



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# ¿ES ADECUADA LA AUSENCIA DE CONTRADICTORIO PREVIO PARA LA CONCESIÓN DE TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO?

Mónica Tejero-Montero

Lima, Junio de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Programa Académico de Derecho

Tejero, M. (2014). *¿Es adecuada la ausencia de contradictorio previo para la concesión de tutela cautelar en el ordenamiento peruano?* Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA  
Facultad de Derecho

**“¿ES ADECUADA LA AUSENCIA DE  
CONTRADICTORIO PREVIO PARA LA  
CONCESIÓN DE TUTELA CAUTELAR EN EL  
ORDENAMIENTO PERUANO?”**

Tesis que presenta la Bachiller Mónica Carolina Tejero  
Montero para optar el título de Abogado, dirigida por la Dra.  
Mercedes Herrera Guerrero

PIURA, JUNIO DE 2014

**A mis padres: Juan y Graciela.**

**Da tu primer paso ahora. No es necesario que veas el camino completo, pero da tu primer paso. El resto irá apareciendo a medida que camines.**

***Martin Luther King, Jr.***

**Mi agradecimiento a la Dra. Mercedes Herrera Guerrero  
por la dirección de este trabajo.**

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
I. STATUS QUAESTIONIS: LA AUSENCIA DE BILATERALIDAD COMO CONSTANTE EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	
1. Panorama general.....	iv
CAPÍTULO I: LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	
1. REGULACIÓN CAUTELAR:.....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
2. Antecedentes normativos y regulación actual.....	2
2. TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR:	
2.1. Planteamiento general.....	4
2.2. Presupuestos de las medidas cautelares.....	7
2.3. Principales características del proceso cautelar....	10
2.4. Contenido de la decisión cautelar.....	17

CAPÍTULO II: LA TUTELA CAUTELAR COMO FORMA DE TUTELA ESPECIAL

1. La tutela cautelar como derecho fundamental.....	23
2. La tutela cautelar como forma de tutela jurisdiccional.....	27

CAPÍTULO III: INAUDITA PARTE CARACTERÍSTICA PROPIA DEL PROCESO CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

1. Inaudita parte: ¿característica necesaria para la eficacia de la concreción de la medida cautelar?.....	33
2. Inaudita parte: ¿vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional? .....	42

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA REGLA DE LA AUSENCIA DE CONTRADICTORIO

1. Argumentos a favor.....	51
2. Argumentos en contra.....	57

CONCLUSIONES GENERALES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	67



## INTRODUCCIÓN

El tema de la tutela cautelar es un asunto de gran importancia en materia de tutela jurisdiccional, en tanto se constituye como aquel instrumento que permite satisfacer en el tiempo más breve aquella necesidad de justicia connatural al hombre.

En Perú a raíz de la promulgación y puesta en vigencia, a partir del 28 de julio de 1993, del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 7 68, se ha producido una positiva evolución del derecho procesal civil en materia cautelar.<sup>1</sup>

Dentro de esta positiva evolución del derecho procesal civil, se encuentra el proceso cautelar y las medidas cautelares que se incorporaron en dicho código como aquella forma de tutela por la cual el juzgador a través de la realización de un procedimiento sumario y expeditivo emite una decisión que garantiza provisoriamente el cumplimiento de la sentencia.

La tutela cautelar así prevista, al postergar el derecho de contradicción o bilateralidad, evita que se tornen ilusorios los derechos del accionante, cuando el afectado una vez notificado con la medida intente actos que frustren la medida cautelar interpuesta haciéndola ineficaz.

El punto de ausencia de bilateralidad o contradicción en la tutela cautelar, es el tema que abordaré a lo largo del presente trabajo, planteando como cuestión principal si es adecuado o no la ausencia de esta característica en el trámite del procedimiento cautelar que nació así en nuestro ordenamiento operando como regla, que a diferencia de

---

<sup>1</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. Palabras de Introducción al libro *El proceso cautelar*. Grijley, 2da edición, Lima, 2005.

otros ordenamiento -llamémoslos así- “normales” la relación regla-excepción es al revés.

La ausencia de bilateralidad en el trámite cautelar, es un tema que ha originado una intensa discusión en nuestra doctrina, la misma que expone argumentos a favor y en contra, que serán analizados en el presente trabajo de investigación, con la finalidad de hallar soluciones novedosas que justifiquen una respuesta personal al tema que titula esta tesis.

De este modo realizaré una descripción previa del panorama general que se presenta en nuestro ordenamiento, y resaltaré los aspectos más importantes sobre esta estructura planteando además las principales discusiones que se han presentado en la doctrina nacional.

En este sentido en el primer capítulo: haré una breve enfoque de la evolución histórica de las medidas cautelares y también haré alusión a las principales modificaciones sobre esta materia. Asimismo este capítulo está referido a la descripción del trámite cautelar en general, en el cual desarrollo los presupuestos para su concesión, principales características, y el contenido de la decisión cautelar.

En el segundo capítulo: desarrollaré el tema de la tutela cautelar desde un enfoque constitucional al tratarlo como un derecho fundamental y como una forma de tutela jurisdiccional.

En el tercer capítulo: Analizo la estructura inaudita parte del procedimiento cautelar, y desarrollo los principales aspectos que brotan de esta característica, esto es, si es necesaria para la eficacia de la concreción de la medida cautelar y si vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional, de modo que al esbozar estos argumentos intento justificar la regulación de este trámite.

En el cuarto capítulo: ahondaré sobre los argumentos expuestos por la doctrina nacional sobre la regulación de esta estructura, tanto de los que están a favor, como de los que están en contra.

Finalmente procederé a exponer a las conclusiones a las que he llegado a través del presente trabajo de investigación.

Cabe precisar que el análisis realizado en el presente trabajo de investigación, no se agota en una reflexión de carácter procesal civil, sino que a la vez he intentado realizar consideraciones de carácter constitucional que refuercen y justifiquen mi postura a favor del trámite inaudita parte.

# STATUS QUAESTIONIS: LA AUSENCIA DE BILATERALIDAD COMO CONSTANTE EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.

## 1.- Panorama general

El contradictorio es un derecho esencial para la existencia de un proceso, constituyéndose como una garantía de carácter procesal constitucional<sup>2</sup>, que faculta por un lado al sujeto de derecho emplazado a involucrarse en el proceso teniendo la posibilidad de enfrentar la pretensión que se le opone, contradiciéndola, atacándola o en todo caso reconociéndola (vía allanamiento)<sup>3</sup>.

Asimismo esta garantía, posibilita al juzgador jurídica y fácticamente a citar, oír y juzgar mediante prueba eficiente y evidente a las partes que se aproximan al proceso judicial, concediéndoles los mismos derechos, facultades y oportunidades durante todo el desarrollo del debate<sup>4</sup>.

Al otorgársele, dentro del Derecho Procesal el rango de principio; el contradictorio necesariamente debe estar presente durante todo el desarrollo del proceso y en todos los actos que realicen las partes. Sin embargo, al igual que todos los principios que informan el proceso, éste no se manifiesta de modo similar, ni tienen la misma significación en todos los supuestos ni en todas las etapas del proceso<sup>5</sup>.

Una de las excepciones al principio del contradictorio se origina precisamente en el ámbito del procedimiento cautelar, ya que nuestro ordenamiento permite se expidan medidas cautelares sin previa audiencia de la contraparte, esto es, sin necesidad de que el juez tenga en consideración

---

<sup>2</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad, Lima, 2002, p 132.

<sup>3</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Idemsa, 1era Edición, Lima, 2009, p 44.

<sup>4</sup> Vid. MONROY PALACIOS JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 132-133.

<sup>5</sup> Vid. *Ibíd*em, p 133.

los fundamentos que pueda aducir el afectado para que se ordene una decisión contraria al pedido cautelar<sup>6</sup>.

Como explicaré más adelante, esta excepción no constituye una vulneración al contradictorio sino una mera restricción temporal a su vigencia, ya que en nada afecta el principio en cuestión, porque habrá un juicio posterior de plena cognición en aras de proporcionar la efectividad y no desnaturalizar la esencia de este tipo de proceso<sup>7</sup>.

Este procedimiento que realiza el juzgador, característico del procedimiento cautelar, por el cual el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria, es lo que se conoce como reserva o inaudita altera parte, por el cual el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitir intervención alguna (se suspende el principio de contradicción), tomando conocimiento únicamente el afectado cuando la medida cautelar esté ejecutada<sup>8</sup>.

Respecto a esta reserva que ha mantenido la misma redacción desde sus orígenes<sup>9</sup>, se ha discutido mucho y probablemente se seguirá discutiendo sobre si esta característica es adecuada o no y si debe seguirse regulando de ese modo en nuestro procedimiento cautelar. Quienes están en contra de la actual regulación del Código, manifiestan que se priva del derecho de defensa o de

---

<sup>6</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. 2002, op. cit., p 133.

<sup>7</sup> Vid. PEYRANO, JORGE. *El proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1978, p 155-156.

<sup>8</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 14.

<sup>9</sup> Esta redacción es la introducida por el Decreto Ley N° 25940, del 11 de diciembre de 1992, modificando la original en el CPC, es decir, la promulgada por el D. Leg. N° 768, publicado el 04 de marzo de 1992, cuya transcripción en el primer párrafo del artículo 637 decretaba: "La resolución cautelar se dicta y ejecuta sin conocimiento de la parte afectada, en acto de realización inmediata que asegure la efectividad de la ejecución". Vid. ARIANO DEHO, EUGENIA. ¿"Un cautelar renovado"? entre los ajustes y temas pendientes. *Manual de Actualización Civil y Procesal Civil*, Lima, 1era edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 23.

contradictorio facilitándose la arbitrariedad de las decisiones<sup>10</sup>.

Por otro lado, otros autores, como Juan Monroy Gálvez<sup>11</sup>, Mariano Peláez Bardales<sup>12</sup>, Aníbal Quiroga León<sup>13</sup>, sostienen que las medidas cautelares se sigan decretando “inaudita parte” ya que dicha disposición es necesaria para asegurar la eficacia cautelar, pues si se cursara notificación a quien se pretende afectar con la medida cautelar, se le otorgaría la posibilidad de frustrar el objeto al que tiende, esto es, la de asegurar en forma provisoria y en menor tiempo la eficacia de la decisión final.

Es así que la finalidad de la medida cautelar (tal como es prevista en nuestro ordenamiento: con la estructura inaudita parte), es el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional, para impedir que se tornen ilusorios e irrealizables los derechos del solicitante de tutela cautelar, quien podría sufrir un perjuicio inminente o irreparable cuando el afectado una vez enterado que se ha interpuesto una medida cautelar en su contra, ponga a buen recaudo sus bienes y/o patrimonio o altere el estado de hecho existente al tiempo de la demanda<sup>14</sup>.

Respecto a este punto, la doctrina procesal y jurisprudencia civil nacional ha realizado una interpretación errónea sobre la finalidad de la medida cautelar que regula el inaudita parte, cuando dice que sirve para salvaguardar el derecho de tutela judicial efectiva del solicitante de la medida cautelar, entendiendo en este sentido, que se privilegia única

---

<sup>10</sup> Vid. ARIANO DEHO, EUGENIA. ¿Un cautelar “renovado”? entre los ajustes y temas pendiente. *Manual de actualización civil y procesal civil*. 2010, op. cit., p 26.

<sup>11</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 133 y ss.

<sup>12</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 17.

<sup>13</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. “La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil”. *El Proceso Civil: problemas fundamentales del proceso*. Ediciones Caballero Bustamante, 1era edición, Lima, 2011, 223 y ss.

<sup>14</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 17.

y exclusivamente a éste último sin tener en consideración la posturas del afectado<sup>15</sup>.

Sobre esta cuestión es necesario señalar, que si bien en el procedimiento cautelar peruano existe un desplazamiento del contradictorio por su naturaleza y finalidad, ello no hace exclusión de otros mecanismos de defensa que tenga el demandado en el proceso, sino que sólo se refiere a la afectación del derecho del contradictorio, que es trasladado al momento posterior en que la medida es ejecutada<sup>16</sup>.

El presente trabajo de investigación, parte del fundamento constitucional que tienen las medidas cautelares, entendido como aquel instrumento jurídico al servicio del hombre, que evita que la persona sufra la humillación de enfrentarse a un proceso largo e ineficaz respetando la dignidad de los litigantes y los derechos de la persona. Con ello garantiza que la actividad jurisdiccional como valor propio del Estado constitucional tenga eficacia real<sup>17</sup>.

De otro lado, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo implica la posibilidad que tienen las personas de acudir a los órganos jurisdiccionales sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de los mismos<sup>18</sup>; de no ser así se perdería el fundamento constitucional de las medidas cautelar, ya que un ordenamiento que niegue el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales se aleja mucho de la formas que el Estado Constitucional necesita para que la dignidad de la persona humana pueda elevarse como su fundamento<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Vid. CHIABRA VALERA, MARÍA CRISTINA. *Procesal Civil: Biblioteca Manual del litigante*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2012, p 24.

<sup>16</sup> Vid. *Ibidem*, p 24-25.

<sup>17</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores, Lima, 2006, p 117.

<sup>18</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p 50.

<sup>19</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 130.

En el caso de las medidas cautelares, la dignidad de la persona humana, Estado constitucional y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales se constituyen en herramientas fundamentales, asegurándose ellas mismas su permanencia, por la cual, si una de ellas deja de confluír las demás se convertirán en una mera declaración sin contenido normativo alguno, reduciéndose a una inútil expresión verbal<sup>20</sup>.

En este sentido, la medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia, que al asegurar provisoriamente ciertos efectos de la providencia definitiva, evita los riesgos o previene el daño que se podría dar por la demora en la expedición de la sentencia<sup>21</sup>. Para ello el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar, luego de evaluar si concurren los presupuestos exigidos por la ley para la concesión de la medida cautelar, dicta una resolución, sin conocimiento de parte afectada, y dispone el otorgamiento de una medida cautelar adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia, lo que permite que al momento de su expedición, pueda cumplir a cabalidad con el objeto mediato de la pretensión<sup>22</sup>.

Se puede decir entonces que las medidas cautelares implican una tutela provisoria, autónoma, y por regla general se expiden inaudita et altera pars. Estas características propias de este procedimiento hacen que posea por ello mismo una fisonomía muy particular.

Algunos autores consideran que en la tramitación coexiste el procedimiento cautelar y el proceso cautelar, operando el primer supuesto cuando concurre solo el interesado ante el juez, para que emita una medida cautelar sin tener en cuenta los fundamentos de la contraparte y una vez ejecutada recién se ponga a su conocimiento de este último quien por primera vez podrá discutir sobre su validez

---

<sup>20</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., Nota al pie, p 130.

<sup>21</sup> Vid. ROJAS, JORGE citado por PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El Proceso Cautelar*. 2005, op. cit., p 9.

<sup>22</sup> Vid. *Ibíd.*



o no. Es precisamente en ésta última parte, cuando el afectado con la medida toma conocimiento de ella con la ejecución, que nos encontramos aquí con el proceso cautelar<sup>23</sup>.

En este sentido, la medida cautelar como proceso, es un tema aceptado por un gran sector de la doctrina, no obstante para algunos autores el hecho de que las medidas cautelares se decreten inaudita parte (ausencia de bilateralidad) les ha llevado a pensar que no se trate propiamente de un proceso, ya que la garantía del contradictorio es consustancial a la idea de proceso<sup>24</sup>.

A pesar de la discusión doctrinal, lo cierto es que la tutela cautelar tal como se presenta, asume siempre un doble e ineludible riesgo: Por un lado se podría adoptar una medida cautelar a favor de quien no es titular del derecho que se pretendía asegurar con la medida o bien se podría dejar de adoptar en detrimento de quien finalmente resultaría ser el titular del derecho que se pretendía garantizar con la medida en cuestión<sup>25</sup>.

Todo esto sumado al enjuiciamiento sumario y sencillo que conlleva el procedimiento para la concesión o denegación de la medida cautelar, características que son

---

<sup>23</sup> Vid. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, 2008, p. 89.

<sup>24</sup> Vid. HERNANDEZ LOZANO, CARLOS. *Proceso cautelar*. Ediciones Jurídicas, Lima, 2006, p 30. Esta controversia ha hecho que se genere en doctrina la discusión sobre la autonomía del proceso cautelar, en este sentido Gozaíni nos indica que existen tres posiciones que pretenden dar respuesta a esa disputa dialéctica y son las siguientes:

1.- No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan.

2.- El proceso cautelar tiene un contenido esencial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva.

3.- Existe un proceso cautelar donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal. Cfr. PÉLAEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 60.

<sup>25</sup> Palabras de MANUEL JESÚS CACHÓN CADENAS en el prólogo al libro RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, p 31.

necesarias para que la idea de tutela cautelar no se convierta en pura ficción<sup>26</sup>.

En este contexto es preciso analizar la estructura del procedimiento cautelar en la búsqueda incesante de respuestas novedosas que expliquen la necesaria flexibilidad de la justicia cautelar y su peculiar dinamismo<sup>27</sup>.

En el presente trabajo de investigación, intento hacer una revisión del tema de la tutela cautelar y en específico de la característica inaudita parte de su procedimiento, cuya particularidad ha venido generando controversia en la doctrina nacional, en cuanto a si es adecuado o no.

Además se pretende realizar un análisis de los argumentos tanto de los autores a favor como los que están en contra de la regulación del procedimiento cautelar sin audiencia previa, de modo que se fundamente esta estructura que se ha mantenido constante a pesar de las reformas.

---

<sup>26</sup> Palabras de MANUEL JESÚS CACHÓN CADENAS en el prólogo al libro RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*. 2006, op. cit., p 31.

<sup>27</sup> Vid. *Ibíd.*

# CAPÍTULO I: LA TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

## 1. REGULACIÓN CAUTELAR:

### 1.1 Antecedentes Históricos

La institución de las medidas cautelares, tiene su posible origen en el derecho romano, donde ya se presentaban las acciones preventivas. Ulpiano ya describía un instituto conocido con el nombre de *Edictum Carbonianum*, que constituye un excelente ejemplo de lo que podría ser el antecedente remoto de las actuales medidas cautelares<sup>28</sup>.

El *edictum* tenía por objeto proteger los posibles derechos hereditarios del menor de edad, suspendiendo el proceso hasta la época de la pubertad, concediéndose al impúber *la misio in bona* que consistía en la concesión de bienes con carácter provisorio, pero siempre que sus derechos aparecieran verosímiles<sup>29</sup>.

El romantista, Emilio Betti conocido por sus grandes aportes a la teoría del acto jurídico, hace referencia a las “estipulaciones pretorias”, que tenían como finalidad: prevenir con toda probabilidad un juicio posible al asegurar prácticamente a través de su efecto jurídico, la directa satisfacción del interés digno de tutela<sup>30</sup>.

Es así como vemos que desde el derecho romano existieron instituciones cautelares, que no se sistematizaron orgánicamente, sino más bien de forma dispersa.

---

<sup>28</sup> Vid. Digesto, Libro 37, Título 10, Ley I.

<sup>29</sup> Vid. SPOTA, ALBERTO. *Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina*. EDITAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946, p 658.

<sup>30</sup> Vid. BETTI, EMILIO. *Diritto romano, parte generale*. Padua, 1935, p 660 y ss.

La doctrina alemana de los últimos treinta años del siglo XIX fue la que delineó los perfiles doctrinales aunque de forma aislada, al clasificar el derecho al embargo dentro del proceso ejecutivo distinguiéndolo de las pretensiones de derecho material al considerarlo como una ejecución forzada de naturaleza patrimonial con carácter provisional. Este fue el punto de partida de la sistematización y autonomía de la medida cautelar como esencialmente procesal<sup>31</sup>.

Así la doctrina italiana que consideraba en un inicio a los procedimientos relativos al instituto cautelar como incidentes procesales, comenzaron a separar su naturaleza considerando contrariamente a lo que postulaban los tratadistas alemanes que las medidas cautelares pertenecían al proceso ejecutivo<sup>32</sup>, considerando que existían a la par y de manera independiente medidas cautelares, lo que abrió paso a la concreción de su definitiva autonomía científica<sup>33</sup>.

Como hemos visto la doctrina alemana hizo la tradicional separación en procesos de ejecución y cognición, considerando a las medidas cautelares como parte de la ejecución forzada. Fue con el aporte de Chiovenda quien finalmente reconociera la actividad cautelar como una de las manifestaciones básicas de la función jurisdiccional en el área civil, haciendo la tripartición clásica que ha llegado hasta nuestros tiempos entre las formas que puede asumir el proceso, esto es: conocimiento, conservación y ejecución<sup>34</sup>.

## **1.2 Antecedentes normativos y Regulación actual**

Mediante la Ley N° 29384, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de junio del 2009, se modificaron los textos relativos a la materia cautelar de los siguientes artículos: 608, 611, 613 y 637.

---

<sup>31</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. Studium, Lima, 1987, p 19.

<sup>32</sup> Vid. OTTOLENGUI, MAURICIO. *Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina*. EDITAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946, p 513.

<sup>33</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1987, op. cit., p 19.

<sup>34</sup> Vid. *Ibídem*, p 20.

Tales nuevas disposiciones tratan cambios referentes a la competencia del juez para dictar medidas cautelares fuera del proceso (primer párrafo del artículo 608 del nuevo texto), a la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de la medida como requisito para su procedencia (artículo 611 del nuevo texto), a la regulación de la contracautela (tercer párrafo del artículo 613 del nuevo texto), y al trámite de la solicitud de medida cautelar (primer párrafo del artículo 637 del nuevo texto)<sup>35</sup>.

Esta ley se sumó a las reformas que se habían realizado el año anterior a través tanto del D. Leg. N°1069 como del D. Leg. N° 1070. Y cuando se pensaba que las modificaciones ya habían terminado, se publican en junio del 2009 nuevas modificaciones que ha pretendido resolver los grandes problemas que presentaba esta forma de tutela, buscando dinamizar la administración de justicia<sup>36</sup>.

-En nuevo texto del artículo 608 del CPC precisa que el juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer las pretensiones de la demanda y adicionalmente en el segundo párrafo del mismo artículo exige que todas las medidas cautelares fuera del proceso, deben solicitarse ante el mismo Juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas.

-El nuevo texto del artículo 611 exige la adecuación (que denomina razonabilidad) colocándola como uno de los tres presupuestos que deben estar presentes en el pedido cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión.

-El artículo 613 del CPC, modifica su tercer párrafo estableciendo que la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, admitiéndose dentro de la segunda la caución juratoria, la que podrá ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz, pudiendo el juez cambiar la contracautela, exigiendo aquella que sea necesaria para garantizar los eventuales daños.

---

<sup>35</sup> Vid. PALACIOS PAREJA, ENRIQUE. "Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar", en *Actualidad Jurídica*, Lima, Tomo 188, Julio, 2009, p 27.

<sup>36</sup> Vid. VILELA, KARLA. Modificaciones del Código Procesal Civil de mayo y junio de 2009, en *Revista de estudiantes Ita Lus Esto*. Boletín, 21 de Agosto de 2013.

-El artículo 637 del CPC incorpora la posibilidad de que el afectado con la medida cautelar pueda formular oposición dentro del plazo de (5) días, desde que tiene conocimiento de la resolución cautelar, no suspendiendo dicha oposición la ejecución de la medida. Este artículo varía el régimen de impugnación sustituyendo la apelación del afectado por la oposición ante el juez de la cautela.

## **2. TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR:**

### **2.1. Planteamiento general.**

El trámite del proceso cautelar, se inicia mediante la correspondiente demanda de parte, pudiéndose solicitar medidas cautelares en cualquier estado del proceso, antes o durante el trámite del proceso principal, en el que se deberán exponer los fundamentos la pretensión cautelar, señalar su forma, los bienes sobre los que recae, entre otros requisitos exigidos por el artículo 610 del CPC.

Proclamada la autonomía del proceso cautelar en nuestro ordenamiento, conforme al artículo 635 del CPC, para todos los actos relativos a su obtención, se forma un cuaderno especial<sup>37</sup>. En tal sentido la sustanciación del mismo, no tiene relación alguna con el proceso principal, de modo que no puede alterarlo, modificarlo ni detenerlo<sup>38</sup>.

Tratándose de una medida cautelar fuera el proceso, el beneficiado con la medida debe interponer su demanda ante

---

<sup>37</sup> La autonomía del proceso cautelar exige la formación de un cuaderno especial. Así el cuaderno que contiene todo lo que se discute sobre la materia de fondo se denomina "cuaderno principal", mientras que los otros adquieren el nombre de incidente que originan su apertura. Es así que en un proceso judicial puede existir más de un cuaderno sobre los que versa la litis. La formación del cuaderno separado o especial, no interrumpe el desarrollo del proceso principal.

En el caso del procedimiento cautelar, la ley prevé su tramitación por separado, el mismo que se conforma con la copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio, recogiendo la información pertinente para amparar o desestimar la pretensión cautelar. Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 130.

<sup>38</sup> Vid. HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Derecho procesal civil*. Jurista Editores, Tomo X, Lima, 2010, p 92-93.

“el mismo juez” dentro de los diez días posteriores al acto, otorgándose la posibilidad al juez de poder apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Continuando con el trámite, se advierte del primer párrafo del artículo 637 del CPC, el legislador peruano ha establecido como regla única y exclusiva que el procedimiento para la concesión/rechazo de la medida cautelar sea inaudita altera parte, es decir, bajo la exclusiva responsabilidad del solicitante, sin que proceda sustanciación alguna ni controversia entre las partes.

Esta reserva del procedimiento alcanza a todas las etapas de su desarrollo, la calificación de la petición cautelar, dictado de la resolución y posterior ejecución, produciendo que el principio de contradicción se suspenda.

Es así que presentada la solicitud cautelar, ésta es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a los fundamentos y prueba anexada, y el demandado no podrá hacer valer ningún recurso, sino hasta después de haber sido notificado con la ejecución de la medida; en razón de que la medida tiene como finalidad asegurar convenientemente la efectividad de la decisión, por ello será ejecutada de manera inmediata<sup>39</sup>.

Cabe resaltar que, pese a sus constantes reformas a lo largo del tiempo y hasta sus más recientes modificaciones, nuestro ordenamiento se ha mantenido regulando de manera uniforme el vigente procedimiento cautelar en el CPC<sup>40</sup>.

Además, procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no es

---

<sup>39</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 65.

<sup>40</sup> Vid. ALFARO VALVERDE, LUIS. “Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar: bosquejo para una teoría cautelar equilibrada”. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, 1era Edición, Marzo, 2013, p 106.

notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna<sup>41</sup>.

Una vez trabada la medida cautelar correspondiente, se correrá traslado a la contraparte, para que tome conocimiento de la misma, y así tenga la posibilidad de recurrirla a través de la oposición dentro del plazo de 5 días contados desde que toma conocimiento de la resolución que la concede, brindándose así la posibilidad al afectado de oponerse a la vigencia de la cautelar, formulando la defensa pertinente.

La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida y de ser amparada ésta, determina que el juez deje sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición amparándola o desestimándola, es apelable sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida en apelación se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta<sup>42</sup>.

Se puede concluir diciendo que el trámite para la concesión de medidas cautelares, se trata de un conocimiento sumario o sumarísimo, en el cual no se hace una evaluación exhaustiva y profunda de la materia controvertida que se postula en el proceso, sino que se trata de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia

---

<sup>41</sup> Artículo 637 del Código Procesal Civil: Trámite de la medida: La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. 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 del 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.

<sup>42</sup> Vid. MARTEL CHANG, ROLANDO. "Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar". *Actualidad Jurídica*, Tomo 188, Julio, 2009, p 40.



del derecho discutido que debe hacerse en forma expeditiva<sup>43</sup>.

## **2.2 Presupuestos de las medidas cautelares:**

La procedencia de las medidas cautelares está sujeta a unos presupuestos específicos, los cuales deben presentarse de manera conjunta y son distintos de los requisitos para la acción que se realiza de la declaración del derecho material, constituyéndose éstos en los pilares sobre los cuales se sostiene el proceso cautelar<sup>44</sup>.

### **Verosimilitud del derecho:**

Entre los presupuestos tenemos en primer lugar a la apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), por la cual se concede la medida cautelar al demandante que acredite mediante prueba documental ante el juez que su derecho es verosímil, esto es, que su derecho “parece amparable o tutelable”, no siendo necesario que demuestre la ostentación de un derecho indiscutido y pleno<sup>45</sup>.

En este presupuesto el juez realiza una estimación en base a la prueba presentada, que podría definirse mejor como un juicio de probabilidades, indiciario y/o provisional, porque lo que se busca es que se asegure el eventual resultado de la demanda formulada o por formular, bastando en este proceso la verosimilitud, ya que el derecho invocado deberá ser materia del proceso principal<sup>46</sup>.

La exigencia del juicio sobre la verosimilitud del derecho no puede ser el mismo que el necesario para resolver sobre la pretensión del proceso principal, porque de ser así, se estaría juzgando dos veces el mismo objeto, con lo cual la medida cautelar se vería impedida de cumplir su

---

<sup>43</sup> Véase Sentencia CS, 24/7/91, ED, t. 145, p.797, n°535, citada por MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p 28.

<sup>44</sup> Vid. HERNANDEZ LOZANO, CARLOS. *Proceso Cautelar*. 1996, op. cit., p 72.

<sup>45</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El Proceso Cautelar*. 2005, op. cit., p 41.

<sup>46</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El Proceso Cautelar*. 2005, op. cit., p 41.

función, reproduciéndose la dificultad la cual está destinada a evitar<sup>47</sup>.

### **Peligro en la demora:**

Otro de los requisitos para la concesión de las medidas cautelares es el peligro en la demora (*periculum in mora*), que implica apreciar la urgencia en la obtención de la medida, en tanto, si éstas tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda causar daños ante la espera del dictado de la sentencia en el expediente principal; es lógico que si dicho peligro no se configura, no se ve justificado la expedición de la medida cautelar<sup>48</sup>.

Este presupuesto, no sólo implica que la demora en el desarrollo del proceso es motivo constitutivo de este requisito, sino que además debe ser apreciado con relación a la urgencia en obtener protección especial y efectiva ante los posibles daños que puede significar esperar al dictado de la sentencia en el expediente principal<sup>49</sup>. Si tal peligro no concurre, no se justifica de modo alguno el dictado de una medida cautelar.

En este sentido, como bien señala Calamandrei: “La medida cautelar tiende a evitar la producción, no de un daño jurídico genérico que podrá causarse con la sentencia, sino el daño marginal significado por la demora que provoca la duración del pleito”<sup>50</sup>.

De lo manifestado se puede establecer que el *periculum in mora* nace de la relación que existe entre los elementos que concurren de modo inseparable: de un lado

---

<sup>47</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. 2002, op. cit., p 986.

<sup>48</sup> Vid. HERNANDEZ LOZANO, CARLOS. *Proceso Cautelar*. 1996, op. cit., p 74.

<sup>49</sup> Vid. RIVAS, ADOLFO. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. Jurista Editores, 1era edición, Lima, 2005, p 42-43.

<sup>50</sup> Cfr. CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p 42.

la demora en la tramitación del proceso y el daño ulterior que convierte en ineficaz la sentencia<sup>51</sup>.

Así, pues, pueden existir en doctrina diferentes versiones de la significación del llamado peligro en la demora, pero lo cierto es una u otra interpretación se orienta en la necesidad de brindar protección al solicitante de tutela cautelar frente a los posibles daños que se podrían producir como consecuencia de la duración del proceso en su tramitación<sup>52</sup>.

### **Contracautela:**

Y como el último de los requisitos, se tiene a la fianza o contracautela, que toma en cuenta la inseguridad del juicio que por esencia conlleva la tutela cautelar, que por la sumariedad de su procedimiento, no hay seguridad absoluta si la medida que se dicte será útil o no, amparándose un derecho que aún está en litigio y que sólo al final del camino se sabrá, si el solicitante era verdaderamente el titular del derecho invocado<sup>53</sup>.

En este sentido, la contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar, que asegura una indemnización a la contraparte como resarcimiento ante los posibles daños o perjuicios que se podrían tras la eventual concesión de una medida injustificada, innecesaria y/o maliciosa<sup>54</sup>.

Asimismo esta característica también toma en cuenta la expedición de las medidas cautelares sin previa audiencia de la parte afectada, fundamentándose, en la necesidad de asegurar la igualdad de las partes en el proceso y contrarrestar así la falta de contradictorio inicial que caracteriza al proceso cautelar<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 2009, op. cit., p 948.

<sup>52</sup> Vid. *Ibidem*, p 950.

<sup>53</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. 2001, op. cit., p 989.

<sup>54</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El Proceso Cautelar*. 2005, op. cit., p 42.

<sup>55</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El proceso civil: problemas*

Conforme a nuestro ordenamiento, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal (caución juratoria), siendo el juez quien la admita o no, aceptando la ofrecida por solicitante, o procediendo a su graduación, modificación o incluso o cambiándola por la que considere pertinente<sup>56</sup>.

Se puede afirmar que más que un presupuesto de admisibilidad o procedencia de las medidas cautelares, la contracautela es un presupuesto de la resolución judicial, que se concretará una vez dispuesta la medida cautelar por decisión cautelar, ya que se requiere necesariamente de su previa incorporación para la ejecución de la cautela<sup>57</sup>.

## **2.3 Principales Características de las medidas cautelares**

### **1. Prejuzgamiento:**

De acuerdo al Diccionario de Derecho Cabenallas, prejuzgamiento significa juzgar las cosas antes de tiempo o de encontrarse debidamente informado se resuelve acerca de una cuestión de la cual depende la prosecución de una causa o el ejercicio de otra acción.

Teniendo en cuenta la anterior definición y pese a que nuestro ordenamiento regula esta característica, considero, que el juez lo que hace no es prejuzgar sobre el fondo de la pretensión objeto del proceso principal, sino que anticipa “provisoriamente” el posible resultado del proceso, el cual no

---

*fundamentales del proceso*. Ediciones Caballero Bustamante, 1era edición, Lima, 2011.

<sup>56</sup> Artículo 613 del Código Procesal Civil: Contracautela y discrecionalidad del juez: (...) La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo. (...).

<sup>57</sup> Vid. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. 2008, op. cit., p 43.

es definitivo, porque puede ser que el fallo definitivo sea distinto e incluso contrario a la providencia cautelar<sup>58</sup>.

Vale decir que el juzgador a través de conocimiento sumario y un juicio de probabilidades valora si la pretensión objeto de la medida cautelar parece amparable, pero de ningún modo podría afirmar que ésta será amparada, porque puede ser que en la etapa de actuación probatoria del proceso, se decida finalmente que el fallo sea diferente al que se hubiera tomado antes de la concesión de la medida cautelar<sup>59</sup>.

## **2. Jurisdiccionalidad:**

Las medidas cautelares son de naturaleza procesal y, por ello mismo de naturaleza jurisdiccional, no pudiendo ser consideradas como resultantes de la actividad administrativa de los tribunales sino que emerge de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, en ejercicio de su función jurisdiccional<sup>60</sup>.

La jurisdiccionalidad de la medida cautelar implica, la potestad que tiene el juzgador de materializar sus decisiones, adelantando todos o determinados efectos del fallo a dictarse en el proceso de modo que el órgano jurisdiccional se convierta en eficaz<sup>61</sup>.

En este sentido la tutela cautelar, más que a hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento eficaz de la justicia<sup>62</sup>, ya que mediante ella, el poder jurisdiccional encaminado a través del proceso, satisface los intereses de

---

<sup>58</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op. cit., p 77.

<sup>59</sup> Vid. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. 2008, op. cit., p 40.

<sup>60</sup> Vid. RIVAS, ADOLFO. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. 2005, op. cit., p 47.

<sup>61</sup> Vid. HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Derecho procesal civil*. 2010, op. cit., p 32.

<sup>62</sup> Vid. CALAMANDREI, PIERO. "Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares". *Medidas Cautelares*. 2002, op. cit., p 484.

los justiciables de que sus derechos sean asegurados, salvaguardando con ello la paz en la convivencia social<sup>63</sup>.

### 3. Instrumentalidad:

Las medidas cautelares sirven de medio para garantizar la efectividad de la sentencia, es decir, se instrumentaliza en función de la pretensión principal que se tendrá que discutir en el proceso estando al servicio su efectividad. Es así que nunca podrá existir una medida cautelar por sí sola en tanto y en cuanto no tienen un fin en sí mismas, sino que existen para hacer efectivos los derechos sustanciales que finalmente se reconozcan en el proceso final, mediante el fallo final<sup>64</sup>.

Si bien la tutela actúa sobre la situación sustancial que finalmente se reconozca en el proceso final, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso<sup>65</sup>.

En este sentido, la instrumentalidad es una característica configuradora de las medidas cautelares, porque así como el proceso sirve al derecho material para que éste se cumpla o realice siendo instrumental a éste, asimismo la medida cautelar es instrumental al proceso, porque asegura el cumplimiento del fallo definitivo<sup>66</sup>.

De otro lado, si bien nuestro ordenamiento reconoce la autonomía del proceso cautelar, es innegable que la existencia de las medidas cautelares depende y se encuentra vinculado al proceso principal, al que sirve

---

<sup>63</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op. cit., p 916.

<sup>64</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El Proceso Civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 225.

<sup>65</sup> Vid. *Ibíd*em, p 226.

<sup>66</sup> Vid. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, ELVITO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Grijley, 2da edición, Lima, 1998, p 260.

garantizando su efectividad, operando como una tutela mediata en relación con el derecho sustancial<sup>67</sup>.

Se puede afirmar, que no hay medidas cautelares si no hay un proceso ya iniciado o a punto de iniciarse, ya que la función del proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, porque existe una situación de subordinación por la cual el proceso cautelar no puede existir sin la presencia del proceso definitivo al cual sirve de medio para la actuación del derecho sustantivo<sup>68</sup>.

#### **4. Provisionalidad:**

En tanto las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional y se hallan encaminadas a asegurar el resultado práctico de otro proceso, éstas caducan cuando la sentencia con autoridad de cosa juzgada desestime la pretensión asegurada con la medida cautelar<sup>69</sup>.

Pero dicha provisionalidad se presenta durante todo el transcurso del proceso principal, incluso antes de que éste se haya instaurado, cuando por ejemplo hayan desaparecido las circunstancias que determinaron la expedición de la medida cautelar, careciendo de razón de ser la necesidad de cautela, la que puede desaparecer sin necesidad de que haya expedido un fallo definitivo<sup>70</sup>.

En consecuencia las medidas cautelares mantendrán su vigencia en tanto no varíen las circunstancias que motivaron su adopción, y no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada que disponga su levantamiento o la deje sin efecto<sup>71</sup>.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez, realiza una distinción importante en este término, diferenciando entre lo provisorio

---

<sup>67</sup> Vid. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, ELVITO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 1998, op.cit., p 261.

<sup>68</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1987, op. cit., p 37.

<sup>69</sup> Vid. HERNANDEZ LOZANO, CARLOS. *Proceso Cautelar*. 1996, op. cit., p 66.

<sup>70</sup> Vid. *Ibidem*, p 66-67.

<sup>71</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El proceso civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 226.

y lo temporal, diciendo que éste último (lo temporal) no dura siempre, sino que tiene una duración limitada, mientras que lo provisorio está destinado a durar hasta que no ocurra un hecho sucesivo y esperado, de tal modo se colige que lo provisorio incluye lo temporal<sup>72</sup>.

En este sentido, las medidas cautelares crean un estado jurídico provisional que puede ser objeto de revisión y modificación en cualquier etapa de juicio, pero siempre y cuando varíen las circunstancias condicionantes que determinaron su procedencia<sup>73</sup>. En otras palabras, esta característica es aspecto y consecuencia, de la relación existente entre los efectos de la providencia sumaria (cautelar) y los de la providencia definitiva<sup>74</sup>.

Es así, que medidas cautelares no duran indefinidamente, de ser así perdería su propia esencia, puesto que están destinadas a asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas, luego de que cumplen su cometido deben extinguirse. Por lo tanto su vigencia y duración está limitada al momento en que el proceso principal fenezca<sup>75</sup>.

## **5. Variabilidad:**

Las medidas cautelares a diferencia de la declaración de certeza se dictan en atención a un juicio de apariencia del derecho, que puede variar de forma positiva (adopción o aumento) o de forma negativa (desaparecer). En razón a esta forma de concesión, las medidas cautelares son susceptibles de modificación cuando varían las circunstancias del caso que llevaron al juez originalmente a adoptarla<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1987, op. cit., p 36.

<sup>73</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 10.

<sup>74</sup> Vid. CALAMANDREI PIERO. "Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares". *Medidas cautelares*. 2002, op. cit., p 477.

<sup>75</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op.cit., p 919.

<sup>76</sup> Vid. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. 2008, op. cit., p 41.



En este sentido si en el proceso principal se diluye la apariencia del derecho invocado, se puede solicitar la variación de la medida solicitando la reducción de los alcances de la misma, asimismo si esta apariencia se va afianzando durante la tramitación del proceso principal se puede solicitar su mejora, con lo cual la medida cautelar se va ajustando al nuevo estado objetivo del derecho en litigio<sup>77</sup>.

Esta característica implica, que la medida cautelar puede ser variada a pedido de su titular tanto en la modalidad como en la oportunidad de presentarla, toda vez que la misma se puede presentar antes, durante y después de resuelto el proceso principal, pudiendo solicitar su modificación (una vez interpuesta), si es que justifica que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada<sup>78</sup>.

Asimismo las medidas cautelares pueden ser variadas por el deudor perjudicado, quien puede proponer otras formas de afectación menos gravosas para su patrimonio siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor y no afecte los presupuestos y alcances de la cautela otorgada<sup>79</sup>.

Sea que la medida cautelar la solicite el acreedor o deudor, será el juzgador quien con criterio racional y justo variar la medida cautelar, dispondrá la medida que mejor se adecúe al derecho que se intenta proteger<sup>80</sup>.

Se dice entonces, que la medida cautelar es variable, porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, ya que el acreedor o deudor podrá solicitar su

---

<sup>77</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op. cit., p 921.

<sup>78</sup> Vid. PELAEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 13.

<sup>79</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op. cit., p 920.

<sup>80</sup> Vid. BACRE, ALDO. *Medidas cautelares*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2005, p 67.

ampliación, mejora o sustitución, modificando la medida dispuesta<sup>81</sup>.

Asimismo la medida cautelar no sólo puede ser modificada, sino que también puede ser suprimida o cancelada, consecuencias que se derivan de cuando algo no es definitivo, puede ser variable y revocable, resultando esta mutabilidad de la instrumentalidad de la medida cautelar respecto al proceso<sup>82</sup>.

De esta manera, las medidas cautelares se consideran como emanadas con la cláusula *rebus sic stantibus*, por la cual, las circunstancias valoradas por el juez para decidir sobre la procedencia o no de la medida cautelar pueden ser cambiadas durante el tiempo que dura el proceso, cambiando también, la resolución que en su momento resolvió adoptarlas o denegarlas<sup>83</sup>.

## **6. Sumariedad:**

Es otra de las características que se predica de las medidas cautelares, en razón a la brevedad del trámite para su concesión, que no pretende un conocimiento exhaustivo y profundo del derecho invocado, sino que sólo basta la comprobación de su verosimilitud en forma sumaria<sup>84</sup>.

Precisamente las medidas cautelares se caracterizan por la brevedad de trámites, que se traduce en menores exigencias de la admisibilidad, obedeciendo a un conocimiento superficial, donde se ven suspendidos el principio de bilateralidad y contradictorio, a diferencia del proceso de cognición.

---

<sup>81</sup> Vid. MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL. *Medidas Cautelares*. 1999, op. cit., p 73.

<sup>82</sup> Vid. LANDAETA ARGÜELLO, ISRAEL. "Medidas cautelares generales en el código de procedimiento civil", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, Año XXXIV, Nro. 73, p 44.

<sup>83</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El proceso civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 226.

<sup>84</sup> Vid. MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL. *Medidas cautelares*. 1999, op. cit., p 71.

## **7. Discrecionalidad:**

Esta característica atiende a las plenas facultades que tiene el juez de otorgar o no la medida cautelar solicitada o cualquier otra más adecuada a lo que se discute en el proceso, con total independencia de lo solicitado por la parte, graduando la precautoria para evitar perjuicios al afectado<sup>85</sup>.

Se entiende que el juez ejerce ésta facultad de conceder o no la medida cautelar en relación a la importancia de los derechos que se pretenden<sup>86</sup>, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al proceso, de modo que la medida cautelar cumpla su función de manera eficaz, sin ocasionar daños o perjuicios a la contraparte que pudieran evitarse<sup>87</sup>.

Esta facultad discrecional del juez para decretar una medida cautelar de conformidad con el derecho que se pretende asegurar, debe ser utilizada correctamente, de modo que no se haga un uso irrazonable o desproporcional que termine perjudicando al destinatario de la medida cautelar o se beneficie indebidamente al solicitante de la misma<sup>88</sup>.

### **2.4 Contenido de la decisión cautelar**

Para que el Juez dicte la medida cautelar, es necesario que de lo expuesto en la solicitud y prueba anexada, según sus facultades discrecionales, considere<sup>89</sup>:

---

<sup>85</sup> Vid. BACRE, ALDO. *Medidas Cautelares*. 2005, op. cit., p 64-65.

<sup>86</sup> Vid. *Ibíd*em, p 65.

<sup>87</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 2009, op. cit., p 925.

<sup>88</sup> Vid. *Ibíd*em, p 926.

<sup>89</sup> Artículo 611 del Código Procesal Civil: Contenido de la decisión cautelar: El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.

1. La verosimilitud del derecho invocado.

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

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

Como en puntos anteriores ya nos hemos referido a los dos primeros supuestos, en este punto abordaré el supuesto de razonabilidad de la medida.

Comparto la opinión de María Elena Guerra Cerrón al manifestar que para evaluar los alcances de este supuesto, hay que verlo desde dos puntos de vista: razonabilidad del pedido cautelar y razonabilidad de la decisión cautelar<sup>90</sup>.

Cabe precisar respecto al primer punto de vista, que no solamente es deber de los profesionales del Derecho que aplican las normas de manera lógica, defender sus pretensiones en el proceso<sup>91</sup>.

Es así que nuestro ordenamiento exige como requisito para solicitar medidas cautelares, que la parte exponga los fundamentos en los que basa su pretensión cautelar, de modo que si de las razones expuestas el juez considera que el pedido no es razonable, podrá ejercer su facultad de

---

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

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.  
La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa, la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

<sup>90</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. "El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar", en *Gaceta Jurídica*. Tomo 188, Julio 2009, p 36.

<sup>91</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. "El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar". 2009, op. cit., p 36.

motivación proponiendo de oficio la modificación de la medida en cuestión o denegando el pedido<sup>92</sup>.

Dicha exigencia determinará que para la concesión de una medida cautelar sea necesaria una adecuación real entre el pedido cautelar y la pretensión procesal garantizada con dicho pedido, de modo que se equilibren los intereses en juego<sup>93</sup>.

Esta adecuación que realiza el juez, supone efectuar un análisis de proporcionalidad entre la medida interpuesta o por interponerse y el fin que se persigue con ésta. En dicho análisis debe evaluarse en primer lugar, si la medida guarda una correcta relación de causalidad entre el fin que se pretende asegurar y el medio (la medida cautelar)<sup>94</sup>.

Asimismo debe adoptarse el medio menos gravoso o restrictivo para alcanzar el fin que se persigue, de modo que si se tiene para elegir entre dos tipos de medidas cautelares, se deberá escoger la más apta para asegurar la eficacia de la pretensión, es decir, la que suponga un menor daño para los derechos del demandado<sup>95</sup>.

Actuar contrariamente a este procedimiento, implicaría causar un perjuicio al obligado dando cabida a un ejercicio abusivo del derecho, de allí la importancia de esta exigencia, como unas de las cuestiones que el juez debe apreciar al momento de conceder la medida cautelar, ya que equilibra esta forma de tutela, dotándola de mayor coherencia<sup>96</sup>.

De otro lado, respecto a la razonabilidad de la decisión cautelar, el juez califica el pedido cautelar verificando los presupuestos exigidos para su concesión, verificando al mismo tiempo si el pedido es razonable o no, ante lo cual

---

<sup>92</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. “El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar”. 2009, op. cit., p 36.

<sup>93</sup> Vid. HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Derecho Procesal Civil*. 2010, op. cit., p 42.

<sup>94</sup> Vid. PALACIOS PAREJA, ENRIQUE. “Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar”. 2009, op. cit., p 29.

<sup>95</sup> Vid. *Ibíd.*

<sup>96</sup> Vid. *Ibíd.*

podrá decidir que se subsane la omisión o de plano denegar la solicitud<sup>97</sup>.

Esta facultad discrecional con que cuenta el juez para decretar una medida cautelar, responde a la exigencia que la medida cautelar deba ser adecuada y estrictamente necesaria a fin de que cumpla sus fines de manera satisfactoria, sin que sean utilizadas como mecanismos de presión de demandantes de mala fe que colocándose en situación de ventaja ocasionen, daños o perjuicios innecesarios a los afectados que pueden evitarse<sup>98</sup>.

Esta exigencia tiene su fundamento, en el principio de proporcionalidad, esto significa que toda medida cautelar debe guardar correspondencia con el petitorio de la demanda interpuesta o por presentarse, debiendo ser proporcionalmente adecuada a los fines pretendidos, de modo que se adopte la alternativa que menos afecte o restrinja los derechos del demandado<sup>99</sup>.

Es así que este presupuesto desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>100</sup>, se delimitará mediante un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes que dé como resultado la concesión de una medida cautelar adecuada con lo que se pretende proteger<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. *“El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar”*. 2009, op. cit., p 36.

<sup>98</sup> Vid. BACRE, ALDO. *Medidas cautelares*. 2005, op. cit., p 65.

<sup>99</sup> Vid. HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Derecho Procesal Civil*. 2010, op. cit., p 41.

<sup>100</sup> STC N° 0023-2005-PI/TC: “Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue”.

<sup>101</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 2009, op. cit., p 954.

## CAPÍTULO II:

### LA TUTELA CAUTELAR COMO FORMA DE TUTELA ESPECIAL

#### 1. La tutela cautelar como derecho fundamental

En los inicios de la civilización los hombres no reconocían a nadie superior que atiende a la solución de sus controversias, facultándose ellos mismos a su composición. Luego de evidenciar después de un largo fenómeno histórico, que era imposible no traspasar los límites para su conservación cuando resolvían por ellos mismos sus problemas, decidieron unirse en sociedad y confiar a una persona diferente a ellos, que mirándolos con imparcialidad asigne sus derechos y satisfaga con ello sus necesidades de paz y de justicia<sup>102</sup>.

Este constituye el origen del proceso, como único medio de protección efectivo de quienes encuentran sus situaciones jurídicas lesionadas o amenazadas, por el cual el Estado concede la posibilidad a toda persona de defender sus derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, al asumir el deber de resolver los conflictos de intereses que surjan en el seno de la comunidad<sup>103</sup>.

Abolida la autotutela, todos estamos facultados de solicitar protección al órgano jurisdiccional en búsqueda de la tan esperada justicia<sup>104</sup>. Este derecho a la justicia, independientemente de si es reconocido en instrumentos nacionales e internacionales, es un derecho que les

---

<sup>102</sup> Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Proceso, autocomposición y autodefensa. Estudio de los fines del proceso, en *Textos Universitarios UNAM*, 1970, p 51-52.

<sup>103</sup> Vid. MONTERO AROCA, JUAN. *Introducción al derecho procesal*. 2da edición, Tecnos, Madrid, 1979, p 142-143.

<sup>104</sup> Vid. *Ibídem*.

pertenece a los seres humanos por el hecho de ser hombres, como una exigencia de su dignidad<sup>105</sup>.

En épocas pasadas no era necesario hablar de la tutela cautelar, ya que el ritmo con el que se desarrollaban los procesos era muy distinto al de nuestra sociedad contemporánea, donde la cambiante realidad y la necesidad de ganar tiempo se ha convertido en una constante que exige respuestas inmediatas por parte de los órganos jurisdiccionales para la solución de sus conflictos<sup>106</sup>.

Precisamente, la tutela cautelar ha devenido en un instrumento de gran importancia para la protección de los derechos, debido a la rapidez de los intercambios económicos, las interacciones de los grupos sociales y los cambios en la tecnología<sup>107</sup>.

Este panorama ha hecho que sea el propio Estado quien adopte decisiones cautelares como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, que obliga a prestar un servicio de justicia efectivo mientras los problemas de fondo no sean resueltos.<sup>108</sup>

En este sentido el derecho fundamental a la tutela cautelar, tiene como sustento el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendiéndose este último, no solamente como el derecho que tiene todo ciudadano de acudir al órgano jurisdiccional en búsqueda de la tutela de sus pretensiones, sino también, que la tutela brindada asegure o garantice la efectividad de la sentencia que se expida en el proceso<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Materiales de enseñanza de teoría del proceso*. Universidad San Martín de Porres, Lima, 1997.

<sup>106</sup> Vid. CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Editorial Civitas, S.A, 1era Edición, Madrid, 1992, p 32.

<sup>107</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 42.

<sup>108</sup> Vid. *Ibidem*, p 87.

<sup>109</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 185.



Francisco Ramos Romeu en su obra *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico económico*, realiza una estructuración clara respecto al contenido esencial de este derecho independientemente del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>110</sup>:

1) De entrada, el litigante tiene derecho de solicitar tutela cautelar de modo que la resolución final a dictarse sea efectiva, teniendo correlativamente el tribunal la obligación de verificar si cumplen o no los requisitos procesales exigidos para luego proseguir con el dictado de resolución admitiendo a trámite la medida cautelar interpuesta.

2) El tribunal está obligado a realizar una interpretación pro tutela cautelar, realizando una interpretación restrictiva de los límites al derecho a la tutela cautelar que le impongan las leyes, de forma que se satisfaga materialmente dicho derecho. En otras palabras el tribunal deberá hacer una interpretación antiformalista de la ley, y los defectos formales se rigen por el principio de subsanabilidad.

3) Seguidamente el litigante tiene derecho a que su solicitud de tutela cautelar sea atendida con celeridad por parte de los tribunales, de modo que se garantice la efectividad de la medida cautelar.

4) El litigante tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para acreditar que la medida cautelar interpuesta cumple con los requisitos exigidos por ley para su concesión.

5) El tribunal debe resolver la medida cautelar interpuesta pronunciándose acerca de la concurrencia o no de los presupuestos exigidos y demás requisitos de su trámite, a través de un pronunciamiento congruente dictando una resolución fundada en derecho.

---

<sup>110</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 120 y ss.

6) Asimismo, el litigante tiene derecho a interponer el recurso pertinente para recurrir la decisión cautelar, estando obligado el tribunal a no denegarlos o impedirlos.

7) Finalmente, las partes tienen derecho a ejecutar la medida cautelar interpuesta y concedida en sus propios términos, para lo cual el tribunal estará obligado a realizar las diligencias necesarias para la realización de la ejecución.

Los aspectos anteriormente mencionados, se derivan del desarrollo de aspectos derivados del derecho a la tutela cautelar, pero no hay que olvidar que la nota característica de este derecho, es decir su verdadero contenido esencial, implica que los tribunales adopten medidas cautelares que sean adecuadas la eficacia real de la eventual sentencia estimatoria<sup>111</sup>.

En ese sentido, la tutela judicial no logra su objetivo sino hay medidas cautelares que garanticen el pleno cumplimiento de la futura resolución definitiva que se llegue a decidir en el proceso, con lo cual la potestad cautelar forma parte del derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial<sup>112</sup>.

Se puede decir, que el derecho a la medida cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial, porque ha de asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar, y si no fuese así, no se trataría de una auténtica y efectiva tutela<sup>113</sup>.

De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica una previa tutela cautelar<sup>114</sup>, que faculta al demandante a solicitar una medida cautelar que asegure la utilidad de la providencia, es decir, se garantice la

---

<sup>111</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 123.

<sup>112</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. "El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites", en *Ius et veritas*, Año XV, N° 30, p 181.

<sup>113</sup> Vid. *Ibidem*.

<sup>114</sup> Vid. CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p 286.

efectividad de la decisión final a recaer en el proceso principal<sup>115</sup>.

Es así que las medidas cautelares se encuentran íntimamente ligadas al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y encuentra en éste su fundamento constitucional, de modo que no se puede hablar de tutela judicial sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de decisión final expedida en el proceso<sup>116</sup>.

Entonces podríamos afirmar que el derecho fundamental a la tutela cautelar, se fundamenta en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y consiste en la potestad que otorga el ordenamiento jurídico para solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que tengan por finalidad garantizar la efectividad de decisión final que recaiga en el proceso.

Si bien no existe en nuestra Constitución disposición alguna que regule el derecho a la tutela cautelar, el contenido fundamental de este derecho puede desprenderse de lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, cuando establece que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...)3. (...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...)”<sup>117</sup>.

Este reconocimiento expreso que hace nuestra Constitución del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no hace más que hacer una alusión tácita al derecho a la tutela cautelar como parte del contenido esencial del derecho en cuestión<sup>118</sup>.

Asimismo dicho reconocimiento puede desprenderse también de la cláusula abierta en materia de derechos

---

<sup>115</sup> Vid. VERAMENDI FLORES, ERICK. *“La impugnación de la decisión cautelar: a propósito de la oposición”*. Manual del Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, 2011, p 151.

<sup>116</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 130-131.

<sup>117</sup> STC N° 023-2005-PI/TC.

<sup>118</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *“El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”*, op. cit., p 185

fundamentales prevista en el artículo 3 de nuestra Constitución que establece: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye de 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”<sup>119</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta protección jurisdiccional que se hace a la tutela cautelar como derecho fundamental, quien manifiesta que es un mandato proveniente del propio derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva: “Una interpretación desde la Constitución (...) no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos (...)”<sup>120</sup>.

Visto así, este derecho vincula al poder público y a los particulares, de modo que ante cualquier situación que amenace o lesione este derecho, puede ser reclamado a través de estos mecanismos que prevé el ordenamiento<sup>121</sup>:

1) Vía procesos constitucionales que se adecúen a la lesión o amenaza producida en contra de este derecho.

---

<sup>119</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *“El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”*, op. cit., p 185.

<sup>120</sup> STC N° 1230-2002-HC/TC: “Una interpretación desde la Constitución (...) no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

<sup>121</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 201.

2) A través de medios de defensa al interior del proceso.

De no ser así, no sería posible encontrar fundamento constitucional a las medidas cautelares en un ordenamiento en el cual se reconozca el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y no se pueda solicitar protección jurisdiccional ante las situaciones de amenaza o lesión que se puedan generar<sup>122</sup>.

## **2. La tutela cautelar como forma de tutela jurisdiccional**

El ordenamiento jurídico reconoce situaciones jurídicas a los particulares para preservar la convivencia social. Cuando dichas disposiciones son desconocidas espontáneamente por los actores sociales, se hace necesaria la noción de tutela, para proteger las consecuencias derivadas del incumplimiento<sup>123</sup>.

Si dicha protección es brindada por un órgano jurisdiccional, se habla de “tutela jurisdiccional”, a través de la cual se inicia un proceso con el fin de que la tutela jurídica sea eficaz y se pueda alcanzar aquello que los sujetos de modo voluntario incumplieron, de modo que no se cause indefensión<sup>124</sup>.

Para emitir un pronunciamiento jurisdiccional, se requiere que se realicen alegaciones y se actúen pruebas contradictoriamente, las mismas que serán evaluadas por el juzgador, quien tras haber juicios de hecho y de derecho, establecerá qué situación jurídica será amparada por el Derecho concediéndose así la tutela solicitada<sup>125</sup>.

El ordenamiento permite excepciones a este tipo de actividad jurisdiccional, siendo una de estas formas permitidas la tutela jurisdiccional cautelar que nace como

---

<sup>122</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 130.

<sup>123</sup> Vid. *Ibíd*em, p 131.

<sup>124</sup> Vid. *Ibíd*em, p 32.

<sup>125</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. 2002, op. cit., p 55.

una necesidad creada por el propio proceso de declaración; esto porque imposible el amparo inmediato de las situaciones jurídicas de las cuales se solicita tutela, ya que para que las decisiones se tomen de manera justa y acertada, es necesario que se sigan una serio de actos que aseguren este objetivo<sup>126</sup>.

Es así que el proceso cautelar junto con el proceso de conocimiento y proceso de ejecución como formas de protección jurisdiccional forman un auténtico tertium genus.

De este modo, la actividad del juez puede ser de conocimiento, cuando se encamine a determinar la existencia de una situación jurídica de conflicto, en la cual establecerá quién de los justiciables tiene la razón, y dispondrá efectos jurídicos para resolver dicha controversia<sup>127</sup>.

Esta tutela cognitiva se realiza a través de un proceso convenientemente largo en el cual las partes que acuden al órgano jurisdiccional una vez ejercido su derecho a la defensa, persuaden al juzgador sobre la veracidad o no de las pretensiones que reclaman, de la lesión producida y solicitan efectos jurídicos para desaparecer dicha lesión<sup>128</sup>.

Será ejecutiva, cuando se recurre a la jurisdicción en busca de una actuación material, procurándole al titular del derecho subjetivo que lo decidido se imponga aún el obligado no esté de acuerdo<sup>129</sup>.

Esta forma de tutela trata de asegurar la eficacia del proceso, esto es, de aquello que se encuentra reconocido por el ordenamiento jurídico sea a través de un proceso de

---

<sup>126</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. 2002, op. cit., p 65.

<sup>127</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El proceso civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 194.

<sup>128</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 33.

<sup>129</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil". *El proceso civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 195.

conocimiento o a través del proceso ejecutivo<sup>130</sup>. Si no existiese la tutela ejecutiva la tutela jurisdiccional sería incompleta, ya que no se podría llevar a cabo aquella conducta que ha sido considerada por el juzgador como merecedora de protección<sup>131</sup>.

Por su parte, la tutela jurisdiccional será cautelar, cuando su finalidad sea asegurar el cumplimiento del fallo definitivo, evitando con ello que el proceso que inicia el demandante para protegerse de la situación jurídica de ventaja, no se convierta en irreparable o se haga más gravosa<sup>132</sup>.

Como se podrá apreciar, existe una importante diferencia entre un pronunciamiento de tipo cautelar y los demás, ya que al ordenamiento jurídico le importa lograr una efectiva protección de las situaciones jurídicas de ventaja, al disponer no sólo medidas que ayuden a identificarlas (tutela cognitiva), y posteriormente ejecutarlas (tutela ejecutiva) sino que además le importa impedir que dichas situaciones de ventaja se materialicen en lo que dura el proceso que se inicia necesariamente para conseguir la protección de sus derechos<sup>133</sup>.

Y es que hoy en día constituye una premisa fundamental que la efectividad de los derechos sea el fin del proceso cautelar, ya que la ciencia procesal ha sido consciente que la estructura del proceso de conocimiento y ejecutivo resultan insuficientes e inadecuados para proteger ciertas situaciones, ante lo cual, los últimos estudios procesales se han encargado de la búsqueda de nuevas y

---

<sup>130</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 129.

<sup>131</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 34.

<sup>132</sup> Vid. *Ibídem*.

<sup>133</sup> Vid. *Ibídem*.

diversificadas técnicas de tutela adaptadas que permitan atender a esta realidad<sup>134</sup>.

Es así como ha aparecido el instituto de las medidas cautelares como aquel medio idóneo que evita la frustración de los derechos del demandante que se podría ocasionar a causa del tiempo que demora el proceso en reconocer el derecho con la sentencia; caracterizándose este tipo tutela por ser un proceso en el que el principio de celeridad asume prevalencia, al reducir la cognición y al postergar la bilateralidad, de modo que se asegure una tutela eficaz<sup>135</sup>.

De este modo la tutela judicial cautelar es una modalidad de tutela judicial que asume el inconveniente del tiempo en el proceso, como una parte ineludible de éste, que viene justificado por la necesidad de asegurar el acierto de la decisión final<sup>136</sup>. Asimismo asume la posibilidad que el tiempo que dure el proceso, el demandado pueda adoptar medidas que disminuya su patrimonio dificultando o impidiendo la efectividad de la tutela concedida al demandante en el proceso de declaración<sup>137</sup>. En otras palabras asume el riesgo de infructuosidad y el peligro de la tardanza de la providencia principal<sup>138</sup>.

A tal efecto la normatividad procesal, nos otorga una serie de providencias cautelares como aquellos instrumentos que tienden a evitar estos peligros inherentes a la imperfección del proceso, y que garantizan la efectividad del

---

<sup>134</sup> Vid. DE LOS SANTOS, MABEL. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", en *Revista peruana de derecho procesal*. Tomo IV, Diciembre, 2001, p 75.

<sup>135</sup> Vid. DE LOS SANTOS, MABEL. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", en *Revista peruana de derecho procesal*. 2001, op. cit., p 76.

<sup>136</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho procesal civil*. 2002, op. cit., p 973.

<sup>137</sup> Vid. *Ibidem*, 973-974.

<sup>138</sup> Vid. CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p 480-481.



derecho que será decidido en sentencia al final del proceso<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. *Estudios de Derecho Procesal*. Idemsa, Lima, 2008, p 147.



### **CAPÍTULO III: INAUDITA PARTE: CARACTERÍSTICA PROPIA DEL PROCESO CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO**

#### **1. Inaudita parte: ¿característica necesaria para la eficacia de la concreción de la medida cautelar?**

El hombre para vivir en sociedad necesita de normas que regulen su convivencia con los demás. Estas normas son dadas por el ordenamiento jurídico, el mismo que brinda protección cuando sus principios generales son lesionados, buscando de este modo, equiparar las situaciones jurídicas de desventaja de los particulares con el fin de mantener así el orden establecido<sup>140</sup>.

Esta necesidad de regulación, no se presentó del mismo modo desde el principio de los tiempos, sino que este proceso tuvo su origen en la autocomposición, pero como una solución deficiente y peligrosa, por los graves daños que desencadenaba este tipo de defensa al exceder muchas veces los justos límites para conservarse<sup>141</sup>.

Abolida la autodefensa, como medio para solucionar conflictos, aparece su sustitución por el proceso, pasándose de un orden jurídico donde primaba el ejercicio de la fuerza privada como modo de satisfacer las pretensiones a uno heterocompositivo, donde un tercero imparcial, dotado de legitimidad y autoridad actuarán las controversias suscitadas entre un sujeto frente a otro<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 31.

<sup>141</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Materiales de enseñanza de teoría del proceso*. 1997, op. cit.

<sup>142</sup> Vid. *Ibídem*.

Pero el proceso como tal no está desprovisto de imperfecciones, toda vez que se enfrenta a un gran problema del cual es imposible librarse: el tiempo<sup>143</sup>.

Es así que la tutela otorgada por este instrumento jurídico puede convertirse en la peor amenaza respecto de la situación jurídica que se quiere tutelar, ya que al postergar su reconocimiento en el lapso que dura el proceso, el afectado puede poner en riesgo la efectividad del mismo, y originar así que se pierda el objetivo básico de la actividad judicial, que es tutelar de manera efectiva los derechos en conflicto<sup>144</sup>.

Es precisamente este caso de la relación entre el tiempo y el proceso, que plantea la disyuntiva de toda legislación procesal, que se resume en que la necesidad de hacer prontamente las cosas puede verse enfrentada con la necesidad de hacer bien las cosas<sup>145</sup>.

La demora genera peligros, provocando muchas veces, la amenaza de lesión o un perjuicio mayor que podría ser irreparable, pudiéndose premiar así, a quien produjo la lesión o mantiene la amenaza, perjudicando innecesariamente a quien el ordenamiento jurídico desea proteger<sup>146</sup>.

Pueden ser varias las razones que coadyuven al hecho de que el proceso conlleve tiempo y se extienda más allá de lo razonable, como la carga procesal, inadecuada organización judicial, falta de capacitación al personal, entre otras, y en el caso de las medidas cautelares podría ser el abuso del derecho del demandado quien puede crear

---

<sup>143</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 24.

<sup>144</sup> Vid. RIVAS, ADOLDO. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. 2005, op. cit., p 23.

<sup>145</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 27.

<sup>146</sup> Vid. *Ibíd*em p 26.

situaciones jurídicas desventajosas al ejercer su derecho de defensa prontamente<sup>147</sup>.

Frente a esta situación, surge el planteamiento de la siguiente interrogante: ¿si sólo una de las partes (en este caso del demandado) debería ser el único que sufriera las consecuencias por la demora del proceso?<sup>148</sup>

Teniendo en cuenta que ese tiempo que toma el proceso no depende de una sola de las partes sino de cada uno de los sujetos procesales incluyendo la del demandado y juez, se concluye que para mantener la igualdad entre las partes y para que la justicia sea efectiva, se hace necesario que las cargas sean repartidas entre los litigantes para que así no se vea perjudicada sólo uno de ellos<sup>149</sup>.

Ante todo este panorama surge como una la tutela cautelar como una de las formas para hacer frente a este problema, pues como diría el autor italiano Calamandrei<sup>150</sup>: “En un ordenamiento procesal, puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo, que en el mismo momento en el que el titular presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.

En este sentido el instituto de las medidas cautelares y la regulación del inaudita parte para su procedimiento tiene por finalidad: que el solicitante de la medida no se vea perjudicado por la situación jurídica de ventaja que pueda tomar el afectado si llegase a tomar conocimiento antes de tiempo de la concesión de la medida<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 27.

<sup>148</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 27.

<sup>149</sup> Vid. *Ibíd.*

<sup>150</sup> Cfr. CALAMANDREI, PIERO. “Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares”. *Medidas cautelares*. 2002, op. cit., p 483.

<sup>151</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 115.

Esta tutela, asegura por ello, los efectos de la providencia cautelar previniendo el daño que se podría ocasionar por la demora del proceso mismo, convirtiéndose de este modo en la principal herramienta del solicitante de la medida para garantizar provisionalmente la eficacia práctica y real de una eventual decisión jurisdiccional<sup>152</sup>.

En otras palabras, la regulación del inaudita parte, pretende asegurar que la demora del proceso, no convierta en inejecutable el fallo definitivo, como por ejemplo: si se demanda por la vía ejecutiva exigiendo el pago de una deuda, sería inútil si durante el tiempo que dura el proceso, el deudor tenga abierta la posibilidad de disponer sobre sus bienes, disminuyendo su patrimonio hasta tal punto de quedarse en la insolvencia absoluta, con lo cual al momento de ejecutar el fallo éste quedaría sin poder llevarse a cabo<sup>153</sup>.

En este orden de ideas, el hecho que las medidas cautelares se sustancien sin tener en cuenta los fundamentos de la parte contraria se ve justificada por razones de efectividad en la protección de la relación material que es objeto del proceso, ya que puede ser que lo solicitado por el demandante se torne de imposible realización al actualizarse el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional por la realización de actos maliciosos o voluntarios por parte del afectado<sup>154</sup>.

Lo que hace la tutela cautelar es prevenir dicha situación de amenaza, disponiendo los mecanismos necesarios para asegurar la viabilidad de la pretensión, al momento de finalizar el proceso<sup>155</sup>.

Ante esta situación y evitar que el trámite sea inútil, resulta necesario que el demandante pueda acudir al órgano jurisdiccional y ponga a buen recaudo los bienes que pueda

---

<sup>152</sup> Vid. RAMOS MENDEZ, FRANCISCO. *Derecho Procesal Civil*. José María Bosch Editor S.A, Tomo II, Barcelona, 1992, p 941.

<sup>153</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1997, op. cit., p 16.

<sup>154</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 135.

<sup>155</sup> Vid. *Ibidem*.

tener el demandado, a fin de garantizar el eventual amparo de su pretensión, es decir, funciona como un medio para hacer posible el cumplimiento del fallo definitivo<sup>156</sup>.

Ciertos autores, dentro de los cuales destaco la opinión de Eugenia Ariano Deho, ha manifestado que se ha difundido en nuestro ordenamiento, la idea de que la cautela se conceda o deniegue a través de un procedimiento que no tiene en cuenta la participación del sujeto pasivo de la medida cautelar hasta tal punto de considerarla inherente a la naturaleza del proceso cautelar<sup>157</sup>.

En el mismo sentido Francisco Ramos Romeu, manifiesta que el derecho a la tutela cautelar entra en conflicto respecto de otros derechos fundamentales, no solamente con la propia tutela efectiva del afectado sino también entra en conflicto con los derechos de defensa y el derecho a ser oído<sup>158</sup>.

Respecto a la idea expuesta por el autor en el párrafo precedente, es necesario precisar, que no es posible encontrar contenidos de derechos humanos que se contrapongan, ya que detrás de éstos se encuentra el hombre como unidad unitaria y coherente que hace que no se pueda perseguir un bien humano hasta poner en riesgo otro bien que ese mismo sujeto comparte con el resto de los individuos, de modo que la ruptura de la mencionada unidad y equilibrio es sólo aparente<sup>159</sup>.

Asimismo, la misma naturaleza del titular de los derechos hace que la interpretación sea unitaria y coherente, sobre todo cuando se trata de normas constitucionales que reconocen derechos humanos, pues de lo contrario se vería

---

<sup>156</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1997, op. cit., p 16.

<sup>157</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. 2010, op. cit., p 68.

<sup>158</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 127.

<sup>159</sup> Vid. DE DOMINGO, TOMÁS. *¿Conflicto entre derechos fundamentales?.* Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2001, p 357.

negada la misma naturaleza humana como base de los derechos<sup>160</sup>.

En mi opinión, hay una manera de solucionar lo que dicen estas posturas que enfrentan el derecho a la tutelar cautelar con el derecho de defensa, y es a través del test de ponderación y proporcionalidad, herramientas que también son tomadas en cuenta en la dinámica de tutela cautelar<sup>161</sup>.

Respecto al test de ponderación, debe entenderse, no como lo entiende las tesis conflictivistas de los derechos fundamentales, que proponen los derechos fundamentales como realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar y ante dicha situación de conflicto reducen todo a preferir un derecho desplazando al otro, poniendo uno de los derechos en conflicto por encima del otro<sup>162</sup>.

Ya que no es objeto del presente trabajo hacer crítica a las tesis conflictivistas de los derechos fundamentales, me referiré en este punto a la explicación de este test de ponderación y proporcionalidad.

Se debe partir, que cuando se trate de controversias que involucren derechos fundamentales, se debe determinar en primer lugar el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, para lo cual deben tenerse en cuenta los parámetros constitucionales dados por la naturaleza jurídica del derecho fundamental y por la concreta finalidad que se persigue con el derecho fundamental en particular<sup>163</sup>.

Todo esto trasladado al ámbito de la dinámica cautelar se entiende del siguiente modo: si la naturaleza de las medidas cautelares es ser instrumento procesal para prevenir los posibles perjuicios que le podrían ocurrir al titular del derecho pretendido por la demora del

---

<sup>160</sup> Vid. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*. 2010, op. cit., p 96.

<sup>161</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. *“Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil”*. 2010, op. cit., p 69.

<sup>162</sup> Vid. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*. 2010, op. cit., p 88.

<sup>163</sup> Vid. *Ibidem*, p 101.



pronunciamiento jurisdiccional definitivo; siendo su finalidad, garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva anticipando para ello provisoriamente los efectos de la providencia definitiva.

Lo expuesto, justifica la estructura inaudita parte de las medidas cautelares en el procedimiento para su concesión, pues con ello se logra que la eficacia del derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso, y se evita que pierda su virtualidad durante su sustanciación<sup>164</sup>.

No digo con ello que la estructura inaudita prevista en nuestro procedimiento cautelar sea preferida en razón de procurar la eficacia de la medida cautelar antes que el derecho del contradictorio, ya que la posibilidad de ejercer el mismo, estará presente en el desarrollo del proceso cautelar, garantizando la igualdad de las partes.

Asimismo hay que tener en cuenta que el contenido de los derechos no es ilimitado, entendiéndose esto último en el sentido de que el contenido de los derechos viene limitado por su propia naturaleza que lo contorna y por la finalidad del derecho mismo<sup>165</sup>. Esto es con otras palabras: “los diferentes derechos cuentan con rasgos propios que limitan su alcance”<sup>166</sup>.

En este sentido, cuando nuestro Tribunal Constitucional analiza el contenido esencial del derecho de defensa, precisa que este derecho comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión quedando su ejercicio conculcado cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios sino aquellos que atentan contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, esto

---

<sup>164</sup> Vid. MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL. *Medidas Cautelares*. 1999, op. cit., p 27.

<sup>165</sup> Vid. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*. 2010, op. cit , p 101.

<sup>166</sup> Cfr. ESPINOZA-SALDAÑA, ELOY, “Intimidad, libertades informativas y algunas técnicas para poder hacer frente a una disputa aparentemente inacabable”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, núm. 2, 2000, p 407.

es, cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos<sup>167</sup>.

En el caso de las medidas cautelares, la estructura inaudita parte de nuestro procedimiento cautelar no deja en estado de indefensión a la parte afectada con la medida, ya que como mencionaré más adelante, la contraparte tiene mecanismos de hacer valer sus pretensiones contrariamente a las del pedido cautelar<sup>168</sup>.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez sostiene que: “la reserva en el conocimiento de la otra parte antes de conceder la medida cautelar, no significa en modo alguno que se han quebrado los principios de bilateralidad y contradicción, ni hay contradicción entre estos derechos. Lo que ocurre es que se ha postergado legítimamente, suspendiéndolo en atención a la peculiar naturaleza de la ejecución de la medida cautelar<sup>169</sup>”.

Y es que el traslado del contradictorio hacia el momento posterior al de la ejecución de la medida cautelar no responde a una limitación injustificada de los derechos de la parte afectada de argumentar su derecho, sino que se debe a una disposición introducida por la ley, que si bien realiza una variación en el modo de ejercer el derecho el derecho de defensa, no transgrede el contenido esencial del derecho del mismo, toda vez que no deja en estado de indefensión al sujeto pasivo, asegurándole oportunidades de intervención a lo largo de todo el proceso.

A mi juicio el Tribunal Constitucional cuando dice en referencia al derecho de defensa, que no cualquier imposibilidad de ejercer los medios legales suficientes afectan este derecho sino aquellos que atentan contra el contenido constitucionalmente protegido, no hace más que expresar el contenido limitado que tienen los derechos y

---

<sup>167</sup> STC N° 01147-2012-PA/TC.

<sup>168</sup> Vid. Supra. Cap. III, 2.

<sup>169</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1997, op. cit., p 23.

según el cual el legislador estaría habilitado a realizar restricciones del derecho que se trate, siempre y cuando no afecten su contenido esencial, de modo que el ejercicio de ese derecho no se expanda ilimitadamente.

De este modo se puede observar que ni el derecho de defensa es absoluto que impida se realicen variaciones en su forma, ni el derecho a la tutela cautelar es ilimitado que haga desaparecer todos los mecanismos de defensa que tenga la contraparte en el proceso. Con lo cual nuestro modelo cautelar responde a un esquema equilibrado que no pone en riesgo el ejercicio de los derechos.

De otro lado al hablar el tema de la tutela cautelar y en específico cuando se cuestiona si la ausencia de bilateralidad o contradictorio en la actual regulación de las medidas cautelares es o no adecuada, resulta inevitable no tratar del tema de la efectividad, como aquel valor que se privilegia en la dinámica de la tutela cautelar frente a la introducción del contradictorio en el procedimiento para la concesión - denegación de la medida cautelar.

Y es que el proceso tiene vocación de eficacia en tanto su finalidad no es solamente la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional, sino también de que éste surta efectos y más aún ante la demora del dictado de la resolución definitiva que podría hacer que la decisión judicial sea una mera declaración<sup>170</sup>.

Es así como surgen las medidas cautelares que con la estructura presentada (ausencia de contradictorio), se configura como el mecanismo para conseguir esta deseada eficacia en tanto asegura provisionalmente la ejecución, garantizando así el éxito de la ejecución<sup>171</sup>.

En este sentido, hacer que los acuden al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela, sufran las consecuencias de un proceso indebidamente largo y engorroso, que no brinde una pronta, adecuada y efectiva

---

<sup>170</sup> Vid. RAMOS MENDEZ, FRANCISCO. *Derecho Procesal Civil*. 1992, op. cit., p 941.

<sup>171</sup> Vid. *Ibíd.*

protección de sus intereses, es una humillación, un ataque directo a su dignidad, fundamento de todo Estado que sea constitucional y democrático<sup>172</sup>.

De este modo, la regulación del inaudita parte, convierte a las medidas cautelares en una herramienta idónea para la tutela efectiva de derechos, que evita que el ser humano sufra la humillación de un proceso largo e ineficaz, al encontrar su fundamento en el respeto de la dignidad del ser humano<sup>173</sup>. Sin dicha estructura, el derecho sería una mera declaración.

## **2. Inaudita parte ¿vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional?**

El proceso, es un instrumento previsto por el ordenamiento jurídico donde se despliega la potestad jurisdiccional del Estado para proteger derechos, constituyéndose en una herramienta fundamental que sirve para lograr la eficacia de los valores que han sido recogidos dentro del mismo ordenamiento jurídico.<sup>174</sup>

Asimismo se entiende como aquel conjunto de actos relacionados entre sí, realizados voluntariamente con el objeto de crear, desarrollar o extinguir relaciones jurídicas, apuntando estos a una misma dirección: permitir el desarrollo de la actividad jurisdiccional<sup>175</sup>.

Se hace de este modo necesario, que el legislador diseñe procedimientos para viabilizar los derechos materiales llevados a su instancia y sea eficaz al momento de asignarlos en aras de concretar el valor justicia en sus decisiones<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 117.

<sup>173</sup> Vid. *Ibidem*.

<sup>174</sup> Vid. *Ibidem*, p 21.

<sup>175</sup> Vid. PEYRANO, JORGE. *El proceso atípico*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993, p.216.

<sup>176</sup> Vid. TICONA POSTIGO, VÍCTOR. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*. Grijley, Lima, 2009, p 24.

Nuestro Tribunal también se ha pronunciado en este sentido, cuando manifiesta que para que la tutela jurisdiccional sea efectiva a pesar del tiempo que demore el proceso, se hace necesaria la adopción de procedimientos o mecanismos adecuados para que la decidido por el juez tenga efectividad real a través de su estricto cumplimiento<sup>177</sup>.

En este contexto aparece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho constitucional, por el cual toda persona como integrante de una sociedad puede acceder a los órganos jurisdiccionales para que sus pretensiones sean atendidas a través de un debido proceso con garantías mínimas<sup>178</sup>.

A través de este derecho se hace posible la efectivización de los derechos contenidos en las normas jurídicas, dándose una solución ajustada a justicia, lográndose así una tutela jurisdiccional pronta y eficaz.<sup>179</sup>

La tutela jurisdiccional efectiva como una garantía que informa el proceso, debe estar durante todo el proceso, pues se trata del derecho al proceso, como aquel derecho de acceder al órgano jurisdiccional para garantizar la tutela de los derechos en tanto y en cuanto sean afectados u lesionados por el Estado o por particulares, y se entiende también, como derecho en el proceso, es decir, como aquel conjunto de garantías mínimas que el Estado debe asegurar

---

<sup>177</sup> STC N° 0015-2001-AI/TC: "Respecto de los jueces, el glosado derecho exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento.

<sup>178</sup> Vid. GONZÁLES PEREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, 3era edición, Madrid, 2001, p 29.

<sup>179</sup> Vid. ROLANDO MARTEL CHANG. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Palestra Editores, 1era edición, Lima, 2003, p 37 y 38.

a toda persona en un proceso, a fin de que éstas puedan ejercer plenamente sus derechos.<sup>180</sup>

De otro lado, la tutela cautelar como una forma de tutela jurisdiccional que brinda el ordenamiento jurídico<sup>181</sup>; se presenta como aquella forma que tiene el ordenamiento jurídico de evitar que se torne irreparable la lesión de la situación jurídica como consecuencia de las situaciones jurídicas de ventaja que se puedan originar por la duración misma del proceso, que podrían frustrar el derecho del solicitante.<sup>182</sup>

Esta forma de tutela (tal y como postulo en este trabajo de investigación), no es contradictoria con el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, pues frente al derecho a la tutela judicial efectiva del peticionario de la medida cautelar, se tiene como contrapartida el derecho de contradicción del afectado en aras de asegurar el principio de igualdad procesal<sup>183</sup> y como una forma de asegurar a los ciudadanos el acceso a la justicia, contenido esencial del derecho en cuestión.

Respecto a lo expresado en el párrafo anterior, en la doctrina nacional se han generado corrientes contradictorias a partir de la confrontación del trámite inaudita altera pars con la garantía procesal del contradictorio y su relación con la efectividad de la tutela jurisdiccional.<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> Vid. ROLANDO MARTEL CHANG. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. 2003, op. cit., p. 45.

<sup>181</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 117.

<sup>182</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. 2006, op. cit., p 125.

<sup>183</sup> Vid. VERAMENDI FLORES, ERICK. "La impugnación de la decisión cautelar: A propósito de la oposición". *Manual del Código Procesal Civil*. 2001, op. cit., p 135.

<sup>184</sup> Vid. ALFARO VALVERDE, LUIS. "Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano cautelar: bosquejo para una teoría cautelar equilibrada". *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, 1era Edición, Lima, 2013, p 84.

La mayoría de autores nacionales, como Mariano Peláez Bardales<sup>185</sup>, Juan José Monroy Palacios<sup>186</sup>, Erick Veramendi Flores<sup>187</sup>, se han decantado por expresar que el principio inaudita altera pars no afecta el principio de contradicción sustentando que éste solamente se desplaza de modo que se mantenga la eficacia de medida.

De otro lado son pocas las voces que se han manifestado de modo contrario, como la profesora Eugenia Ariano Deho, Luis Alfaro Valverde, quienes manifiestan que el método para la concesión de cualquier medida cautelar es inconstitucional por cuanto se vulnera la garantía del contradictorio, como aquella garantía que hace posible exista un verdadero proceso.

A pesar de las manifestaciones de la doctrina, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal y como lo establece el artículo 637° del CPC, las medidas cautelares se ordenan y ejecutan inaudita parte, esto es, sin que el Juzgador escuche a la otra parte y tenga en cuenta sus motivaciones para tomar la decisión de conceder o no la medida cautelar<sup>188</sup>.

Esta regulación, en mi opinión, no implica un desconocimiento del principio de bilateralidad o contradictorio sino que implica reformulación en función a las características, naturaleza y función de la medida cautelar como aquella figura jurídica que nació desde sus orígenes para asegurar la eficacia del proceso.<sup>189</sup>

La bilateralidad o contradictorio cautelar, no se ve afectado, sino que se difiere el traslado del pedido cautelar postergándolo hacia un momento posterior de mayor

---

<sup>185</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 33.

<sup>186</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 134.

<sup>187</sup> Vid. VERAMENDI FLORES, ERICK. "La impugnación de la decisión cautelar: A propósito de la oposición". *Manual del Código Procesal Civil*. 2011, op. cit., p 137.

<sup>188</sup> Vid. *Ibíd*em, p 133.

<sup>189</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 133-134.

pertinencia<sup>190</sup>, de modo que el afectado no podrá interponer ningún recurso sino hasta después haber sido notificado con la ejecución de la medida, momento en el cual podrá discutir sobre la validez de la medida concedida.

De no ser así se pondría en aviso al afectado, dando cabida a que éste realice actos que disminuyan su patrimonio creando situaciones de ventaja respecto de la parte demandante, que podrían frustrar el derecho que tienen los que solicitan tutela cautelar de hacer efectivas las decisiones a las que se pueda arribar en el proceso.

Piénsese no solamente en el caso de las obligaciones dinerarias sino también, por ejemplo en el caso de un proceso de divorcio en el que por sus particulares circunstancias resulta indispensable definir la situación legal de los cónyuges, la de los hijos, entre otros, de tal modo que se garantice la estabilidad de la institución familiar ; o también en el caso de obligaciones alimentarias, donde es imprescindible por la naturaleza de las necesidades en juego fijar la prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado, mientras se determina la certeza del vínculo obligacional<sup>191</sup>.

Si bien algunos modelos del derecho comparado como Italia, Alemania, España y Brasil han optado por hacer del contradictorio la regla que rija en materia cautelar<sup>192</sup>, cabe apuntar que dichos modelos no se adaptan a nuestra realidad en tanto no gozamos de un sistema judicial que imparta justicia pronta y oportuna para satisfacer las demandas de justicia de la que se necesita en las situaciones que tutelan las medidas cautelares<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 2002, op. cit., p 134.

<sup>191</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 34.

<sup>192</sup> Vid. ALFARO VALVERDE, LUIS. "Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano cautelar: bosquejo para una teoría cautelar equilibrada". *Las medidas cautelares en el proceso civil*. 2013, op. cit., p 106.

<sup>193</sup> Vid. GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2010, p 87.



Los problemas antes descritos, ponen en riesgo la efectiva realización de la justicia ya que dichas situaciones podrían dar lugar a que cuando llegue el momento de dictarse la decisión, ésta carezca de sentido<sup>194</sup> y al no poderse adoptar la medida pretendida al llegar la sentencia, la situación contraria al ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso con dicha medida se volvería irreversible.

De este modo se consumaría definitivamente dicha violación, haciendo imposible o dificultando gravemente el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado; lesionándose así el derecho a la tutela judicial<sup>195</sup>.

Asimismo resulta conveniente recalcar que la noción de igualdad inherente a todo tipo de proceso, no responde al tipo de una formula aritmética, donde no sea posible incluir algunas pequeñas desigualdades motivadas por cuestiones técnicas<sup>196</sup>. En el caso de las medidas cautelares el traslado del contradictorio, no viola su esencia, ni lo sacrifica para garantizar la tutela cautelar, ya que el mismo será dispuesto a las partes una vez ejecutada la medida.

También se puede decir, que esta ausencia del derecho de defensa, no vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que a lo largo del desarrollo de nuestro procedimiento, se han previsto una serie de mecanismos intentan asegurar la igualdad de las partes, sopesando la falta de contradictorio previo.

Así en la dinámica de nuestro modelo cautelar se exige como requisito para la concesión de la medida cautelar, la exigencia de la proporcionalidad. que en lo que respecta al tema tratado, se constituye como un mecanismo de ponderación para el marco de actuación de los órganos jurisdiccionales quienes deberán llevar a cabo un juicio de razonabilidad sobre el fin que se pretende con la medida interpuesta y las circunstancias concurrentes.

---

<sup>194</sup> Vid. GONZÁLES PÉREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2001, op. cit., p 369.

<sup>195</sup> Vid. *Ibíd*em, p 369-370.

<sup>196</sup> Vid. PEYRANO, JORGE. *El proceso civil*. 1978, op. cit., p 147.

Este requisito pretende, equilibrar los intereses por un lado del actor quien se beneficia con la adopción de la medida cautelar y por otro lado los intereses del demandado quien no ha sido escuchado en el proceso, determinando así si la medida cautelar es proporcionada o no<sup>197</sup>, es decir que no signifique una desventaja para el afectado de la medida mientras se beneficia desmedidamente al demandante, sino que la tutela sea solicitada para lograr la finalidad de la tutela<sup>198</sup> de modo que se mantenga la igualdad de las partes en el proceso.

La presencia de esta exigencia, faculta con discrecionalidad al juez, para analizar qué medida es la adecuada o no al fin perseguido con la misma, de modo que funciona como un filtro de que no deja pasar aquellas medidas que no requieran una necesaria tutela cautelar.

La razonabilidad en el procedimiento cautelar peruano, no sirve para tomar la decisión de amparar o denegar una determinada medida cautelar sino, que el juzgador ponderará para determinar si la medida en cuestión es merecedora de tutela cautelar por ser necesaria para el cumplimiento de los fines de la medida cautelar.<sup>199</sup>

Como se tratará más adelante, en el derecho comparado, el modelo cautelar español, ha regulado que el procedimiento para la concesión o rechazo de una medida cautelar sea con previa audiencia del demandado y sólo excepcionalmente cuando se acrediten la concurrencia conjunta de los presupuestos de urgencia y necesidad, el

---

<sup>197</sup> Vid. VALVERDE GONZÁLES, MANUEL ENRIQUE. "Las medidas cautelares como medio de aseguramiento de la tutela efectiva". *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, 1era Edición, Lima, 2010, p 140.

<sup>198</sup> Vid. *Ibíd*em, p 144.

<sup>199</sup> Vid. CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. 1992, op. cit., p 185.

tribunal autorizará la realización del trámite sin audiencia del demandado<sup>200</sup>.

A mi juicio, la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro procedimiento cautelar hace que no sea necesario el análisis por separado (admisión de medidas cautelares con audiencia previa y sin audiencia previa) que realiza el modelo español cuando exige la acreditación conjunta de los requisitos de urgencia y necesidad para que excepcionalmente se concedan medidas cautelares sin previa audiencia, ya que en nuestro ordenamiento esta necesidad y urgencia de la medida cautelar es analizado desde el momento de la presentación de la medida cautelar, cuando el juez con las facultades discrecionales concedidas analiza si la medida cautelar presentada es merecedora de tutela cautelar.

Es así, que cuando el juez evalúa al momento de la presentación del pedido cautelar, si la medida es adecuada o no, pero sobre todo si es necesaria o no, analiza finalmente qué medida es pertinente para otorgar la tutela correspondiente, de modo que este previo análisis por parte del juzgador no pone en riesgo la efectividad de la medida cautelar, como a mi juicio sí lo hace el modelo español cuando exige que se pruebe la urgencia y necesidad de la misma, ya que ese tiempo que toma el análisis de dichos presupuestos dentro del proceso, es un tiempo que juega en contra de la efectividad de la medida cautelar.

Esta justificación, salvaguarda la actual estructura del trámite para la concesión de las medidas cautelares, a diferencia de los países que mantiene la estructura del inaudita parte como excepción.

Además, nuestro ordenamiento prevé las facultades de variación y sustitución de la medida cautelar, como otro de los mecanismos que tiene la contraparte para hacer frente a la falta de contradictorio previo; según las cuales el afectado

---

<sup>200</sup> Vid. ALFARO VALVERDE, LUIS. *“Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar: propuesta para un modelo equilibrado”*. Estudios sobre las medidas cautelares. Gaceta Jurídica, 1era edición, 2010, p 123.

puede solicitar la modificación de la medida cautelar solicitada, variando su forma, los bienes sobre los que recae, su monto, así como sustituyendo el órgano de auxilio judicial y también podrá sustituirla, depositando el monto fijado en la medida cautelar u ofreciendo garantía suficiente a criterio del juez.

Finalmente y no por eso menos importante deja de ser la exigencia de la contracautela, que se basa en el principio de igualdad, configurándose como un mecanismo que equilibra la concesión de la medida cautelar, ya que por un lado asegura un derecho que aún no ha sido amparado judicialmente y sin que se haya escuchado a la parte contraria y por otro lado tiende a cubrir los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar su concesión al destinatario de la misma si aquel derecho no existiera<sup>201</sup>.

Este requisito, se basa en el principio de igualdad, configurándose como un mecanismo que equilibra la concesión de la medida cautelar, ya que por un lado asegura un derecho que aún no ha sido amparado judicialmente y sin que se haya escuchado a la parte contraria y por otro lado tiende a cubrir los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar su concesión al destinatario de la misma si aquel derecho no existiera<sup>202</sup>.

Se puede decir entonces, que la ausencia de contradictorio previo que prevé nuestro modelo cautelar no pone en riesgo la efectividad de la tutela jurisdiccional, toda vez que el mismo, dota de mecanismos a la parte afectada, que equilibran los riesgos en su contra que podrían ocasionar las medidas interpuestas, de tal modo que se pretende contrarrestar el traslado del contradictorio hasta una vez ejecutada la medida cautelar

---

<sup>201</sup> Vid. ARAZI, ROLAND. *Medidas Cautelares*. Astrea, Buenos Aires, 2007, p 7.

<sup>202</sup> Vid. *Ibíd.*

**CAPÍTULO IV:**  
**ANÁLISIS DE LA REGLA DE LA AUSENCIA DE**  
**CONTRADICTORIO:**

**1. Argumentos a favor**

El legislador peruano ha previsto desde que se introdujo en el ordenamiento procesal el instituto de las medidas cautelares, la regla única y exclusiva del inaudita altera pars, mediante la cual se concederá o rechazará una determinada medida cautelar, sin oír a la parte afectada con la misma, conforme se establece en el primer párrafo del artículo 637 del CPC<sup>203</sup>.

Dicho planteamiento ha sido objeto de críticas, que han desencadenado argumentos a favor y argumentos en contra, a partir de la confrontación del trámite inaudita altera pars con la garantía procesal del contradictorio y del derecho constitucional a la defensa<sup>204</sup>.

Los argumentos a favor han sido esbozados por un gran sector de la doctrina, quienes han tratado de explicar la razón de la estructura del procedimiento cautelar manifestando que esta reserva, no vulnera los principios de bilateralidad y contradictorio ni es inconstitucional.

De este modo el autor Juan Monroy Gálvez afirma que dichos principios no han sido quebrantados sino que han quedado suspendidos en atención a la especial y particular naturaleza de la ejecución de la medida cautelar, prueba de

---

<sup>203</sup> Vid. ALFARO VALVERDE, LUIS. *“Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar: bosquejo para una teoría cautelar equilibrada”*. 2013, op. cit., p 86.

<sup>204</sup> Vid. *Ibíd*em, p 84.

ello es que una vez que se efectiviza la misma, el afectado puede discutir su validez<sup>205</sup>.

Y es que la estructura inaudita parte prevista en nuestro ordenamiento ha sido regulada así desde sus orígenes, manteniéndose constante a pesar de las reformas que han tratado de dinamizar esta forma de tutela. En este sentido los autores que estaban en contra de la regulación de este trámite, criticaban que en la regulación anterior a la de la ley N° 29384 sólo preveía como medio de defensa la formulación de apelación, que funcionaba como forma de introducir por primera y única vez su defensa, y que dejaba sin sustento el derecho a la doble instancia, ya que no había forma posterior alguna en la que el afectado con la medida cautelar pudiese discutir la validez de la pretensión cautelar interpuesta por el demandante<sup>206</sup>.

La promulgación de la Ley N° 29384 del 28 de junio del 2009 vino a modificar la situación antes descrita, de modo que el actual procedimiento cautelar, no sólo prevé la posibilidad de que el demandado tras la notificación de la medida cautelar ejecutada, pueda ejercer su derecho de defensa formulando apelación, sino que esta vez se prevé también la posibilidad de que el afectado pueda formular su defensa a través de la oposición, pudiendo apelar (en segundo término) la resolución que deniega la oposición.

Es así, que tras la modificatoria introducida por la mencionada ley, se asegura el acceso a la doble instancia al afectado con la medida cautelar, de modo que el procedimiento cautelar goza de un mayor equilibrio donde el sujeto pasivo de la petición cautelar no se ve perjudicado con la ausencia de contradictorio previo.

En este sentido, como ya he referido anteriormente, no debe interpretarse que el procedimiento cautelar peruano beneficia desmedidamente al solicitante de las medida cautelar, dejando desprotegido al afectado con la misma, ya que nuestro ordenamiento ha previsto mecanismos a los

---

<sup>205</sup> Vid. MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. 1987, op. cit., p 23.

<sup>206</sup> Vid. PRIORI POSADA, GIOVANNI. *“El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”*, op. cit., p 196-197.

demandados, con los que puedan hacer frente a las pretensiones del accionante.

De lo expuesto anteriormente justifico lo expuesto por Juan Monroy Gálvez, ya que la ausencia del contradictorio previo, sólo es desplazado, más no eliminado, porque nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que el afectado con la medida cautelar pueda oponerse y discutir la validez de la pretensión cautelar tras las alegaciones del solicitante de la medida; será en un primer momento, una vez ejecutada la medida cautelar (con la oposición), y otra, cuando su defensa es denegada (con la apelación).

Las oportunidades de defensa para el afectado con la medida cautelar se mantienen, pero para garantizar el objeto al que tiende la tutela cautelar, la notificación de la medida cautelar y la respectiva posibilidad de recurrirla es trasladada hacia el momento en la que la misma sea ejecutada.

Asimismo, Juan José Monroy Palacios<sup>207</sup> y Marianella Ledesma Narváez<sup>208</sup> manifiestan que esta especial situación del principio contradictorio no implica su desconocimiento, sino que se trata de una reformulación en función a sus particulares características que engloba dicha etapa cautelar, cuya finalidad es asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos necesarios que neutralicen la amenaza inminente de que disminuya total o parcialmente su patrimonio en detrimento de los derechos del demandante.

A juicio, la idea expuesta por estos autores, no sólo pone de manifiesto el traslado del contradictorio hacia un momento posterior (una vez ejecutada la medida) sino que además, pone énfasis en la necesidad de la presencia de este trámite, como aquella característica que impide la actualización de los peligros que pueda sufrir el solicitante de la medida cautelar cuando el afectado con la misma realice actos que impidan la satisfacción del derecho solicitado, y ponga en pie de desigualdad a la parte que

---

<sup>207</sup> Vid. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. Bases para la formación de una teoría cautelar. 2002, op. cit., p 133-134.

<sup>208</sup> Vid. LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. 2008, op. cit., p 94.

requiere la tutela cautelar, al eliminar la posibilidad de hacer efectiva la decisión a la que se llega en el proceso principal<sup>209</sup>.

En el mismo sentido, Rolando Martel Chang, afirma que la privación del derecho de defensa del demandado obedece a la finalidad de la medida cautelar en tanto ésta tiende a impedir los actos que impliquen la disminución del patrimonio del demandado, que servirían para asegurar los derechos del que solicita la precautoria. De modo que lo que se establece es una restricción temporal del derecho de contradicción, el mismo que se restablece una vez que la medida haya sido ejecutada<sup>210</sup>.

Como anteriormente he expuesto, este desplazamiento del contradictorio previo hacia el momento de la ejecución de la medida cautelar, se fundamenta en la finalidad misma de la medida cautelar, ya que dar aviso a la parte afectada de la interposición de una petición cautelar en su contra, puede dar lugar a actuaciones pícaras por parte éstos, que pongan en riesgo los derechos que se pretenden asegurar con la medida cautelar, ante lo cual el objetivo de hacer efectiva la decisión final expedida en el proceso, quedaría sin sustento.

Por otro lado Mariano Peláez Bardales sostiene que el procedimiento para conceder o rechazar una medida cautelar, tiene en cuenta la celeridad de su trámite, lo que hace que en su sustanciación el afectado no tenga ninguna intervención sino hasta después que se haya ejecutado la providencia. Este modo de adoptar las medidas cautelares no significa que se estén violando las garantías de bilateralidad, contradictorio y defensa, sino que éstas son diferidas en el tiempo de manera que el ejecutado podrá oponerse a la misma una vez que se hayan ejecutado<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Vid. *Infra.*, Cap. II, 2.

<sup>210</sup> Vid. MARTEL CHANG, ROLANDO. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. 2003, op. cit., p 62.

<sup>211</sup> Palabras de LUCIANO CUEVA CHAUCA en el prólogo al libro PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p xv.



Desde mi perspectiva el riesgo que podría enfrentar la medida cautelar si es notificada al afectado con la misma pone de manifiesto la necesidad del trámite inaudita parte para que se mantenga la típica sumariedad que caracteriza a la tutela cautelar, que sólo es posible si las actuaciones en el proceso se realizan con celeridad. Y es que como haré alusión más adelante, los modelos cautelares que tienen como regla el contradictorio previo para la concesión o rechazo de la medida cautelar, pueden impedir en el peor de los casos la ejecución de lo solicitado, ya que ese tiempo que toma la fase del ejercicio de pruebas y alegaciones en la fase inicial (y no después de ejecutada la medida cautelar como lo prevé el modelo peruano) hace que el trámite cautelar pierda celeridad por los mismos tiempos que toman dichas actuaciones, lo que pone en riesgo la eficacia de la precautoria.

En este orden de ideas Erick Veramendi Flores, reconoce a las medidas cautelares como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que debe prevalecer sobre los derechos de defensa del afectado de tal forma que se asegure la eficacia del proceso, justificando así la postergación del derecho de contradicción del demandado<sup>212</sup>.

En el mismo sentido, Aníbal Quiroga León expone que si bien en el procedimiento cautelar existe una relativización del contradictorio, éste sólo se justifica para salvaguardar el derecho de tutela judicial efectiva, pero que éste instituto de ningún modo afecta a otros mecanismos de defensa procesal<sup>213</sup>.

Asimismo, Martín Hurtado Reyes expresa que esta bilateralidad no se ve aniquilada sino que solamente es desplazada por razones de urgencia y peligro en la demora, no afectando en nada el derecho de defensa de la parte

---

<sup>212</sup> Vid. VERAMENDI FLORES, ERIRCK. “La impugnación de la decisión cautelar: A propósito de la oposición”. *Manual del Código Procesal Civil*. 2011, op. cit., p 137.

<sup>213</sup> Vid. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. “La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil”. *El Proceso Civil: problemas fundamentales del proceso*. 2011, op. cit., p 197.

afectada con la medida cautelar, todo esto para hacer efectiva la ejecución de la medida, quedando plenamente garantizado el contradictorio con la posibilidad que tiene el demandado de oponerse a la providencia una vez concedida y ejecutada<sup>214</sup>.

En mi opinión, lo manifestado por estos autores no hace más que confirmar la relación intrínseca que existe entre la tutela cautelar y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el que encuentra su fundamento, que se hace más intensa en los modelos procesales que regulan el inaudita parte en su procedimiento cautelar, ya que este tipo de modelo asegura eficazmente el cumplimiento de decisión final, al incorporar el factor sorpresa que impide la realización de conductas maliciosas que tornen irreparable las situaciones protegidas por la medida cautelar.

En este sentido, cabe resaltar la naturaleza del derecho a la tutela cautelar como manifestación del derecho jurisdiccional efectiva, ya que nada le serviría a los que acuden al Juez en búsqueda de tutela cautelar, si después del largo proceso en el que se determinan sus pretensiones, éstas no puedan ejecutarse<sup>215</sup>.

Vale decir que la mayoría de autores que de la doctrina nacional argumentan sus posturas en el desplazamiento del contradictorio del procedimiento cautelar, con frases como que este “se suspende provisoriamente”, “no desconoce”, “es una restricción temporal”, “postergación” “relativización”; tratando de justificar la razón de ser de la estructura inaudita parte, en pro de la efectividad de la medida cautelar y del proceso en sí.

Utilizando uno u otro término, lo que quiero exponer a través del presente trabajo de investigación, es mi postura a favor de estos argumentos, que fundamentan esta estructura (inaudita parte) que en mi opinión, lejos de desnaturalizar la idea del proceso, dicha regla en las circunstancias que

---

<sup>214</sup> Vid. HURTADO REYES, MARTÍN. Fundamentos de derecho procesal civil. 2009, op. cit., p 108.

<sup>215</sup> Vid. Infra., Cap. II, 1.

prevé, se presenta como un mecanismo que asegura la efectividad del proceso.

## **2. Argumentos en contra**

Dentro del pronunciamiento de la doctrina nacional respecto a esta estructura de concesión / denegación de las medidas cautelares, encontramos la postura de Luis Alfaro Valverde quien se encuentra en contra de estructura actual inaudita parte de las medidas cautelares.

El mencionado autor en su artículo: “Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar, bosquejo para una teoría cautelar equilibrada”, propone deconstruir los principales argumentos que la doctrina nacional ha empleado para fundamentar la ausencia de contradictorio del procedimiento cautelar.

En dicho artículo el autor entre otros fundamentos, compara algunos modelos cautelares como los de Italia, Alemania, España y Brasil, donde el contradictorio aparece dentro de la estructura del procedimiento cautelar, y propone a estos países como ejemplo de que sí es posible brindar como él mismo dice una equilibrada y ponderada solución, entre la eficacia de la medida y el respeto al contradictorio.

Resulta conveniente en este punto precisar en términos generales el desarrollo de estos modelos cautelares que pone como ejemplo el autor, caracterizados por ser procesos sumarios, que tienen como regla general el respeto del principio del contradictorio antes de que el juez tome una decisión, principio que sólo excepcionalmente se verá desplazado siempre que la especial urgencia del caso lo requiera.

Para ser más precisos, en el modelo cautelar español que propone como ejemplo el autor, se ha previsto de manera excepcional, la posibilidad de que el juzgador pueda examinar la solicitud cautelar sin la realización de audiencia previa al demandado, para lo cual deben acreditarse dos presupuestos: a) la urgencia de la medida y b) la necesidad de su adopción y ejecución.

Comparando el modelo cautelar explicado (que guarda similitudes con los otros modelos procesales propuestos) a nuestro actual modelo procesal cabe apuntar: que dicho modelo procesal no se adapta a nuestra realidad jurídica, puesto que es harto conocido que nuestro sistema judicial tiende a ser muy lento, provocando que muchas veces sus resoluciones sean poco eficaces<sup>216</sup>.

Siguiendo con el análisis, la acreditación de estos presupuestos conllevaría tiempo, lo que podría jugar en contra de la típica sumariedad que implica el proceso cautelar, precisamente por la lentitud constante anteriormente expresada que caracteriza a nuestro sistema judicial y el tiempo que tomaría la demostración de aquellos por la parte solicitante; además del posterior análisis por parte del órgano judicial, junto a la respectiva notificación de la resolución que admite a trámite la medida cautelar, sería un tiempo valioso que se perdería, en comparación al simple análisis de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que se realiza en nuestro procedimiento.

El modelo español propuesto por el autor, hace que el demandado se arme de diversos mecanismos que podría utilizar para eludir la adopción de alguna medida cautelar en su contra, como por ejemplo: respecto a la notificación, la posibilidad de que el demandado pueda eludir su emplazamiento, tanto en el momento del traslado de la solicitud y posteriores actos procesales<sup>217</sup>.

Asimismo se daría tiempo con este procedimiento a que el demandado prepare una mejor defensa de su pretensión frente a la del demandante dado que éste último tiene que proponer prueba con su solicitud, mientras que el afectado tiene plena libertad para acreditar sus alegaciones, de modo que éste último tiene mayores posibilidades de esquivar la medidas cautelares interpuestas en su contra,

---

<sup>216</sup> Vid. *Infra.*, Cap. IV, 1.

<sup>217</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 714.

debido a los largos plazos de la tramitación de las mismas<sup>218</sup>.

Lo dicho anteriormente podría ocasionar que el procedimiento cautelar pierda virtualidad, pudiendo el tiempo correr en contra de quien solicita la tutela, toda vez que esta duración inevitable del proceso contribuirá a que el demandado burle total o parcialmente los derechos del demandante, y pierda con ello efectividad la resolución judicial que se llegase a dictar en el proceso<sup>219</sup>.

Y es que el tiempo que implica la probanza de los presupuestos exigidos por el modelo cautelar español, es un tiempo valioso que afecta directamente la inmediatez del proceso cautelar, haciéndole perder celeridad, que se configura como aquella característica necesaria para que no se tornen irreparables las situaciones que se quieren proteger con la medida cautelar interpuesta, ya que en ciertas circunstancias, es necesario cautelar anticipadamente los derechos expuestos en el proceso a fin de que estos no se vuelvan inejecutables por el transcurso del tiempo.

Todo esto sumado a la notificación de la medida cautelar a la contraparte, que daría lugar a que el afectado con la misma, coloque en situaciones desventajosas al accionante respecto de la tutela de sus derechos.

Precisamente estas dos circunstancias: la demora en el proceso y el peligro en la sustracción del patrimonio por parte del obligado, son las consecuencias negativas que la estructura inaudita parte pretende provisoriamente prevenir, de modo tal que se garantice la efectividad de la decisión a la que finalmente se arribe en el proceso.

En este sentido, el objeto de las medidas cautelares (con inaudita parte) no es acelerar la satisfacción del derecho pretendido sino de asegurar preventivamente los

---

<sup>218</sup> Vid. RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico económico*. 2006, op. cit., p 714-715.

<sup>219</sup> Vid. CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. 1992, op. cit., p 31.

mecanismos idóneos para los que solicitan tutela cautelar puedan ejecutar las decisiones judiciales que amparen sus pretensiones.

Y es que, no es posible hablar de tutela judicial efectiva en un ordenamiento donde no existan medidas cautelares que garanticen el pleno cumplimiento de la futura resolución definitiva que se llegue a decidir en el proceso<sup>220</sup>.

Además, no hay que olvidar que existe un interés público que exige que los fallos judiciales sean eficaces más allá de los intereses privados que pueda haber en juego, además de la necesidad que procesos cumplan la función para los que fueron invocados garantizando la solución de los conflictos sociales<sup>221</sup>.

La función jurisdiccional y su función de brindar justicia pronta y eficaz, no puede quedar al albedrío de litigantes pícaros que actúen espontáneamente en contra del funcionamiento de ésta tarea. Ante tal situación, en caso de dudas, debe primar la concesión de las medidas cautelares antes de que se pierdan de modo irreparable por su negación<sup>222</sup>.

De otro lado tenemos la opinión de la autora Eugenia Ariano Deho quien considera que la ausencia de contradictorio afecta la transparencia en el ejercicio del poder jurisdiccional, ya que la esencia de todo proceso es el contradictorio, el mismo que sólo debe suspenderse en supuestos realmente justificados<sup>223</sup>.

Asimismo Eugenia Ariano Deho que siempre se ha manifestado contraria a la estructura inaudita parte, en otros artículos, ha manifestado también que el método general

---

<sup>220</sup> Vid. *Infra.*, Cap. III, 2.

<sup>221</sup> Vid. BACRE, ALDO. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. 2005, op. cit., p 69.

<sup>222</sup> Vid. BACRE, ALDO. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. 2005, op. cit., p 69.

<sup>223</sup> Vid. ARIANO DEHO, EUGENIA. "¿Un cautelar "renovado"? entre los ajustes y los temas pendientes", en *Manual de actualización civil y procesal civil*. 2010, op. cit., p 26.

establecido para conceder cualquier medida cautelar es inconstitucional en cuanto no se puede hablar de un debido proceso cuando no existe la garantía del contradictorio, siendo que ésta situación coloca en una posición de absoluta indefensión al afectado<sup>224</sup>.

En este sentido considera que los grandes abusos que se han cometido en materia cautelar, se han dado en razón de la reserva del procedimiento que se considera inherente a la función de la cautela, y que dicha idea debe ser desterrada de nuestro ordenamiento procesal, ya que prescinde absolutamente de la participación del sujeto que es afectado con la misma<sup>225</sup>.

Desde mi perspectiva, si bien es cierto que para algunos autores, el contradictorio es consustancial a la naturaleza del proceso, éste puede verse relativizado, como es el caso de las medidas cautelares, que así como en el proceso de ejecución se elimina la posibilidad de deducir defensas o excepciones referentes a la relación del derecho sustancial, asimismo la tutela cautelar, como una forma de tutela jurisdiccional distinta, en aras de asegurar la efectividad del proceso permite que las medidas cautelares de concedan inaudita parte<sup>226</sup>.

Es así, que esta forma de tutela no constituye una excepción al principio del contradictorio sino una mera restricción temporal a su vigencia, ya que en nada afecta la vigencia de la defensa en juicio, la misma que se pospone una vez efectivizada la medida cautelar<sup>227</sup>.

Entonces vemos que esta estructura lo que hace no es desconocer el derecho de defensa del afectado, sino que realiza un razonable desplazamiento para asegurar los fines

---

<sup>224</sup> Vid. PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. 2005, op. cit., p 106.

<sup>225</sup> Vid. ARIANO DEHO, EUGENIA. "Tutela cautelar y statu quo en la reforma procesal (Comentarios a una propuesta de modificación que poco pretende modificar)", en *Gaceta Jurídica*. Tomo 172, Marzo 2008, Lima, p 80.

<sup>226</sup> Vid. DE LOS SANTOS, MABEL. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia". 2001, op. cit., p 84.

<sup>227</sup> Vid. *Ibíd*em, p 85.

de la tutela cautelar respetando las exigencias y condiciones de todo proceso<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Vid. *Ibíd.*



## **CONCLUSIONES:**

- I. El tiempo es un hecho determinante en el proceso, ya que como todo acto humano tiene una proyección temporal en el cual se desarrolla; pero esta dimensión temporal del proceso, podría convertirse en su mayor obstáculo, cuando el demandado una vez enterado de la interposición de demanda en su contra realice actos que impidan o dificulten la realización inmediata del derecho solicitado que finalmente se llegase a satisfacer en la sentencia, ya sea retrasándolo o haciendo que se torne ilusorio, o también en ese tiempo que demora el proceso se varíen las situaciones jurídicas del solicitante de la medida, que haga inejecutable la sentencia.

En este contexto surgen las medidas cautelares que con la estructura inaudita parte prevista por nuestro ordenamiento se constituye en aquel instrumento jurídico-procesal que tiene por función que esta demora en el proceso no influya negativamente en la esfera jurídica del demandado, otorgando una tutela adecuada y suficiente que impida estos efectos.

- II. La tutela cautelar es una forma de tutela jurisdiccional que se diferencia de la tutela declarativa y ejecutiva hasta llegar a concebirse como un proceso autónomo, cuya finalidad es la de prevenir los daños que se pueden derivar del transcurso de tiempo que conlleva entre el comienzo y fin del proceso. A diferencia del proceso de cognición y del proceso ejecutivo, el proceso cautelar no tiene por objeto declarar la certeza o no de un derecho creando estado de cosa juzgada, así como tampoco exigir el cumplimiento de la obligación que consta en un título ejecutivo, sino que

este tipo de tutela consiste en la composición provisional del litigio hasta la conclusión del proceso de cognición o de ejecución, de modo que con ello se garantice la ejecución de lo decidido.

- III. La exigencia de razonabilidad como presupuesto para la concesión de la medida cautelar no sólo faculta discrecionalmente al juzgador a elegir aquella medida que sea más adecuada para el cumplimiento de los fines del proceso cautelar, sino que también sirve para determinar la necesidad de la emisión de una decisión provisoria que asegure preventivamente la decisión final a la que se llegue en el proceso.
  
- IV. Nuestro legislador para dar una adecuada y suficiente respuesta a la realidad jurídica de que la demora en el proceso puede generar daños irreparables, ha fijado la regla única y exclusiva que las medidas cautelares se decreten inaudita parte, esto es, sin tener en consideración la posición del afectado; característica que no sólo permite la satisfacción del derecho controvertido sino que actúa como mecanismo idóneo para asegurar la ejecución de lo decidido.

Es así que esta estructura inaudita parte asume las consecuencias sobre los bienes o derechos que podrían derivarse por el transcurso de tiempo y por las actuaciones antijurídicas de la contraparte. En este sentido se encamina a prevenir estos daños asegurando provisoriamente y en reserva los efectos de la sentencia que se ordene en el proceso de fondo.

- V. La tutela cautelar como derecho fundamental ha devenido en un instrumento de gran importancia en la sociedad contemporánea, donde el ritmo en el que vivimos viene exigiendo respuestas inmediatas por parte de los órganos jurisdiccionales para la solución

de los conflictos. En este sentido si bien no existe disposición constitucional alguna que regule este derecho se puede decir que encuentra su fundamento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como aquel derecho que permite no sólo el acceso al órgano jurisdiccional para la tutela de pretensiones sino que además asegura el efectivo cumplimiento de la decisión final expedida en el proceso, de modo que no sería posible hablar de tutela judicial efectiva sino hay medidas cautelares que garanticen el pleno cumplimiento de la futura resolución definitiva que se llegue a decidir en el proceso.

Se puede decir entonces que el derecho a la tutela cautelar, es un derecho acorde con el principio de supremacía constitucional ya que hace posible no la proclamación de los derechos fundamentales que asegura sino que se configura como aquel mecanismo que hace posible que aquellos sean verdaderamente tutelados.

A mi juicio este objetivo se ve cumplido, sólo y si el ordenamiento jurídico regula las medidas cautelares con la estructura inaudita parte, ya que de esta forma se asegura que el cumplimiento del resultado de la sentencia a través de un pronto pronunciamiento, de otro modo, la justicia se vería burlada.

- VI.** La norma constitucional impone al Estado el deber de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y para el cumplimiento de tal fin se hace necesario que el ordenamiento jurídico provea herramientas que permitan que las disposiciones constitucionales tengan plena eficacia, ya que sin ello los valores reconocidos serían una mera declaración que deje sin contenido el ideal del Estado Constitucional.

En este sentido las medidas cautelares funcionan como un instrumento de justicia asegurativa, que provee soluciones idóneas para la ejecución de lo decidido,

que no se agotan al postergar la bilateralidad en el procedimiento, sino que además dota de otros mecanismos que hacen posible el pronunciamiento jurisdiccional respetando las exigencias un debido proceso.

Es así que las medidas cautelares con la estructura prevista en nuestro ordenamiento (inaudita parte) surgen como mecanismo para garantizar la eficacia de la jurisdicción a través de una tutela que ofrece pronta justicia, erigiéndose como el mecanismo apropiado para asegurar uno de los valores propios del Estado Constitucional.

- VII.** El hecho que las medidas cautelares se decreten inaudita parte, es decir, sin llevarse a cabo un previo contradictorio, no es inconstitucional ni implica un desconocimiento a este principio constitucional, ya que el mismo sólo se ve postergado hacia un momento de mayor pertinencia (una vez ejecutada la medida), en aras de asegurar la declaración de una sentencia eficaz.

La regulación de dicha estructura no debe llevarnos a pensar que se beneficia única y exclusivamente al solicitante de la medida cautelar, dejándose desprotegido al afectado, ya que en la dinámica cautelar, nuestro ordenamiento dota de otros medios de defensa al sujeto pasivo para que pueda hacer valer sus pretensiones frente a las del demandante.

En este sentido, el desplazamiento del contradictorio hacia el momento posterior al de la ejecución de la medida cautelar, es un elemento que no incide en los parámetros de un proceso justo, ya que habrá un juicio posterior de plena cognición donde el afectado con la medida cautelar pueda introducir sus alegaciones contrarias al pedido cautelar; en un primer momento con la oposición y en segunda instancia con la apelación.

## BIBLIOGRAFÍA:

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Proceso, autocomposición y autodefensa. Estudio de los fines del proceso, en *Textos Universitarios UNAM*, 1970.
- ALFARO VALVERDE, LUIS. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, 1era Edición, Marzo, 2013.
- ALFARO VALVERDE, LUIS. *Estudios sobre las medidas cautelares*. Gaceta Jurídica, 1era edición, 2010.
- ARAZI, ROLAND. *Medidas Cautelares*. Astrea, Buenos Aires, 2007.
- ARIANO DEHO, EUGENIA. *Manual de Actualización Civil y Procesal Civil*, Lima, 1era edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- ARIANO DEHO, EUGENIA. *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, 2010.
- BACRE, ALDO. *Medidas cautelares*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2005.
- BETTI, EMILIO. *Diritto romano, parte generale*. Padua, 1935.
- CALAMANDREI, PIERO. "Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares". *Medidas Cautelares*. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Editorial Civitas, S.A, 1era Edición, Madrid, 1992.

- CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, Año III, N° 28, Octubre, 2010.
- CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona, 1994.
- CHIABRA VALERA, MARÍA CRISTINA. *Procesal Civil: Biblioteca Manual del litigante*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2012.
- DE LOS SANTOS MABEL. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, en *Revista peruana de derecho procesal*. Tomo IV, Diciembre.
- DOMINGO, TOMÁS. ¿Conflicto entre derechos fundamentales? Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.
- ESPINOZA-SALDAÑA, ELOY, “Intimidad, libertades informativas y algunas técnicas para poder hacer frente a una disputa aparentemente inacabable”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, núm. 2, 2000.
- GONZÁLES PEREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, 3era edición, Madrid, 2001.
- GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA. “El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar”, en *Gaceta Jurídica*. Tomo 188, Julio 2009.
- HERNANDEZ LOZANO, CARLOS. *Proceso cautelar*. Ediciones Jurídicas, Lima, 2006.
- HINOSTROZA, MINGUEZ. *Derecho procesal civil*. Jurista Editores, Tomo X, Lima, 2010.
- HURTADO REYES, MARTÍN. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Idemsa, 1era Edición, Lima, 2009.
- LANDAETA ARGÜELLO, ISRAEL. “Medidas cautelares generales en el código de procedimiento civil”, en *Revista*

de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, Año XXXIV, Nro. 73

- LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, 2008.

- MARTEL CHANG, ROLANDO. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Palestra Editores, 1era Edición, Lima, 2003.

- MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad, Cuarta edición, Buenos Aires, 1999.

- MONROY PALACIOS JUAN JOSÉ. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad, Lima, 2002.

- MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de proceso civil*. Studium, Lima.

- MONTERO AROCA, JUAN. *Introducción al derecho procesal*. 2da edición, Tecnos, Madrid, 1979.

- ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

- PALACIOS PAREJA, ENRIQUE. "Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar", en *Actualidad Jurídica*, Lima, Tomo 188, Julio, 2009.

- PELÁEZ BARDALES, MARIANO. *El proceso cautelar*. Grijley, Segunda edición, Lima, 2005.

- PEYRANO, JORGE. *El proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1978.

- PEYRANO, JORGE. *El proceso atípico*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993.

- PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores, Lima, 2006.

- PRIORI POSADA, GIOVANNI. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”, en *Ius et veritas*, Año XV, N°30.
- QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. *El Proceso Civil: problemas fundamentales del proceso*. Ediciones Caballero Bustamante, Primera edición, Lima, 2011.
- RAMOS ROMEU, FRANCISCO. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006.
- REDENTI, ENRICO. *Derecho Procesal Civil*. Ediciones jurídicas Europa-América, Tomo II, Buenos Aires, 1957.
- RIVAS, ADOLFO. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. Jurista editores, Primera edición, Lima, 2005.
- RODRIGUEZ DOMINGUEZ, ELVITO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Grijley, Segunda edición, Lima, 1998
- SPOTA, ALBERTO. Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina. EDITAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946.
- TICONA POSTIGO, VÍCTOR. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*. Grijley, Lima, 2009.
- VERAMENDI FLORES, ERICK. *Manual del Código Procesal Civil*. Gaceta jurídica, 1era Edición, 2011.
- VILELA, KARLA. “Modificaciones del Código Procesal Civil de mayo y junio de 2009”, en *Revista de estudiantes Ita Ius Esto*. Boletín, 21 de Agosto de 2013.

## **SENTENCIAS CONSULTADAS**

- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 0023-2005-PI/TC, del 27 de octubre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 1230-2002-HC/TC, del 20 de junio de 2002.



- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 015-2001-AI/TC, del 29 de enero de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 01147-2012-PA/TC, del 16 de enero de 2013.