente es preciso destacar que tratándose de procesos de ejecución, las medidas cautelares que se dictan para asegurar la ejecución forzada, no requieren de la acreditación del *fumus boni iuris* porque los títulos ejecutivos y de ejecución están impregnados de certeza presuntiva.

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

“La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”. Es deber de todo ordenamiento jurídico

prevenir la amenaza o la perpetración de un daño con ocasión de la petición y el otorgamiento de tutela judicial efectiva. Ello nos induce, a partir de la doctrina, establecer algunas precisiones sobre el concepto de daño y la noción de peligro.

El concepto de daño como concepto jurídico y, antes de todo, como concepto económico -*explica Ugo Rocco*- 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. Precisa seguidamente que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés. Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; en el derecho procesal no puede ser otra cosa que la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien o el sacrificio, o la restricción de un interés sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo o en la de un interés jurídico.

En tal sentido, el peligro en la demora, base de las medidas cautelares, es específicamente el peligro del ulterior daño que deriva del retardo de la decisión definitiva, a causa de la lentitud del proceso cognitorio o de ejecución. La imposibilidad material de acelerar el pronunciamiento de la sentencia definitiva es el fundamento de la obtención de la medida cautelar cuyo propósito es tornar inofensivo el daño que la referida lentitud genera. El *periculum in mora*, por consiguiente, implica la necesidad de evitar los riesgos que la duración del proceso principal genera, configurándose de ese modo un peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria.

Piero Calamandrei 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.||

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 última instancia, la existencia efectiva de *periculum in mora* es la verdadera causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar.

La condición general para el dictado de una medida cautelar es, el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho. Si el daño es o no en realidad inminente y jurídico, se determinará en la sentencia final. Por la misma razón la decisión cautelar puede ser revocada, modificada o confirmada.

El juez al calificar la demanda cautelar, realiza una actividad cognitoria sumarásima respecto a la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad del daño; examina si las circunstancias de hecho, a partir de las pruebas aportadas, dan fundado motivo para temer el evento dañoso; si el caso es urgente y, por lo tanto, deviene en impostergable amparar la pretensión cautelar. Es decir, no basta que el interés para obrar nazca de un estado de peligro y que la medida cautelar solicitada tenga la finalidad de prevenir un daño temido, sino que además que a causa de todo ello, el dictado de la medida cautelar revista carácter de urgencia.

El mismo tratadista italiano perfilando con nitidez la naturaleza y connotación de este presupuesto, concluye: —El llamado *periculum in mora* no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (*declaración de certeza de una situación peligrosa*). Puesto que se trata de una valoración subjetiva de la posibilidad o probabilidad de un daño, implica una previsión (previsibilidad del daño).||

El periculum in mora, determina la existencia y vigencia de las medidas cautelares, precisamente en atención a su condición de presupuesto esencial de aquellas; por tal razón, tratándose de pretensiones dinerarias, la medida cautelar puede ser sustituida por la garantía que el afectado ofrezca, o por el depósito del monto fijado en la medida. El fundamento de esta sustitución radica en el hecho de haber desaparecido el presupuesto cautelar del periculum in mora: conjurado el peligro desaparece el sustento de la tutela cautelar.

También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días.||

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

El otorgamiento de una medida cautelar, inexorablemente, genera una restricción de uno o más derechos fundamentales relacionados por lo general con el derecho de propiedad, derecho a la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, a la libertad de contratación, a la libertad individual y seguridad personal, entre otros. Sin embargo esta restricción debe justificarse en la necesidad de salvaguardar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso: la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica la intervención estatal jurisdiccional en el ámbito de derechos fundamentales. La decisión jurisdiccional cautelar por ello debe contener y ser la expresión de una correcta aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad.

12. Características de la Medida Cautelar:

➤ Instrumentalidad:

La instrumentalidad constituye el rasgo más importante del proceso en general porque su objeto es servir de medio para la actuación de la ley; no constituye un fin en sí mismo. Las medidas cautelares están siempre subordinadas al destino de la pretensión cautelarada, supeditadas al fallo definitivo incluso cuando se trate de ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

➤ **Provisionalidad:**

Según el Diccionario de la Lengua Española provisional es todo aquello “que se hace, se halla o se tiene temporalmente”. La provisionalidad es un atributo consustancial a las medidas cautelares porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron.

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 cualidad de provisoriedad dada a las medidas cautelares significa en esencia que los efectos jurídicos de éstas no sólo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que debe transcurrir entre el dictado de la medida cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

—La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.||

El carácter provisional de la medida y por ende del proceso cautelar se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil mediante el precepto siguiente: "Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al

titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito."(art.619° del CPC).

El carácter provisorio de una medida cautelar también se manifiesta en el hecho de que su rechazo no impide que pueda nuevamente ser solicitada en el mismo expediente cautelar o en el principal.

➤ **Variabilidad:**

Se encuentra regulada en el artículo 617° del Código Procesal Civil en los siguientes términos: "A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

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

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo."

También conocida como mutabilidad o flexibilidad se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida o sustituidas a solicitud del afectado.

Las medidas cautelares pueden estar sujetas a modificaciones antes de que se dicte la resolución principal, debido a la variación de las circunstancias concretas acaecidas con posterioridad a su dictado, siempre que la medida cautelar inicialmente dictada no sea la adecuada a la nueva situación fáctico- jurídica.

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.

Por ello, conforme a la dinámica del proceso, el desarrollo de las audiencias, si fuere el caso, la actuación de medios probatorios, entre otras circunstancias, determinan que la inicial apariencia del derecho invocado se intensifique o aminore, ello puede dar lugar a que se solicite la variación de la medida cautelar adecuándose así a la nueva situación del derecho controvertido. La expresión última de la medida cautelar, por esta razón, es independiente de la petición inicial.

➤ **Contingencia:**

Según el diccionario de la lengua española contingencia significa 1. Posibilidad de que algo suceda o no suceda. 2. Cosa que puede suceder o no suceder. 3. Riesgo.

Las medidas cautelares por su finalidad y naturaleza no están impregnadas del atributo permanencia, ésta es siempre un albur. Son dictadas fundamentalmente sobre la base de un juicio de probabilidad mas no de certeza; son dictadas por la existencia de un peligro inherente a la duración misma de los procesos cognitorios e incluso de ejecución. Estos soportes existenciales de las medidas cautelares pueden desaparecer en cualquier momento ya sea porque el peligro es contrarrestado con determinado tipo de garantía o porque la verosimilitud aparente es desbaratada vía impugnación en segunda instancia.

➤ **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. La funcionalidad de las medidas cautelares no es sino la proporcionalidad y adecuación de las mismas a los fines del proceso cautelado.

Anota *Javier Vecina Cifuentes*, profesor titular de derecho procesal de la Universidad de Castilla- La Mancha, que la potestad cautelar tiende a la consecución de un fin de relevancia constitucional, y a tal objeto se desenvuelve en una serie de actos procesales coercitivos que llegan con relativa frecuencia a limitar incluso derechos constitucionales de quienes a ella se encuentran sometidos. Por esta razón su ejercicio se encuentra informado y limitado necesariamente por la vigencia del principio de proporcionalidad por lo que una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

➤ **Jurisdiccionalidad:**

Por esta características debe asumirse que el dictado de medidas cautelares en un proceso está reservado con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales y no a otros servidores del poder judicial, ni a terceros; es decir, sólo pueden ser dictadas por un juez competente.

Sin embargo, lo señalado actualmente nos parece obvio y hasta redundante porque, en efecto, la jurisdiccionalidad es una de las manifestaciones propias de la función jurisdiccional en general, luego no podría afirmarse que ésta es atributo de las medidas cautelares. Su fundamento, empero, radicaría en las seguridades y garantías que en sus orígenes debía darse a esta forma especial de tutela, para evitar que otros funcionarios de Estado o terceros, incurrieran en arbitrariedad.

El desarrollo de disciplinas como el derecho constitucional, el derecho administrativo, los procesos constitucionales y el procedimiento administrativo, han determinado que el otorgamiento de tutela cautela, en la actualidad, sea normado bajo una visión omnicompreensiva como

potestad de estado y no limitarse únicamente a la función estatal jurisdiccional.

13. Tramitación: ¿Inaudita Altera Pars?

Con la promulgación de la ley 29384 vigente desde el 29 de junio de 2009 se ha introducido trascendentales cambios en la tramitación de las medidas cautelares, entre otros, cabe destacar, la eliminación práctica del procedimiento inaudita altera pars, así como la introducción de la oposición a la medida cautelar.

Veamos:

El texto que motiva nuestro comentario es el siguiente: “La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.” (Artículo 637° del CPC).

a) Si “la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud” puede inferirse que se mantiene la tramitación inaudita altera pars; sin embargo, si en el siguiente párrafo se dispone que —Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un

plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar” resulta coherente concluir que el afectado tuvo conocimiento de la existencia de la resolución cautelar, ¿cómo? ¿en qué momento?

b) El texto anterior, vigente hasta el 28 de junio de 2009, mantenía la tramitación inaudita altera pars expresamente hasta el término de la ejecución o acto inmediatamente posterior, momento en el cual se notificaba al afectado, quien recién podía apersonarse al proceso e interponer apelación, que era concedida sin efecto suspensivo. La medida cautelar se admitía y ejecutaba sin audiencia previa del afectado.

c) Con la modificación introducida, la precisión sobre el momento de notificación del auto cautelar se ha desvanecido; si la norma señala que una vez dictada la medida el afectado puede formular oposición, cabe preguntarse: ¿cómo toma conocimiento de la existencia de la medida cautelar? ¿se le debe notificar el auto cautelar? ¿toma conocimiento al ejecutarse la medida cautelar o al intentarse su ejecución? estas preguntas no tienen respuesta en la ley.

d) Además, la norma dice que el afectado puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, pero...¿ cuál es el hecho o acto a partir del cual se computa el plazo de cinco días para formular oposición? ¿cómo acreditarlo con certeza? ¿Qué parámetros consideraría el juez para desestimar la oposición por extemporánea?

e) La eliminación del momento a partir del cual se notificaba la resolución cautelar obedecería a la necesidad de posibilitar su cuestionamiento desde momentos anteriores a su cumplimiento o ejecución para evitar así la perpetración de medidas cautelares maliciosas y arbitrarias. Empero, si esta fuera la motivación, habría sido preferible regular expresamente que las medidas cautelares se notificarán al afectado sin perturbar su ejecución o cumplimiento; estableciendo así como regla la audiencia del afectado y como excepción la tramitación inaudita altera pars, tal como lo hacen el código de procedimiento civil de Brasil y la Ley de Enjuiciamiento

Civil de España. En este contexto de evidente vaguedad normativa, resulta positivo el hecho de haberse precisado que la oposición no suspende la ejecución de la medida.

14. Caducidad de la Medida Cautelar:

Art. 636 CPC: medida cautelar fuera de proceso.

"Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación."

La caducidad genera la pérdida de eficacia de un derecho; puede también afirmarse que es una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Si la medida cautelar fue ejecutada, pierde eficacia como sanción, en los casos siguientes:

Primer caso: caduca la medida cautelar si no es interpuesta la demanda principal dentro del plazo de los diez días posteriores a la ejecución de la medida cautelar. En este caso la interposición de la demanda principal no está supeditada al requisito de la conciliación previa.

Segundo caso: la interposición de la demanda principal exige el trámite de la conciliación previa por consiguiente el plazo de los diez días se computa a partir de la culminación del procedimiento conciliatorio y no de la ejecución de la medida cautelar. Caduca la medida cautelar si la demanda principal

no es interpuesta dentro de los diez días de la culminación del procedimiento conciliatorio.

Tercer caso: Caduca la medida cautelar si la demanda principal es rechazada liminarmente. No existe la posibilidad de subsanación de nada, sólo cabe la apelación del auto de improcedencia. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

El rechazo liminar de la demanda es la declaración judicial de improcedencia por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales, advertida en el umbral del proceso.

Cuarto caso: Caducidad por rechazo de la demanda y archivo del expediente. La inadmisibilidad inicial y transitoria de la demanda puede ser superada con la subsanación de las omisiones o defectos advertidos por el Juez; por tanto esta inadmisibilidad no provoca la caducidad de la medida cautelar.

Quinto caso: La falta de conclusión del proceso principal luego de haber transcurrido cinco años de ejecución de la medida. Art. 625° CPC: “En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral.”

Con excepción de los dos casos anteriores, las medidas cautelares ejecutadas conforme al código procesal civil vigente no se extinguen por el transcurso del tiempo, salvo su cancelación dispuesta por el órgano jurisdiccional.

15. Cancelación de la Medida Cautelar:

"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 cancelación de la medida cautelar, a diferencia de la caducidad, es la consecuencia jurídico-procesal del pronunciamiento desestimatorio del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión principal.

Pese a que la norma dispone que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, en la realidad la cancelación no opera automáticamente: el Juez al expedir sentencia que declara infundada la demanda no dispone de oficio la cancelación de la medida cautelar, luego la práctica dice que tal cancelación debe ser solicitada por el afectado y el juez la debe declarar sin previa citación de la parte contraria.

Colocándonos en otro supuesto, tenemos el caso relacionado con la apelación del auto cautelar y el amparo de la pretensión impugnatoria por el superior. Pues bien, la revocatoria del auto cautelar por el superior, en este caso no constituye cancelación de medida cautelar, sino de una extinción porque el pronunciamiento del superior no sería consecuencia de la desestimación de la demanda vía revocación de la sentencia de mérito, sino un pronunciamiento expreso sobre la decisión cautelar en sí misma.

¿Qué sucede si el juez declara, excepcionalmente, improcedente la demanda?

La consecuencia es la misma, la medida cautelar debe ser cancelada puesto que si no es posible emitir una sentencia de fondo por la ausencia de algún presupuesto procesal que no permite validar la relación procesal, entonces, resulta absolutamente lógico que no pueda mantenerse la medida cautelar. Un razonamiento más simple es el siguiente: si la medida cautelar queda cancelada por una sentencia desestimatoria con mayor razón tendría que caer por una de improcedencia.

Sin embargo, hay quienes a partir de un razonamiento aparentemente lógico y formal sostienen que la medida cautelar queda cancelada, aunque

aquella hubiere sido impugnada solo si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, entonces, luego, ante una sentencia que declara improcedente la demanda concluyen que no puede cancelarse la medida cautelar. Este razonamiento parte de una aparente consistencia formal normativa o fáctica, siendo que en esencia contiene una hipótesis falsa por lo que la conclusión solo puede ser falsa. Mediante la técnica argumentativa por reducción al absurdo tal razonamiento es refutado categóricamente para ello tiene que considerarse la finalidad de las medidas cautelares, los presupuestos para su otorgamiento y la naturaleza de una sentencia inhibitoria.

16. Clasificación de la Medida Cautelar:

La clasificación de las medidas cautelares es una tarea complicada y difícil por motivos diversos como por ejemplo la falta de uniformidad en la doctrina que las clasifica y aun en su concepción; la dispersión y omisión de muchas de ellas en leyes vigentes y la diversidad de medidas cautelares.

Son muchas las variables que pueden ser tomadas en cuenta a efectos de clasificar a las medidas cautelares, entre estas cabe mencionarse a las siguientes: *La oportunidad en que son dictadas, la iniciativa para su dictado, la finalidad perseguida, y la regulación normativa.*

1. Según la oportunidad:

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas y dictadas antes de iniciarse el proceso principal o cautelado, por lo que puede afirmarse válidamente que están dotadas de autonomía procedimental. Nuestro Código Procesal Civil (art.635º) erróneamente las denomina —medidas fuera de proceso||. De otro lado, tenemos a las medidas cautelares solicitadas conjuntamente con la demanda o con posterioridad.

2. Según la iniciativa para su dictado:

Las medidas cautelares, en aplicación del principio dispositivo (*nemo iudex sine actore*), son dictadas a iniciativa de parte, esta es la regla. Sin embargo, en determinadas situaciones, excepcionalmente, son dictadas por iniciativa del propio Órgano Jurisdiccional o del Ministerio Público como sucede en los casos sobre violencia familiar (ley 26269, artículo 7º) o en el de interdicción (artículo 683º del CPC).

3. Según su finalidad o efectos jurídicos.

Las medidas cautelares están condicionadas por el tipo de pretensión que cautelan. De acuerdo con esta variable las medidas pueden ser:

- **Asegurativas** cuando están destinadas a garantizar la ejecución de sentencias condenatorias; en nuestra legislación se denominan medidas para futura ejecución forzada: el embargo y el secuestro, la anotación de demanda puede incluirse en este grupo, no con mucha propiedad.
- **Conservativas** cuando tienden a evitar que el demandado, durante el desarrollo del proceso, modifique la situación de hecho o de derecho, precisamente, relacionada con la cuestión controvertida; en este grupo podemos mencionar a la medida no innovativa.
- **Anticipatorias o de ejecución provisoria** cuya finalidad es adelantar el resultado de la estimación de la pretensión, tratadas en nuestra legislación procesal civil como medidas temporales sobre el fondo.
- **Transformativas**, son aquellas medidas que se plasman en la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al momento de postular la pretensión cautelada; estas medidas también son conocidas como innovativas.

4. Clasificación normativa según el Código Procesal Civil.

➤ **Medida cautelar genérica.**

Se trata de medidas cautelares atípicas puesto carecen de regulación normativa propia y por consiguiente no se encuentran previstas, específicamente, en nuestro ordenamiento procesal civil, sin embargo son medidas que se puede solicitar y conceder teniendo como única condición que aseguren del modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva.

El legislador nacional, siguiendo los modelos procesales de países vinculados a nuestro sistema procesal ha regulado un poder cautelar general tanto para el solicitante como para el juez en virtud del cual el actor puede solicitar medidas cautelares no comprendidas entre las formas específicas. En efecto, el juez está dotado de la facultad para amparar la medida atípica solicitada o dictar otra de igual naturaleza, esta facultad jurisdiccional está contenida en el artículo 629 del 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.*"

➤ **Medidas cautelares específicas.**

Más que específicas son medidas cautelares nominadas y típicas: poseen una denominación asignada por el legislador y tienen regulación normativa propia. Estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo a determinadas variables.

Las medidas cautelares específicas normadas en nuestro ordenamiento procesal civil son las siguientes:

1. Medidas para futura ejecución forzada:

1.1. Embargo: (en forma de depósito, retención, inscripción, intervención en información y en recaudación y administración).

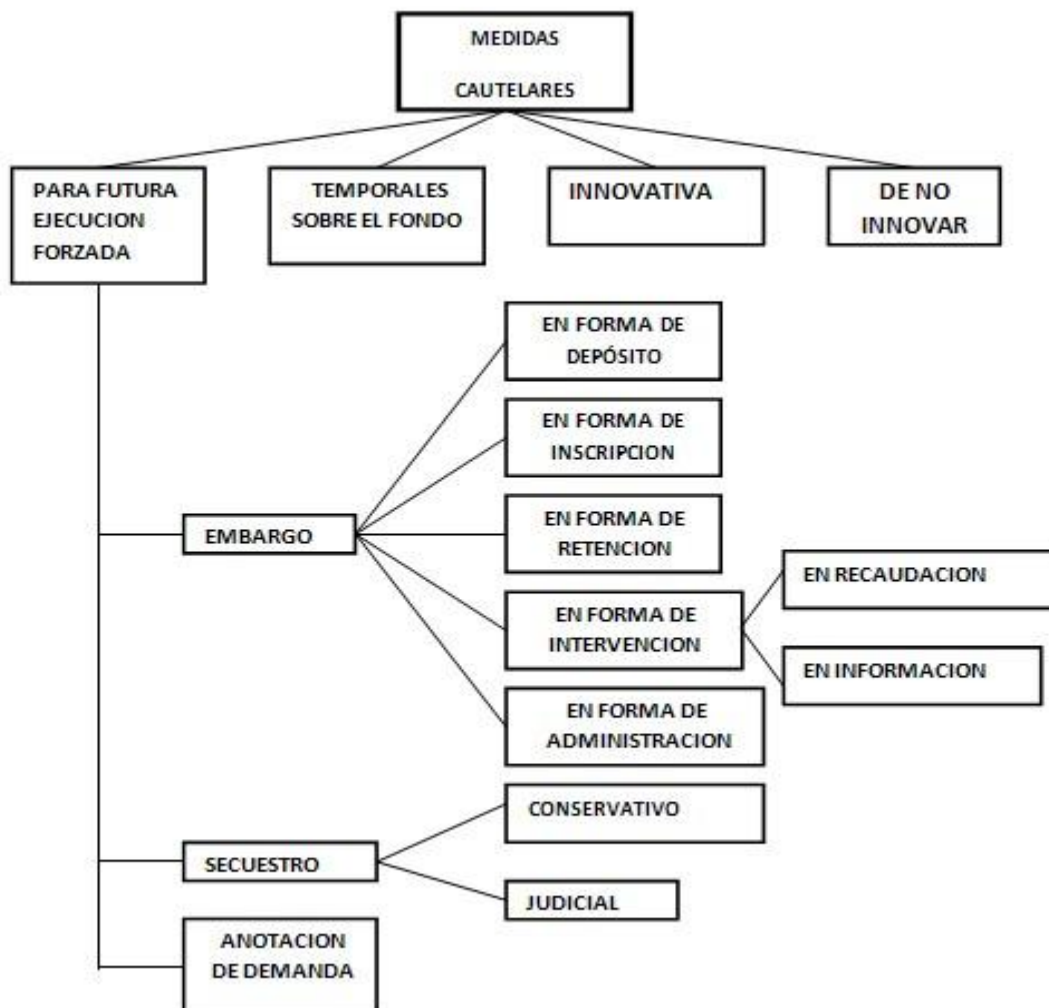
1.2. Secuestro: judicial y conservativo.

1.3. Anotación de demanda.

2. Medidas temporales sobre el fondo.

3. Medidas innovativas.

4. Medida de no innovar.



A continuación presentamos algunas clasificaciones propuestas por connotados procesalistas:

A) Clasificación propuesta por Piero Calamandrei:

Dice este autor que la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, cabe reducir a cuatro tipos cuya esquemática reseña puede contribuir a facilitarnos un criterio para la clasificación sistemática de estas providencias."

a.1) Providencias instructorias anticipadas.

—Con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de provenir el periculum in mora inherente al procedimiento ordinario eventual.||

En nuestra legislación vigente no están consideradas como medidas cautelares, sino reguladas como prueba anticipada que, sin embargo, no dejan de tener un propósito cautelar genérico: prevenir un eventual daño probatorio.

a.2) Providencias para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada.

Estas medidas impiden la dispersión de los bienes que pueda ser objeto de la ejecución forzada. Son medidas de aseguramiento de la futura ejecución forzada. —El carácter instrumental de estas providencias

expresamente puesto de relieve por otras legislaciones en la que se habla en cuanto a ellas de aseguramiento de la futura ejecución forzada, aparece también en nuestro derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidas en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia.||

Son las típicas medidas cautelares para futura ejecución forzada que en nuestra legislación son el embargo, el secuestro y la anotación de demanda.

a.3) Providencias mediante las cuales se decide interinamente:

Son providencias cautelares por las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva.¹⁰⁷ Señala como casos típicos de estas medidas las denuncias de obra nueva y de daño temido.

En nuestra legislación, bajo este rubro de providencias cautelares pueden ser incluidas las medidas temporales sobre el fondo e incluso las innovativas.

a.4) Providencias cuya finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución.

Son aquellas providencias que se materializan en la prestación de una caución por el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Es la condición impuesta por el Juez para la ejecución de la providencia cautelar solicitada, funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada.

Estas providencias cautelares están reguladas en nuestra legislación como contracautela y en otras legislaciones se mantienen como caución, fianza o garantía.

B) Clasificación propuesta por Zanzuchi.

b.1) Medidas destinadas a asegurar un estado de hecho, con miras a la futura cognición o ejecución.

b.2) Medidas que tienden a dar satisfacción anticipada al derecho controvertido, actuados después carecerían de oportunidad.

b.3) Medidas destinadas a asegurar, preventivamente la igualdad en que las partes deben estar colocadas en el proceso o a mantener la situación que deben gozar por el hecho de estar en posesión de la cosa que ha de discutirse, o a rectificar, por razones de interés social, aquella que, en último término, podría redundar en perjuicio de una de las partes.

C) Clasificación propuesta por Ramiro Podetti:

c.1) Medidas para asegurar la ejecución.

c.2) Medidas conservativas o asegurativas genéricas.

c.3) Medidas cautelares sobre pruebas.

c.4) Medidas cautelares sobre las personas.

c.5) Medidas cautelares para satisfacer necesidades urgentes.

CONTRACAUTELA

17. Concepto:

La contracautela es una garantía procesal destinada a asegurar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar, ante la posibilidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela, sustentada en el principio de igualdad, se constituye en el contrapeso de la expedición de la medida cautelar sin audiencia de la parte afectada, sin contradicción inicial.

Así como el peligro en la demora del proceso principal autoriza el dictado de la medida cautelar, de la misma manera el peligro emergente del eventual desamparo de la demanda y con ello la cancelación de la medida cautelar son las razones que autorizan el dictado de la contracautela. La mora procesal no solo es generadora de riesgo para el demandante, también lo es para el demandado afectado con la medida.

La verosimilitud del derecho invocado es sólo probabilidad y no certeza. La verosimilitud del derecho invocado por consiguiente no sólo implica posibilidad de amparo de la pretensión principal sino también posibilidad de su desamparo.

Citamos a continuación a algunos autores cuyas formulaciones conceptuales sobre la contracautela son coincidentes con algunos matices diferenciadores.

Giuseppe Chiovenda 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.

Piero Calamandrei, 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. Funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podría surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquél contra quien ha sido ejecutada.

A su turno, el procesalista argentino **Ramiro Podetti**, a partir de los estudios pioneros de la escuela italiana, explica que la contracautela se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actual, y al demandado la

efectividad del resarcimiento de los daños si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse, tal es la opinión de Ramiro Podetti.

La contracautela **Raúl Martínez Botos**, 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".

18. 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.

19. NATURALEZA:

La contracautela es una garantía procesal por tener finalidad resarcitoria suspensiva mas no un presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar. Es resarcitoria porque está destinada a garantizar la eficacia una pretensión indemnizatoria eventual cuyo monto oportunamente tendría que ser determinado y fijado previo traslado a la otra parte. 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.

El auto cautelar en el que se fija la contracautela no tiene naturaleza ejecutiva, su naturaleza es constitutiva mero declarativa y su finalidad es resarcitoria. Tiene naturaleza ejecutiva el auto en el que, finalmente, se

fija el monto a pagar por concepto indemnizatorio, monto que no siempre coincide con la suma ofrecida y fijada genéricamente por el auto cautelar.

La frase —En caso de ejecución de la contracautela...|| contenida en el penúltimo párrafo del artículo 613° del CPC contiene un inaceptable error que colisiona con la finalidad asignada a la contracautela. Es error porque no puede ejecutarse lo que no constituye aún una obligación ejecutiva ni el documento que la contiene tiene la calidad de título ejecutivo. No debemos olvidar que lo fijado como contracautela sólo es el límite máximo para la finalidad resarcitoria mas no es aún un monto determinado, líquido, ni cierto como monto indemnizatorio; esta cantidad tiene que ser fijada previo traslado a la otra parte.

¿En qué momento lo fijado como contracautela se convierte en obligación ejecutiva y cuál es la resolución que adquiere la calidad de título ejecutivo?

La desestimación de la demanda y con ello la cancelación de la medida cautelar es la condición suspensiva para la vigencia efectiva de la contracautela. En consecuencia, producida la condición se produce un viraje completo en el curso del proceso. El antes afectado con la medida cautelar ahora pasa a la ofensiva: postula su pretensión resarcitoria, en el mismo cuaderno cautelar y ante el mismo juez que dispuso la medida quien en salvaguarda del debido proceso corre traslado a la otra parte (antes titular de la medida) luego de absuelto este trámite o en rebeldía, el Juez resuelve lo conveniente, fijando el monto a pagar como indemnización por el daño causado; esta resolución al adquirir la calidad de firme se convierte en título ejecutivo por contener, esta vez sí, una obligación cierta, expresa, exigible y líquida. Véase que no es el auto cautelar el que finalmente asume la calidad de título ejecutivo sino un auto distinto en el que se fija el monto definitivo de la indemnización.

20. 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 regla y condición para la admisibilidad amparo y ejecutoriedad de la medida cautelar es que ésta se encuentre suficiente y adecuadamente garantizada por una contracautela; sin embargo, existen situaciones colocadas fuera de esta exigencia. Los fundamentos de estas excepciones son los siguientes:

1. Presunción de solvencia económica.

Los Poderes: Legislativo, Ejecutivo, judicial, los Órganos Constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de ofrecer contracautela porque se presume su solvencia económica al estar respaldada por el Presupuesto General de la República.

Queda establecido que esta exoneración sólo alcanza al Estado a través de sus diversos órganos y expresiones constitucionales autónomas. Las personas individuales o colectivas de derecho privado no están comprendidas dentro de esta excepción.

El fundamento de este tratamiento privilegiado para el Estado y sus instituciones públicas, como lo señalamos precedentemente, está basado en una presunción de orden financiero: el Estado es titular del presupuesto público y del patrimonio de la nación. No obstante, en la realidad, el Estado no es precisamente el mejor cumplidor de las disposiciones emanadas de una decisión judicial.

2. Presunción de insolvencia económica

Está exceptuado de prestar contracautela a quien se ha concedido auxilio judicial (art.614° cpc). Este beneficio se concede a las personas individuales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso ponen en peligro su

subsistencia y la de quienes de ellas dependen. El auxilio judicial está regulado en los artículos 179° a 187° del código procesal civil.

El auxilio judicial puede solicitarse antes o durante el proceso, quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud.

3. *Presunción de veracidad del derecho invocado*

Conforme lo dispone el artículo 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.”

El escenario al que alude la norma es el de un proceso de cognición, único de ejecución e incluso no contencioso seguido hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, sin contar con el respaldo o garantía de una medida cautelar. La obtención de sentencia favorable otorga certeza a la demanda, por tanto a la pretensión discutida, luego, carece de objeto ofrecer contracautela al solicitar determinada medida cautelar; por igual razón deviene en innecesaria la exposición de los fundamentos de la pretensión. Se presume que el derecho cuya ejecución se pretende cautelar es cierto y veraz, aunque sea transitoriamente, por consiguiente, se presume igualmente que la ejecución de la medida cautelar no causará daño alguno al demandado vencido.

21. CLASES:

El sustantivo caución, que significa precaución o prevención, tiene, en el derecho, el significado específico de seguridad que da una persona a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado; bajo estas consideraciones semánticas y doctrinarias la caución entendida como precaución o prevención puede tomarse como expresión sinónima de contracautela y puede ser de naturaleza real o personal.

La contracautela, cualquiera sea la forma que adopte es siempre de cargo exclusivo del demandante porque es quien la ofrece, aunque la prestación sea pagada por un tercero: la responsabilidad en el proceso corresponde al demandante.

➤ **Contracautela real**

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

Este tipo de contracautela alude específicamente a los derechos reales de garantía y entre estos a la hipoteca; los bienes sobre los cuales se constituye el derecho real de garantía constituyen el sustento del eventual resarcimiento. Los demás derechos reales de garantía no resultan idóneos para este propósito.

El propietario del bien hipotecado puede ser el titular de la medida cautelar o un tercero ajeno a la relación procesal o sustantiva. En este último caso, el tercero afecta su patrimonio para garantizar los eventuales perjuicios que la medida cautelar obtenida por el demandante pueda generar ante el desamparo de su demanda en el proceso principal.

➤ **Contracautela personal**

Con relación a la contracautela de naturaleza personal sostenemos que es aquella caución constituida por una promesa de pago dinerario. La norma procesal civil solo alude a una forma: la caución juratoria. En efecto, el tercer párrafo del artículo 613° del CPC señala 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".

No obstante, la contracautela de naturaleza personal, desde una perspectiva civil y procesal civil presenta dos modalidades.

- **Contracautela personal de realización cierta**

Es la que se encuentra contenida en un título que puede ser un certificado de depósito o una fianza. El ofrecimiento de una u otra forma exonera al demandante del requisito de la legalización de firma y en ambos casos el monto debe ser igual o superior al monto de la medida cautelar que se solicita. Sin embargo ello no releva al juez de precisar, oportunamente, la magnitud los daños y perjuicios causados, en una articulación procesal sumarásima.

El procedimiento de contratación de la fianza no es un tema procesal, puesto que el Código Procesal Civil no establece cual es la forma de su constitución, pero sí la forma de su ofrecimiento que en esta caso es propiamente la presentación del documento en el que consta la fianza, debe presentarse conjuntamente con la demanda cautelar y como es obvio, no requiere de legalización de firma ante el secretario del juzgado.

- **Contracautela personal de realización incierta: la caución juratoria.**

Es aquella cuya realización no se encuentra suficientemente garantizada, debido a que está constituida exclusivamente por la promesa de pago bajo juramento que efectúa el demandante, teniendo como única formalidad la legalización de su firma ante el funcionario judicial autorizado. Esta contracautela recibe el nombre de caución juratoria.

La caución juratoria se constituye en el expediente con la solicitud de la medida cautelar y consiste en la declaración que hace el demandante, bajo juramento, que se responsabiliza de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada su demanda.

La tendencia moderna en la materia, según *Podetti*, es eliminar la caución juratoria, porque implica sólo una promesa de responder por los posibles daños y se remite a los bienes de quien la otorga, como prenda común de

sus acreedores. Dado su fin y la naturaleza de contrapartida de una medida cautelar sobre bienes, parece equitativo que la contracautela sea más sólida, agregando la responsabilidad de un tercero o afectando bienes determinados de quien la otorga, como sucede en la cautela convencional.

CONCLUSIONES

En el ámbito nacional, la doctrina cautelar aún está por elaborarse, sin que ello signifique negar importantes, pero aislados esfuerzos académicos desplegados hasta hoy. La legislación nacional es incongruente e insuficiente en muchos aspectos lo que dificulta el accionar de la judicatura y de los justiciables; desde otra perspectiva, esta situación es una variable que da lugar a situaciones patológicas que desacreditan las ventajas de esta tutela preventiva, y al mismo tiempo, atenta contra la respetabilidad de la función jurisdiccional. Además de lo señalado, son situaciones problemáticas específicas que han motivado el presente estudio, las siguientes: Las graves implicancias de la tramitación inaudita altera pars de las medidas cautelares cuando éstas son dictadas sin la adecuada ponderación e inconcurrencia de los demás presupuestos constitutivos; los propósitos preventivos de la tutela cautelar, en este escenario, se convierten en instrumentos de lesión y agravio. Debe destacarse además que el tratamiento de este tema en la legislación comparada no es homogéneo. Del mismo modo, se configura como una situación problemática, la poca relevancia que en sede jurisdiccional se otorga a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, siendo el uso desproporcionado de la caución juratoria la evidencia más clara de tal actitud, requiriéndose por consiguiente la urgente la adopción de decisiones legislativas orientadas a replantear la temática contracautelar.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio: El procedimiento civil en el Perú.
2. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: Proceso, autocomposición y autodefensa.
3. ARIANO DEHO, Eugenia: Problemas del proceso civil.
4. ALVARADO VELLOSO Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal.
Derecho procesal contemporáneo: El debido proceso (obra colectiva)
5. ALLORIO Enrico: Problemas del Derecho Procesal.
6. ALSINA Ugo. Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.
7. ALZAMORA VALDEZ Mario: Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso.
8. ARAZI Roland. Derecho Procesal Civil y Comercial.
9. ARIANO DEHO Eugenia: El Proceso de Ejecución.
10. AZULA CAMACHO, Jaime: Manual de Derecho Procesal Civil Ts. 1, 2, 3.
11. BARRIOS DE ANGELIS Dante: Introducción al estudio del proceso.
12. BAPTISTA DA SILVA Ovidio Araujo: Teoría de la acción cautelar.
13. BETTI, Emilio: Teoría general de las obligaciones. Ts. I, II.
14. BLOSSIERS MANZINI Juan José y. CALDERÓN GARCÍA Sylvia B: Delitos Informáticos.
15. BOBBIO NORBERTO: Teoría general del derecho
16. BRISEÑO SIERRA Humberto: Derecho procesal Ts. I, II

17. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo.
18. BÜLOW OSCAR V: Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales.
19. CABALLO ANGELATS, Lluís: La Ejecución Provisional en el Proceso Civil
20. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: Derecho a la intimidad.
21. CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús. El embargo
22. CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias
Cautelares. Instituciones de Derecho
Procesal Civil.
23. CALDERON CUADRADO, María Pía: Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil.
24. CAPPELLETTI MAURO / GARTH BRYANT: El acceso a la justicia. La oralidad y las pruebas en el proceso civil.
25. CARRASCO DURÁN Manuel: Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales.
26. CARBALLO PIÑEIRO, Laura. Ejecución de condenas de dar.
27. CARNELUTTI Francesco. Sistemas de Derecho Procesal Civil. Instituciones del Proceso Civil.
28. CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil.
29. CLARIA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal, T.II.
30. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: Derecho Familiar Peruano.
31. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio
32. COUTURE Eduardo: Derecho Procesal Civil. Fundamentos del Derecho
Procesal Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil
Ts. I,II, III. CUETO RÚA Julio César: El common Law.
33. CHIOVENDA Guiseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Principios de

Derecho Procesal Civil.

34. DE LA PLAZA Manuel. Derecho procesal civil.

35. DE LA RÚA Fernando: Teoría General del Proceso.

36. DE LOS SANTOS Mabel: Medida autosatisfactiva y medida cautelar, publicado en Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002.