



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS DEL ART. 615 CPC: CASO ESPECIAL DE PROCEDENCIA DE UNA MEDIDA CAUTELAR TRAS LA OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA FAVORABLE

Katterine Acosta-López

Piura, mayo de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Acosta, K. (2016). *Análisis del Art. 615 CPC: caso especial de procedencia de una medida cautelar tras la obtención de una sentencia favorable*. 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

KATTERINE ACOSTA LÓPEZ

**“ANÁLISIS DEL ART. 615 CPC: CASO ESPECIAL DE
PROCEDENCIA DE UNA MEDIDA CAUTELAR TRAS LA
OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA FAVORABLE”**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
Tesis para optar el título de abogado**

2016

APROBACIÓN

Tesis titulada “*Análisis del Art. 615 CPC: caso especial de procedencia de una medida cautelar tras la obtención de una sentencia favorable*”, presentada por Katterine Acosta López en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dr. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A Dios, por su infinita bondad y amor, porque con el todo lo puedo.

A mis padres por su ejemplo y fortaleza al enfrentar y asumir los retos de la vida.

A mis hermanas, a Fabricio, amigas quienes siempre han estado allí en los momentos difíciles.

AGRADECIMIENTO

A Dios, a mi asesora de tesis, Dra. Karla Vilela Carbajal, por la orientación jurídica brindada, por su apoyo, paciencia y motivación. En esta investigación no sólo me deja su enseñanza académica, sino también ética. Es usted una excelente persona y profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR	5
1.1. Estudio de los presupuestos de una medida cautelar	5
1.1.1. La verosimilitud en el derecho en la tutela cautelar	5
1.1.2. Periculum in mora	12
1.1.3. La adecuación para garantizar la eficacia de la pretensión.....	17
1.2. Diferencias entre presupuestos y requisitos	21
CAPITULO II: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 615 DEL CPC	49
2.1. Introducción	49
2.2. Oportunidad para solicitar una medida cautelar en el supuesto especial	49
2.3. ¿Procedencia o fundabilidad de la medida cautelar especial solicitada?.....	58
2.4. ¿Sentencia definitiva o sentencia firme en el caso especial de procedencia de medidas cautelares?	62
2.5. Notificación de la sentencia favorable	68
2.6. El juez competente	69

CAPITULO III: CUESTIONES QUE SURGEN DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 615 DEL CPC.....	81
3.1. Fundamento a la excepcionalidad del supuesto de procedencia de concesión de medida cautelar.....	81
3.2. Cuestiones que surgen de la redacción del art. 615 del CPC.	88
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

Nuestro tema objeto de estudio se centra en el análisis del artículo 615 del CPC el cual señala que es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada.

No hay que olvidar que la facultad de solicitar medidas cautelares está fundamentada en el Derecho de la tutela judicial efectiva, función jurisdiccional, y en la realización del valor eficacia, que han permitido el desarrollo de esta figura.

Así, el objetivo central de nuestro tema de estudio se basa en dar a conocer una perspectiva clara, coherente y adecuada respecto de la noción de presupuestos, condiciones de la acción cautelar y requisitos de las medidas cautelares para su correcta concesión, diferenciándolos de los presupuestos, condiciones de la acción y requisitos del proceso. Pues, en la actualidad, se ha generado confusión en la correcta aplicación de esta figura, no sólo en la doctrina, sino también en la *praxis* judicial al realizar una interpretación literal de este artículo.

Esto ha llevado a que algunos órganos jurisdiccionales concedan medidas cautelares tras una sentencia favorable, aunque fuera impugnada, exonerando de exponer los fundamentos de la pretensión cautelar y justificándose en esta norma. De ahí, la necesidad de la correcta regulación del artículo 615 del CPC proponiendo para tales efectos una posible reforma a este artículo.

Este análisis se estructura en tres capítulos: En el primer capítulo titulado “Estudio de los presupuestos de procedencia de una medida cautelar”, se explica cada uno de estos: verosimilitud, *periculum in mora* y adecuación, empleados para poder conceder el pedido cautelar cuya finalidad es asegurar la efectividad y cumplimiento de la sentencia principal. Seguidamente, se analiza las “diferencias que existen entre presupuestos y requisitos de los actos procesales” basados en la categoría dogmático conceptual de la ineficacia procesal, que justifica la existencia de la teoría de los presupuestos procesales.

A partir de esto, se infiere que lo asumido como presupuestos cautelares no son más que las condiciones de la acción cautelar, que presentes en el derecho procesal aluden, a saber: Legitimidad para obrar, interés para obrar y la voluntad de la ley. Evidenciando los verdaderos presupuestos procesales para conceder una medida cautelar: La competencia y la capacidad de las partes.

En cuanto a los requisitos procesales se estudia desde el punto de vista de la importancia y desarrollo dogmático de los elementos del acto procesal puesto que forman parte de su estructura, se definen como supuestos concomitantes que le proporcionan la validez a este.

El segundo capítulo, se enfoca en el análisis del artículo 615 del CPC cuya finalidad es dar a conocer el verdadero sentido de la norma, por ello, se expone la oportunidad para conceder este caso especial de procedencia de medida cautelar, en concordancia con el artículo 610 del CPC y, de acuerdo al principio dispositivo, se prevé que solo es pertinente presentarla cuando ya se presentó la demanda del proceso principal, es decir, cuando ya tenemos un proceso en trámite porque ya contamos con una sentencia favorable de instancia.

De acuerdo con esta, se infiere la importancia del estudio de las categorías de procedencia y fundabilidad enfocadas desde la ineficacia procesal para poder concederla; por ende, el juicio que se realiza para este supuesto es de procedencia porque la norma hace referencia a los presupuestos que deben existir para conceder una medida cautelar y, como ya se ha afirmado, aunque la norma hable de presupuestos en realidad hace referencia a las condiciones de la acción. En consecuencia, la falta de estas conlleva a la improcedencia.

Surge la pregunta: ¿sentencia definitiva o firme? Se deduce que se trata de sentencia definitiva ya que tenemos una sentencia de instancia dotada de autoridad propia como acto formal y sustancial y, aunque no sea firme, tiene efectos obligatorios frente al órgano que la ha dictado.

Por tanto, se destaca la importancia de notificar la sentencia de instancia a ambas partes del proceso. El texto vigente no precisa el momento en el cual debe producirse la notificación de la sentencia favorable. Recomendamos por esta razón la inmediata modificación del texto en mención incorporando la notificación de la decisión cautelar al afectado.

Finalmente, se explica que el juez competente para estudiar este supuesto podrá ser el juez de segunda instancia, dado que ya tenemos una sentencia y esta puede ser impugnado.

El tercer capítulo justifica la existencia a la excepcionalidad del supuesto de procedencia de una medida cautelar, enfocada en el punto de vista garantista para obtener una tutela definitiva de los derechos. En la tutela judicial efectiva, se encuentra el derecho fundamental a la tutela cautelar como derecho de todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional, a través del dictado de una cognición sumaria, el dictado y ejecución de una medida cautelar.

Finalmente, a partir de la exposición de las cuestiones que surgen de la redacción del art. 615 del CPC, se concluye que el legislador hace bien en denominar este caso especial como una medida. En este sentido, se cita a Ariano Deho quien afirma el carácter de medida cautelar a este supuesto, cuando señala que “por lo regular la tutela cautelar tendrá (o como veremos debería tener) como duración *fisiológica* la duración del proceso de fondo, a cuyo término perderá toda eficacia o será absorbida o sustituida por la tutela de fondo”.

Por último, se concluye que la presente investigación tiene como parámetros las categorías dogmáticas conceptuales de ineficacia, categoría macro que comprende a la ineficacia funcional y estructural, las cuales al pertenecer a la teoría general del Derecho están presentes en el fenómeno procesal.

El tema en cuestión, se ha desarrollado a través del método deductivo, mediante el análisis y comparación de los artículos del código procesal civil que rigen la materia de estudio con la finalidad de establecer un símil en sede cautelar, específicamente en nuestro caso especial.

Además se han tenido presente los principios del ordenamiento jurídico complementado con la consulta de sentencias y el proyecto de ley 3198/2013.

En este derrotero nos hemos enfrentado con el reto de asumir el carente pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia peruana, y la escasez de autores que han desarrollado el tema en cuestión.

Por ello, se ha tenido que partir de conceptos fundamentales para el análisis realizado en el presente trabajo, que no se agota en la mera investigación sino que, por el contrario, constituye una propuesta de reforma a este caso especial de procedencia de medidas cautelares.

Antes de concluir la exposición de esta investigación no puedo dejar de agradecerle a la Dra. Karla Vilela Carbajal, directora de tesis, por guiar el desarrollo del tema.

CAPITULO I: PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

1.1. Estudio de los presupuestos de una medida cautelar

1.1.1. La verosimilitud en el derecho en la tutela cautelar

La doctrina ha identificado clásicamente a la verosimilitud como el primer de los presupuestos materiales. Tradicionalmente es llamado *fumus boni iuris*. Consiste en la valoración de los indicios, elementos o circunstancias que sustenta la fundamentación de la pretensión principal, dotándola de una apariencia probable de legitimidad, apariencia que es la única capaz de justificar su existencia¹.

El carácter esencial de la “verosimilitud del derecho”, o “*Fumus boni iuris*” es la apariencia del buen derecho, apariencia de ser verdadero o apreciación del buen derecho². El juez debe

¹GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis. “*Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 48.

²PRIORI POSADA, Giovanni F. “*La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*”. ARA, Lima, 2006, pp. 73-74. En el mismo sentido Montero Aroca; Gómez Colomer; Montón Redondo y Varona Villar; citado por Hinojosa Mínguez, sostienen que el *fumus boni iuris*, es un presupuesto de la medida cautelar (...) El legislador lo denomina apariencia del buen derecho. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Tercera Edición. Tomo X. Editorial Idemsa, Lima, 2010, p. 49.

verificar que la pretensión principal es aparentemente fundada. La medida cautelar se concede al demandante no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso sino porque *prima facie*, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que se acredita con una prueba documental en una cognición sumaria³.

Para Calamandrei⁴, se debe diferir entre las nociones de posible, verosímil y probable. Al respecto señala que lo posible es lo que puede ser verdadero; verosímil es lo que tiene la apariencia o forma exterior de ser verdadero; lo probable es aquello que se puede probar que es verdadero⁵. En la misma línea, Armando Rivas, define que lo posible es lo que es admitido como susceptible de darse en la realidad, pero para ello no necesita de una mera hipótesis ideal, sino de una base de certidumbre⁶. Para Monroy Gálvez, lo posible es aquello que puede ser o suceder⁷. “El derecho será verosímil si es probable que exista y lo probable no es lo meramente posible, sino que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos”⁸. El juicio de probabilidad que se realiza debe encontrar que la pretensión puede ser estimada por lo

³GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis. “*Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Op. cit., pp. 48-49.

⁴Para Calamandrei, en sede cautelar basta la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable aquel que solicita la medida cautelar (...) “El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. Agrega que “la providencia cautelar es por su naturaleza hipotética y cuando la hipótesis se resuelve es certeza. CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*”. Ara Editores, Lima, 2005, pp. 77-78.

⁵Ídem. En el mismo sentido Monroy Palacios. Lo verosímil es considerado como lo que tiene forma exterior o apariencia de verdadero de ser verdadero (...) Ello implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible “un humo de la existencia del derecho en debate.” MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de la tutela cautelar*”. Editorial Comunidad, Lima, 2002, p. 174.

⁶ARMANDO RIVAS, Adolfo. “*Las medidas cautelares en el Derecho Peruano*”. Editorial juristas, Lima, 2005, p. 41.

⁷Ibídem, p. 42.

⁸Ibídem, p. 41.

que existirá una sumaria actividad probatoria⁹. De acuerdo al principio del *ex facto oritur ius* el derecho será posible y por tanto verosímil, si los hechos en los que se funde pueden ser probados, es decir, si son probables. En efecto, “la verosimilitud no es un juicio emitido al azar ni sobre las bases de intuiciones del juzgador, sino que, es un juicio que sin llegar a basarse en la certeza, es posible de ser corroborado con los medios de prueba que se hayan ofrecido en el pedido cautelar¹⁰”.

Estas valoraciones para llegar a la verdad implican una gradualidad¹¹, por ende, el juicio de verosimilitud no implica que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión, sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible. En el mismo sentido, Monroy Palacios sostiene que la razón de ser de la verosimilitud es el “humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante, siendo ilógico pretender colocar a la certeza como presupuesto de la medida cautelar¹².

La exigencia del juicio de verosimilitud del derecho no puede ser el mismo y necesario para resolver sobre la pretensión del proceso principal, de ser así se estaría juzgando dos veces el mismo

⁹LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Los elementos de la medida cautelar”. En: *La tutela cautelar en el proceso civil*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2013,p.78. En igual postura Ariano Deho, para considerar verosímil la existencia de una situación jurídica sustancial bastará que de ella exista un principio de prueba, una *semiplena probatio* del hecho afirmado que constituirán o ya constituyen la *causa petendí* de la pretensión de fondo. ARIANO DEHO, Eugenia, “situación cautelable, verosimilitud y periculum in mora”. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista editores, Lima, 2003, p.667.

¹⁰ PRIORI POSADA, Giovanni F. “*La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*”. Op. cit, p. 74.

¹¹VILELA CARBAJAL, Karla, propone que esas tres calificaciones (posible, verosímil y probable) constituyen en ese orden una gradual aproximación hacia el reconocimiento de lo que es verdadero. Así, quien dice que un hecho es verosímil está más próximo a reconocerlo como verdadero que quien se limita a decir que es posible, y quien dice que es probable está todavía más avanzado que quien dice que es verosímil, ya que va más allá de la apariencia y comienza a admitir que hay argumentos para hacer creer que la apariencia corresponde la realidad. VILELA CARBAJAL, Karla. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Año 8, N° 8, p. 32.

¹²MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de la tutela cautelar*”. Op. cit., pp.173-174.

objeto, con lo cual la medida cautelar se vería impedida de cumplir su función¹³. Por tanto, este presupuesto comporta la exigencia de un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando el proceso principal¹⁴.

Así, el artículo 611° del CPC¹⁵ establece que el juez podrá conceder medidas cautelares en la forma que se solicite, siempre que de lo expuesto y prueba se considere verosímil el derecho invocado¹⁶. En este artículo se realiza el análisis del presupuesto de la verosimilitud cuya valoración se basa en la prueba presentada, que se define como un juicio de probabilidades, indiciario o provisional, bastando la verosimilitud porque el derecho invocado deberá ser materia del proceso principal¹⁷. No se exige un conocimiento exhaustivo de la materia en controversia, ello es objeto del proceso principal.

¹³ PRIORI POSADA, Giovanni, “*La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*”. Op. cit., p.38.

¹⁴ Este fundamento responde así al justo término entre la certeza que comporta la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre base de la iniciación de este proceso. A ese término medio es a lo que se le denomina verosimilitud. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo X. Op. cit., p. 49.

¹⁵ Artículo 611.- 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.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro 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.”

¹⁶ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Presupuestos para construir una medida cautelar”. En: *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta jurídica, Lima, 2013, p.172.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*”. Op. cit., p.116.

La verosimilitud se refiere, más que al derecho, a la pretensión. Por ello se habla de apariencia de fundabilidad de la pretensión principal¹⁸. La verosimilitud es lo probable de que el derecho exista y esta probabilidad no puede estar sometida en rigurosa prueba. Por tanto, la verosimilitud es lo probable, lo constatable por hechos. Lo trascendente de la norma se manifiesta en dos puntos: En primer lugar, lo expuesto por el solicitante de la medida cautelar. En segundo lugar, la prueba que haya acompañado el solicitante a su solicitud¹⁹. Este último supuesto se constata en el artículo 637 del CPC al establecer que el juez concederá o rechazará la solicitud en atención a la prueba anexada al pedido.

La norma legal impone al peticionario de la medida que alegue y pruebe las circunstancias de las que infiera fundadamente la eminencia de un peligro para efectividad de la sentencia estimatoria que solicita²⁰. El objeto de prueba no es sustancialmente diferente de del proceso principal, la parte que alega debe probar lo que alega²¹.

En el mismo sentido, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en concluir que la ley exige al solicitante de la tutela cautelar la carga de la prueba de que concurren los presupuestos de la tutela cautelar; por ello, la apariencia del buen derecho debe alegarse y probarse por quien lo solicita²².

Resulta indispensable el análisis tanto de lo alegado, así como de la prueba ofrecida para que el juez aprecie el caso en concreto. Sin embargo, no debe entenderse que las pruebas que sean exigidas al pedido cautelar deberán ser objeto del

¹⁸La pretensión cautelar está orientada asegurar una pretensión material o de fondo; donde se deduce que la medida cautelar busca que la pretensión sobre la cual ha de expedirse sentencia definitiva, no se diluya con el paso del tiempo. El código procesal civil utiliza el término verosimilitud del Derecho, para referirse a la verosimilitud de la fundabilidad de la pretensión planteada en la demanda. Cfr. PRIORI POSADA. Giovanni. “*La tutela cautelar...*” Op. cit., p. 74-75.

¹⁹Ibídem

²⁰RAMOS ROMEU, Francisco. “*Las medidas Cautelares civiles: un análisis económico jurídico*” Editorial Atelier, Barcelona 2006., p. 549.

²¹Ibídem, p. 552.

²²Ibídem, p. 559.

contradictorio; esto en razón de la naturaleza procesal de la medida cautelar que es *inaudita pars*²³. El código procesal civil exige un estándar de pruebas que permitan al juez formularse un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Al fijar un estándar tan elevado lo que la ley genera es minimizar que se adopten medidas injustas, no obstante, incrementa la probabilidad de que dejen de adoptarse medidas justas. Por tanto, en el ámbito civil no hay opción para uno de los dos tipos de errores²⁴.

Por ende, el valor instrumental de la prueba en las medidas cautelares servirá para reforzar la titularidad del derecho y, sobre todo, para establecer la especial configuración de la verosimilitud del derecho que dependerá del tipo de medidas cautelares. Por eso, la adopción de medidas cautelares no debe depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por alegado, ya que esa existencia se debate en el proceso principal. Es diferente es el caso de medidas anticipadas sobre el fondo y medidas de no innovar e innovativas que exigen una cuasi certeza del derecho, grado superior a la simple verosimilitud originando una repotenciación de la verosimilitud del derecho²⁵. Cabe resaltar que, en algunos supuestos, la ley presume la verosimilitud del derecho atendiendo a la naturaleza, función, y finalidad de las medidas cautelares; lo que en realidad la norma hace es exigir un grado mayor de verosimilitud respecto de las medidas cautelares²⁶.

Se discute en la doctrina si el despacho de una medida cautelar constituye o no prejuzgamiento acerca de la cuestión principal, en razón de la verosimilitud del derecho. Es opinión

²³MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de la tutela cautelar*”. *Comunidad*, Lima, 2002, p. 171.

²⁴VILELA CARBAJAL, Karla. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Año 8, N° 8, p. 35.

²⁵VERAMENDI FLORES, Erick. “La razonabilidad como nuevo presupuesto de la medida cautelar”. En: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera Edición. Gaceta jurídica, Lima, 2017, p.133.

²⁶KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2000, p. 52. En el mismo sentido la doctrina y la jurisprudencia no dudan en concluir que la ley exige al solicitante de la tutela cautelar la carga de la prueba de que concurran los presupuestos de la tutela cautelar. RAMOS ROMEU, Francisco. Op. cit., p.559.

mayoritaria que en ningún caso una medida cautelar favorable implica prejuzgamiento acerca de la cuestión principal. Monroy Gálvez refiere, al respecto del prejuzgamiento, que no emite un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que se determina son probabilidades que se verán en el proceso principal; no obstante, nuestro código procesal civil vigente establece e prejuzgamiento como una de las características de las medidas cautelares el prejuzgamiento²⁷. El art.612° del CPC que establece “toda medida cautelar importa un prejuzgamiento”. En realidad no importa un prejuzgamiento. Prejuzgar es juzgar antes de tiempo, se juzga en la sentencia. Cuando se concede una medida cautelar, no se afecta el fondo de la cuestión, porque no se analiza el fondo²⁸. En el mismo sentido, Couture, refiere que las medidas cautelares son esencialmente preventivas, no juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante²⁹. En realidad, lo que se presenta es graduación de posibilidades, no es prejuzgamiento porque si no se estaría decidiendo sobre la pretensión principal.

De acuerdo a la teoría cautelar, el análisis de cada presupuesto es autónomo y la calificación de cada presupuesto no puede influir ni positiva ni negativamente³⁰. En efecto, no podría ser factible conceder una medida cautelar si le faltara un presupuesto. Por ende, el alto grado de peligro en la demora no suple la verosimilitud de la fundabilidad de la pretensión, tampoco es factible considerar la postura que establece que a mayor verosimilitud menor existencia del peligro en la demora. En conclusión, la verosimilitud, es un factor fundamental que ayuda a proteger la eficacia del proceso³¹; por ende, el valor eficacia en la aplicación justa y equitativa de las decisiones judiciales. Por medio de la verosimilitud, el demandante fundamenta su pedido cautelar. La consistencia de la posición asumida será reconocida en la

²⁷HURTADO REYES, Martín “*Fundamento del derecho procesal civil*”. Primera edición. Editorial Idemsa, Lima, 2009, pp. 945-946.

²⁸Ibídem, p. 947.

²⁹COUTURE EDUARDO, Juan. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”. Tercera Edición. Depalma, Buenos Aires, 1987, p.326.

³⁰MONROY PALACIOS, Juan. “Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud menor caución y viceversa”. En: *Revista Peruana de Derecho procesal*, 2005. Vol. VIII, p. 246.

³¹Ibídem, pp. 246-247.

sentencia de fondo³². Por ende, el análisis de la verosimilitud es importante, de ello depende rechazar o negar el pedido cautelar porque se analiza sumariamente la consistencia de los fundamentos de hecho y derecho que respaldan el pedido principal³³.

Kielmanovich destaca que en algunos casos la ley presume la verosimilitud del derecho, por la situación de las personas, la naturaleza de la pretensión o por el estado del proceso en el cual se pide, aunque se trate de medidas cautelares a favor de quien obtuvo sentencia favorable³⁴.

1.1.2. *Periculum in mora*

Es el interés específico que justifica la existencia de cualquier medida cautelar³⁵, es el interés para obrar, necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar³⁶. En doctrina se le denomina *periculum in mora*. Se trata del presupuesto que sustenta el dictado de la medida³⁷. Está referida a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su fundamento es el solo transcurso del tiempo, constituye de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial³⁸.

El código procesal civil peruano se refiere al peligro de la demora, cuando en el art.611 del CPC.Inc.2 se expresa: “la

³²Ibídem, p. 259.

³³Ibídem, pp. 259-260.

³⁴cfr. KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas cautelares*”. Op. cit., p. 52.

³⁵CALAMANDREI Piero, *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Op. cit., p. 40.

³⁶En efecto el interés para obrar, es el instituto procesal que permite establecer si la providencia jurisdiccional que se está solicitando es útil. En ese sentido la medida cautelar será útil en tanto exista peligro en la demora. PRIORI POSADA, Giovanni F. “*La tutela diferenciada*”. Op. cit., p.37.

³⁷En este segundo juicio a diferencia del primero (verosimilitud) que es provisional e indiciario. El juicio del *Periculum in mora* es de certeza de concreción o constatación sobre las bases de elementos jurídicos reales y específicos. Ello por dos razones: La adopción de medidas cautelares comporta un menoscabo en la esfera jurídica del sujeto a quien la misma se dirige. En segundo lugar porque el *periculum in mora* cuenta con todos los elementos de juicio imprescindibles para emitir un pronunciamiento adecuado.

³⁸MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de...*” Op. cit., p.176.

necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable”³⁹. En el texto legal se deduce su doble componente. En primer término, el peligro o riesgo del daño jurídico es por la demora del proceso; en segundo término, que la decisión preventiva debe presentarse como necesaria, lo que significa que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder, lo que forja el carácter eminente del daño⁴⁰.

Calamandrei, distingue dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de la tardanza de la providencia principal. Ambas manifestaciones del peligro en la demora conforman una unidad. El primero alude a una urgente necesidad de asegurar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final. No obstante, el segundo está referido a la aceleración en vía provisoria de la satisfacción del derecho⁴¹.

Para Calamandrei, el peligro de infructuosidad, es el temor que durante el transcurso del tiempo desaparezcan los medios aptos para hacer que la sentencia sea eficaz⁴². Es el riesgo del daño que está dado, en este caso, por la posible desaparición de los medios necesarios para que la sentencia a dictarse sea efectiva y; el segundo, es el peligro del retardo en la providencia jurisdiccional que es el temor que la sola duración del proceso genere una sentencia que no sea efectiva⁴³. En este caso, el riesgo esta está

³⁹PRIORI POSADA, Giovanni. “*La tutela Cautelar...*” Op, cit., p.51.

⁴⁰Ibidem, p. 52.

⁴¹CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio...*” Op. cit, p. 71. Es importante destacar que la tesis de Calamandrei no es compartida por Monroy Palacios, quien en conclusión sostiene que existe un solo peligro en la de mora, de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio irreparable o no durante el transcurso del proceso. Este último, prefiere hablar de medidas cautelares no coincidentes para referirse a aquellas que aseguran la eficacia de la sentencia y de medidas coincidentes para referirse a aquellas que adelantan lo que se decidirá en la futura sentencia. MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*”. Op. cit., 185.

⁴²CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático...*”Op. cit., pp. 73-74. “(...) lo urgente no es la satisfacción del derecho, sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue sea justa y prácticamente eficaz”. Ibidem.p.71.

⁴³Ibidem, p.75 “*El periculum in mora*, está constituido por la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito”

dado por la sola demora de proceso, la que por sí implica la posibilidad que se produzca cualquier evento que ponga en riesgo la efectividad del proceso. Cada una de estas formas da lugar a un tipo de medidas cautelares. Quienes forman una unidad presentes durante todo el momento el cual se hace necesaria una medida cautelar⁴⁴.

Para Calamandrei, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal sea justa y prácticamente eficaz⁴⁵.

Para Priori Posada la noción de peligro en la demora constituye no solo un presupuesto cuya presencia es necesaria para dictar una medida cautelar, además, es la justificación de su propia existencia. Porque se trata del *periculum in mora* como inminente, que implica que la situación denunciada como peligro se produzca. La eminencia no es cualquier evento que pueda ocurrir en el futuro, sino que es un elemento que supone la situación que este por ocurrir o esté ocurriendo, lo cual debe ser evaluado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso. Se deduce, por ende, que la decisión preventiva debe presentarse como necesaria, lo que significa que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder forjando el carácter de la eminencia del daño. Se trata del temor del daño calificado⁴⁶. El hecho que sea un daño eminente no significa que ese daño sea tenga que ser irreparable. Justamente lo que se quiere evitar es la producción de un daño o se quiere evitar un daño mayor.

Priori Posada afirma que el peligro en la demora se configura por dos caracteres: en primer lugar, por el riesgo del daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso y ese riesgo debe ser eminente, que no pueda controlarse. Hay que diferenciar daño eminente de daño irreparable. En segundo lugar, el daño jurídico

⁴⁴MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una teoría cautelar*”. Op. cit., p. 177-178.

⁴⁵CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio...*” Op. cit., p. 42.

⁴⁶Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni, “*La tutela cautelar...*” Op. cit., p. 37.

debe ser eminente lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar que tiene el carácter de urgencia⁴⁷.

La determinación de la existencia o no del peligro en la demora pasa por un juicio concreto; es decir, teniendo en cuenta si, conforme a las reglas de derecho material, la parte que solicitaba medida cautelar cuenta con otros mecanismos con los cuales podría evitar el daño que alega como sustento de su pedido de medida cautelar⁴⁸.

La configuración se realiza a partir del caso en concreto, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a la situación que es sometida al proceso, y además teniendo en consideración los poderes que las partes pueden ejercitar legítimamente para evitar el perjuicio y que no son de orden procesal, sino de orden material⁴⁹.

Existen configuraciones especiales del peligro en la demora. Un primer caso se presenta teniendo en cuenta que el peligro en la demora dependerá del tipo de medida cautelar. Así, respecto de las medidas de innovar y no innovar, el peligro en la demora consiste en el eminente perjuicio irreparable. En caso de medidas cautelares sobre el fondo, se exige la necesidad impostergable o privación innecesaria de un bien.

Un segundo supuesto es el caso de las medidas cautelares dispuestas por aplicación de normas del Derecho sustantivo que imponen este presupuesto aunque expresamente no lo mencionen. Es el caso de medidas cautelares sobre el fondo en Derecho de familia donde se presume el peligro en la demora por la necesidad que se busque satisfacer: alimentos, administración de patrimonio⁵⁰.

Un tercer caso se produce cuando se afirma que el peligro en la demora en el Derecho Público exige irreparabilidad en consideración al interés público comprometido en la litis, frente a

⁴⁷Ibidem, pp. 38-39.

⁴⁸Ibidem, p. 40.

⁴⁹Ibidem, p.38.

⁵⁰Cfr. VERAMENDI FLORE, Erick. “La razonabilidad como nuevo presupuesto de la medida...”Op. cit., pp. 135-136.

la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados y el interés público, debe primar el interés general⁵¹.

Un caso especial se configura en los casos seguidos contra el estado, a quien en base a su solvencia y responsabilidad patrimonial no se le exige la existencia de ese presupuesto⁵². Esta precisión es importante respecto de los presupuestos procesales a partir del tipo de medida cautelar. Para Kielmanovich, esta tesis peca de parcialidad porque solo se examina el peligro sobre la base de la solvencia y no en el aspecto de las necesidades impostergables del administrado⁵³. En nuestro país, este caso especial no se configura puesto que el artículo 614 del CPC solo exceptúa de contracautela al estado, no del *periculum in mora*.

Según lo expuesto, si bien el peligro en la tardanza constituye un juicio objetivo de una persona razonable, el problema que observamos es cómo demostrar esa circunstancia fáctica cuando a veces no se cuenta con las pruebas reales. Nuestra ley presume la buena fe y la mala fe hay que probarla; pero sería una prueba diabólica que se acredite justamente *in limine litis*, porque es difícil probar algo subjetivo de las personas, muy raramente van a cometer el error de exteriorizar y de manera expresa su voluntad de actuar de mala fe. Se requiere, en primer lugar, comprender que el proceso es el instrumento de realización de la justicia.

Así, pueden existir en doctrina diferentes versiones de la significación del llamado peligro en la demora, pero lo cierto es que una u otra interpretación se orientan 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 tramitación⁵⁴. Por ende, la ausencia del peligro en la demora determina la absoluta imposibilidad del dictado de una medida cautelar.

⁵¹Cfr. KIELMONAVICH, J. “Medidas cautelares”. Op. cit., p. 53.

⁵²Ibídem, pp. 53-54.

⁵³Ibídem, pp. 55-56.

⁵⁴QUIROGA 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, Lima, 2011. p. 197.

1.1.3. La adecuación para garantizar la eficacia de la pretensión

La adecuación⁵⁵ implica que la medida cautelar está íntimamente ligada a la pretensión planteada en el proceso. Por ello, la medida cautelar debe ser idónea para garantizar la eficacia del proceso⁵⁶.

La adecuación implica el nexo que se establece entre el derecho invocado y el peligro⁵⁷, por ello, Priori Posada señala que “la relación entre la medida cautelar, y retención planteada en la demanda es de idoneidad y a ello se refiere a la adecuación como presupuesto de las medidas cautelares”⁵⁸.

Para Hurtado Reyes, la adecuación como presupuesto cautelar es definida como la “correlación y coherencia que debe existir entre lo que se pretende cautelar en el proceso principal y la tutela cautelar que se dicta, es decir, que el pedido de tutela cautelar debe adecuarse a la pretensión que se pretende garantizar”⁵⁹.

En la misma línea, Monroy Palacios señala que la adecuación es la “correlación que debe existir entre el pedido cautelar concreto y la situación jurídica de la que es objeto aquel”⁶⁰. La correlación

⁵⁵La adecuación vista como característica de las medidas cautelares, alude a la conducencia cuyo objetivo es que la medida cautelar deba ajustarse a la pretensión contenida en la demanda. Por ello es que la tutela cautelar debe estar íntimamente ligada a las situaciones fácticas y jurídicas del proceso principal al que tiende asegurar. Lo que significa una correcta adecuación entre la pretensión y la tutela cautelar autorizada. En conclusión la conducencia busca que la medida cautelar se adapte a lo que se pretende proteger en el proceso principal. HURTADOS REYES, Martín. “*La tutela diferenciada...*” Op. cit., p. 244.

⁵⁶VILELA CARBAJAL, Karla. “Las medidas cautelares en el código de protección y defensa y defensa del consumidor”. En: *Revista de actualidad civil*. Año, 2014. N° 5, p. 278.

⁵⁷En cuanto a su objeto, que es neutralizar ese peligro durante toda la pendencia del proceso de fondo. HURATDO REYES, Martin. “*Fundamento del Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 953.

⁵⁸PRIORI POSADA, Giovanni. “*La tutela cautelar*”. Op. cit., p.86. En el mismo sentido HURATDO REYES, Martin. “*Fundamento del Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 953.

⁵⁹Ibídem, p. 945.

⁶⁰MONROY PALACIOS, Juan. “*La tutela procesal de los derechos*”. Palestra, Lima 2004, p. 266.

se aprecia entre el específico pedido cautelar y el objeto de la cautela, teniendo presente el principio de mínima injerencia, que se determina ante la necesidad de trabar diversas medidas cautelares para tutelar una situación, por ende, la medida que se otorga debe ser la que afecte menos los intereses del sujeto sobre quien recae la misma; el órgano jurisdiccional debe exigir la menos gravosa⁶¹.

La idoneidad determina la necesidad de que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales.⁶² Es así que el principio de congruencia procesal se plasma de manera concreta en materia cautelar a través del presupuesto de adecuación; contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Este implica que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los jueces de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso. El aforismo “*ne eat iudex ultra petita partium*”, que significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que ésta pide, tiene vigencia absoluta en el proceso civil⁶³. Monroy Gálvez, lo explica con la paradoja consistente en el hecho de que, si bien el Derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada⁶⁴.

El principio de congruencia en el ámbito cautelar implica que la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión y que también debe ser premunida de razonabilidad y utilidad, pues la actividad cautelar responde al principio de la mínima injerencia. En este sentido, la congruencia implica una

⁶¹MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una teoría cautelar*”. Op cit., p.188.

⁶²HURTADO REYES, Martin. “*Fundamentos del Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 953.

⁶³MONROY GALVEZ. Juan. “*Introducción al proceso civil*”. Tomo I. Editorial Temis. Santa fe Bogotá, 1999, pp. 90-91.

⁶⁴Las normas que regulan el trámite son de naturaleza pública, el contenido de la declaración es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón el juez no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor y concederle más de lo que esta ha pretendido en su demanda. Sin embargo este impedimento no se presenta cuando el juez otorga menos de lo demandado. Ídem.

correlación lógica entre el pedido cautelar y la pretensión principal⁶⁵.

Así, el principio de congruencia procesal permite que el juez pueda adecuar la medida cautelar con otra medida que garantice la eficacia o cuando advierta una incongruencia o desproporcionalidad entre el pedido cautelar y lo que se pretende asegurar⁶⁶.

El principio de proporcionalidad desde la perspectiva del solicitante, la medida ha de ser necesaria y adecuada a los fines pretendidos en el caso concreto; esto significa que, debe haber conexión entre lo pedido y lo que se pretende garantizar⁶⁷. Implica una calificación cuantitativa con relación a la medida otorgada y el objeto de la tutela⁶⁸.

Ramos Romeu, señala que el juez al controlar la decisión cautelar deberá realizar el examen de proporcionalidad de la cautelar en sentido estricto. La medida proporcional, en sentido estricto, no es más que la medida óptima. En este sentido la proporcionalidad, no es más que la razonabilidad, el mismo que

⁶⁵MONROY GALVES, Juan. “*Bases para la formación...*” Op. cit., p.190.

⁶⁶Por tanto la incongruencia resultaría notoria pues el demandante desearía, en estricto, que durante la tramitación del proceso no se continúe con la afectación afecte. Ídem

⁶⁷El juez al momento de realizar el control de razonabilidad, deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad. La medida debe ser proporcional teniendo en cuenta los intereses en conflicto, los daños que pueda sufrir el demandante y el daño que pueda sufrir el demandado y los daños que puedan sufrir terceros. RAMOS ROMEU, Francisco. “*Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico económico*”. Op. cit., pp. 447-448.

Para Hinostraza Mínguez. En virtud a la exigencia de la proporcionalidad de la medida cautelar el afectado puede solicitar la variación de la misma si estima que rebasa el valor de lo adecuado. De la misma manera, el peticionante puede optar por la variación en caso de haber sido concedida aquélla por un monto inferior, no a lo solicitado en la medida sino a lo que es objeto de la pretensión.⁶⁷ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. Tomo X. Op. cit., pp. 42-43.

⁶⁸Produciéndose medidas cautelares que tengan por finalidad asegurar situaciones jurídicas con contenido patrimonial. MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación...*” Op.cit.,p.199

está configurado por tres sub principios⁶⁹: idoneidad, necesidad, ponderación.

En definitiva, la adecuación importa que la medida cautelar sea congruente y proporcional con la pretensión principal.

La ley 29384 modificó el artículo 611 CPC, y con esa modificación se ha incorporado a nuestra legislación un nuevo presupuesto a la decisión “la razonabilidad de la medida” para garantizar la eficacia de la pretensión. No se ha establecido cuál es su contenido y alcance pero existen criterios doctrinales que expondremos que fijan sus lineamientos.⁷⁰

Monroy Palacios refiere que los principios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen elementos de la adecuación⁷¹. Partiendo de la doctrina constitucional, aplicados a los derechos discutidos en el proceso cautelar la adecuación es un elemento de la proporcionalidad, en tanto, que la proporcionalidad y la razonabilidad son entendidas como sinónimos. Aplicados al proceso cautelar, la adecuación o idoneidad implica la existencia de correspondencia entre el contenido y efectos de la cautela que se pide y la pretensión ejercida en el proceso principal. La adecuación está referida a que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin garantizando la efectividad de aquella tutela⁷².

Para Ariano Deho los límites que se derivan de la adecuación al juez son: Primero, que no deberá emitirse una medida cautelar donde el sujeto activo de la misma obtenga más de aquello que le será reconocido en sede como tutela de fondo, donde el derecho tiene su plena y definitiva realización. Segundo, deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos

⁶⁹La idoneidad, alude que toda intervención de derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fine constitucionalmente legítimo.

La necesidad, “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con los derechos intervenidos”.

Proporcionalidad, adecuación entre la cautelar y el proceso principal. Esta técnica resulta adecuada porque una medida cautelar basada en posibilidades y no en certeza.

⁷⁰VERAMENDI FLORES, Erick. “*La razonabilidad como nuevo...*” Op. cit., p.137.

⁷¹MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación...*” Op. cit., p.186

⁷²Ibídem, pp. 190 -191.

objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión. Tercero, deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la medida produzca efectos dañosos. El juez que adopta una medida cautelar sabiendo de la omnipotencia de sus facultades debe lesionar lo menos posible los derechos de la persona⁷³.

Así, la adecuación se refleja en dos premisas: el mantener la igualdad en el proceso y el evitar los perjuicios innecesarios por medio de la represión de actos ilegítimos o que impliquen un abuso del derecho procesal, con ello se configura el lineamiento de la adecuación⁷⁴.

1.2. Diferencias entre presupuestos y requisitos

El tema objeto de estudio se basa en la diferencia que existe entre requisitos y presupuestos en las medidas cautelares. Su base es el artículo 615 del CPC “caso especial de procedencia”⁷⁵, este artículo se remite al 610 inc.1 y 4 del CPC⁷⁶ denominado literalmente requisitos de la solicitud de una medida cautelar. No obstante, el artículo 610 inc.1, se refiere al tema de los fundamentos de la pretensión. En el mismo sentido, el artículo 611 del CPC establece el contenido de la decisión cautelar⁷⁷.

⁷³ARIANO DEHO, Eugenia. “*Problemas del proceso civil.*” Jurista Editores, Lima, 2003, p. 693.

⁷⁴MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una teoría cautelar.*” Op cit., p. 188.

⁷⁵Artículo 615 del CPC. Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del artículo 610.

⁷⁶Artículo 610 del CPC. El que pide la medida debe:

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

⁷⁷Artículo 611. 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

Del análisis de estos artículos se deduce que en materia de medidas cautelares se evidencia confusión en el legislador respecto de la definición de requisito y presupuestos de la medida cautelar. Es por ello la importancia del estudio de los presupuestos cautelares en relación a los presupuestos del proceso y diferenciarlos de los requisitos.

Los presupuestos procesales se conciben actualmente de modo errado como, los requisitos esenciales mínimos para la existencia de una relación jurídica procesal válida, fundamentado en el artículo 465°inc.1 del CPC⁷⁸; en realidad lo que se regula en primer lugar, es el saneamiento del proceso, además establece las consecuencias de las concurrencias o defectos de los presupuestos legales⁷⁹. En segundo lugar, esta concepción es errónea porque adopta la teoría de la relación procesal por el CPC que alude al inicio de la relación procesal y que se dirige solo a la validez de la relación procesal con todos los elementos que la componen⁸⁰.

Otro concepto equivocado es que la doctrina acepta de forma general como noción ambivalente a los presupuestos del acto procesal y además a los presupuesto de la sentencia de fondo delimitando a los presupuestos como “requisitos ineludibles para que se genere una

derecho invocado. 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro 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.

⁷⁸Artículo 465. Tramitado el proceso conforme a esta sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; (...)

⁷⁹MADARIAGA CONDORI, Luis. “Análisis dogmático y estratificado de los presupuestos procesales en un sistema unitario del derecho procesal civil. Juicio de procedibilidad, contra juicio de admisibilidad: hacia un proceso Oralizado eficiente y con Garantías”. Academia de la magistratura. Primer concurso nacional de ensayos jurídico. [En línea] <http://sistemas.amag.edu.pe/biblioteca3/publicaciones/libros1/contenidos/PriConc_Nac_Ensa_Juri_ver.pdf. > (consultado 12 de julio del 2015).

⁸⁰RENZO CAVANI, Brain. “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal”. En: *Manual del código procesal civil*. Primera edición. Gaceta jurídica, Lima, 2011, p. 206.

relación procesal válida y para que, por consiguiente, exista un proceso valido”. Esta postura confunde entre validez y eficacia⁸¹.

Los presupuestos procesales se originan con la gestación del procesalismo científico, con Oscar Von Bulow a quien se le reconoce haber expuesto la teoría del proceso como relación jurídica y el haber descubierto la “denominación de presupuestos procesales”. Sin embargo, ninguna de sus aportaciones subsiste hoy en día. Define a los presupuesto como “los requisitos que deberían presentarse para el nacimiento de una relación jurídica procesal válida; es decir, para fijar las condiciones de admisibilidad y las cuestiones previas para la tramitación de todo proceso”⁸².

El segundo planteamiento doctrinario trascendente es la postura de Piero Calamandrei “quien considera que los presupuestos del conocimiento del mérito son elementos necesarios para que pueda darse una decisión de fondo sobre la pretensión, concretando el deber poder del juez de proveerse sobre el mérito”. Posteriormente, sostiene que los “presupuestos procesales son requisitos atinentes a la construcción y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento de la demanda”⁸³. Concluye que los presupuestos procesales “son condiciones que deben existir a fin de que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la

⁸¹CARNELUTTI, Francesco “*Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Editorial Bosch, Barcelona, 1942, p.305. Otra importante postura que sostiene una noción polivalente que define a los presupuestos como requisitos que determinan el nacimiento valido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia, sin que esta deba decidir necesariamente en el fondo sobre la pretensión o que deba ser favorable a esas pretensión., pues estas circunstancias dependen de otra clase de presupuestos, los materiales o sustanciales .Se trata de supuestos previos al proceso sin los cuales estos no pueden ser iniciados válidamente y por la tanto debe concurrir al momento de formularse la demanda. Echeandia, hace una clasificación, presupuestos procesales previos al proceso y presupuestos procesales del procedimiento, los primeros son los presupuestos procesales de la acción y los presupuestos procesales de la demanda, al cabo que los segundos son los que deben configurarse para que el proceso adelante su curso sin ningún tropiezo. ECHEANDIA DEVIS, Hernando. “*Teoría general del proceso*”. Editorial universidad. Buenos Aires, 1984, p. 317.

⁸²AGUDELO RAMIREZ, Martin. “Los presupuesto procesales”. En: *Real academia española*. Año 2012. N° 49, p. 44.

⁸³CALAMANDREI. Piero. “*Derecho procesal civil*”. Editorial Ejea. Buenos Aires. Vol. I, p. 345.

pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder deber del juez de proveer sobre el mérito⁸⁴.

Para Goldschmidt, precisa que los presupuestos no son en realidad del proceso; son simplemente presupuestos, requisitos previos de la sentencia de fondo, sobre los que se resuelve en el proceso.⁸⁵

La doctrina actual, en el mismo sentido que “Véscovi”, señala “que los presupuestos procesales son los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido o una relación procesal válida y la ausencia de alguno de ellos da lugar a una excepción dilatoria”. Postura errada porque el examen que hace el juez de los presupuestos procesales se refiere al propio proceso que, al decir del maestro citado, hace un “proceso sobre el proceso”⁸⁶.

En resumen, se puede afirmar que la adaptación de la teoría de los presupuestos procesales al derecho procesal sufrió varias transformaciones y así lo demuestra nuestra doctrina. Las tendencias más importantes para referirse a los presupuestos procesales, en primer término, se defienden como requisitos de la sentencia de fondo; en segundo término, como requisito de la relación jurídica procesal y de la sentencia de fondo y finalmente, como requisito de la relación jurídica⁸⁷.

En nuestro país destaca Monroy Gálvez, quien sostiene que una relación jurídica procesal será válida solo si al establecerse se cumple con los requisitos de procedibilidad que le son propios. Estos requisitos de validez de la relación jurídica procesal reciben el nombre de Presupuestos Procesales⁸⁸.

⁸⁴CALAMANDREI, Piero. “*Instituciones del derecho procesal civil según el nuevo código*”. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp.350-351

⁸⁵GOLDSCHMIDT, James. “*Teoría general del proceso*”. Editorial labor. Barcelona, 1936, p. 8.

⁸⁶HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Derecho Procesal Civil*. Tomo.VI.Op.cit.,p.111

⁸⁷MADARIAGA CONDORI, Luis. “Análisis dogmático y estratificado de los presupuestos procesales en un sistema unitario del derecho procesal civil. Juicio de procedibilidad, contra juicio de admisibilidad: hacia un proceso oralizado, eficiente y con Garantías”. Academia de la magistratura. Primer concurso nacional de ensayo jurídico.[En línea] <http://sistemas.amag.edu.pe/biblioteca3/publicaciones/libros1/contenidos/Pri_Conc_Nac_Ensa_Juri_ver.pdf> (consultado 20/10/2015)

⁸⁸MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases...*”Op. cit., p.153. Así también, CARRION LUGO, define a los presupuestos procesales como necesarios para que surja una

La doctrina mayoritaria en nuestro país afirma que “los presupuestos son tres: la capacidad de las partes, la competencia del juez, y los requisitos formales de la demanda”. De lo cual se puede inferir que sin presupuestos procesales habrá proceso pero estará viciado, será un proceso defectuoso. Por ende, los presupuestos son elementos básicos que deben cumplirse para que exista válidamente dicha relación jurídica procesal, su ausencia impide un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Se procederá a analizar cada una de ellas⁸⁹.

En lo relativo a la capacidad de las partes en el proceso, se trata de un presupuesto de validez. La capacidad procesal de las partes es “la aptitud de ser titular de los derechos materiales o sustantivos en controversia, o mejor, aptitud para afirmar en un proceso que se tiene la calidad de titular de tales derechos”⁹⁰, se relaciona con la capacidad de goce, pues está referida a la aptitud para ser titular de derecho y obligaciones y, finalmente, la capacidad de ejercicio que es la aptitud para ejercer sus derechos, esto es, para actuar por sí mismo dentro del proceso o fuera de él⁹¹. Para Ticona Postigo, la capacidad de las partes alude a la “capacidad del demandante y del demandado en el proceso. La incapacidad procesal del tercero interviniente, no configura ausencia del presupuesto procesal, pues no causa la invalidez total del proceso, sino tan solo en forma parcial desde el momento de su incorporación irregular”⁹². Se establece su regulación en el artículo 58 del CPC⁹³.

relación jurídica válida (...) los presupuestos procesales proveen la materia a las excepciones procesales. De esa manera quedan definidos como presupuesto procesales negativamente expresados. CARRION LUGO, Jorge “El proceso civil como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional” En: *Análisis del código procesal civil*. Tomo I, Cultura Cuzco .S.A., editores, Lima, 1994, p. 143.

⁸⁹En el primer Pleno Casatorio Civil. CAS. N°1475-2007-Cajamarca, publicado en el Diario Oficial el Peruano, 21.04.08. Giovanna Quiroz Villaty contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. Se estableció de forma pacífica lo tres presupuestos

⁹⁰CARRION LUGO, la capacidad procesal es la aptitud para comparecer por sí mismo en el proceso, su equivalente en el proceso es la capacidad de ejercicio. CARRION LUGO, Jorge. “*Tratado de Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 201.

⁹¹La capacidad procesal está vinculada a la capacidad de ejercicio, sin embargo no en todos los casos la capacidad procesal es sinónimo de capacidad civil de ejercicio, pues se puede tener capacidad procesal (es decir participar en el proceso como actor y producir actos procesales válidos) sin tener capacidad de ejercicio (es decir, haber adquirido la mayoría de edad).

⁹²TICONA POSTIGO. Víctor. “*El derecho al debido proceso en el proceso civil*” Segunda edición. Editorial Grijel, Lima, 2009, p.436. Así CARRION LUGO, Jorge. En la misma postura se define a la capacidad para ser parte como la aptitud para ser titular

La competencia, sin embargo, es la facultad que tienen los jueces para resolver o conocer determinados procesos, los mismos que no pueden ser conocidos o asumidos por otro órgano jurisdiccional. La competencia es la medida de la jurisdicción, la Jurisdicción es la potestad que tiene el juez para impartir justicia, esto es, para resolver los conflictos intersubjetivos de las personas, declarando derecho o despejando incertidumbres con relevancia jurídica.

La competencia es normalmente un requisito de fondo de la demanda. Así lo refieren los artículos 424, inc.1 y 427, inc.4 del CPC. La competencia puede ser absoluta y relativa. La primera se configura por razones de cuantía, turno y funcionalidad, mientras que la segunda es una competencia territorial⁹⁴. Por ende, la competencia es el ejercicio concreto de la función jurisdiccional. Se configura como un presupuesto de validez del proceso. La competencia se rige por el principio *perpetuario iurisdictionis*, por el cual la competencia se configura por las circunstancias del momento de la presentación de la demanda. Además por el principio del juez natural y el principio de legalidad⁹⁵.

En cuanto a los requisitos de la demanda para que pueda dar inicio al proceso debe estar estructurada, es decir, debe existir conexión lógica entre el *petitum* y la *causa petendi*. El juez tiene dos posibilidades para pronunciarse sobre la demanda: declararla inadmisibles o improcedente, según el tipo de requisito que incumpla.

de una relación jurídica procesal que se genera en el proceso y para asumir los derechos, cargas y obligaciones que se deriven de la realización propia del mismo. CARRION LUGO, Jorge. “*Tratado de Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 209. En el mismo sentido CASASSAS CASANOVA, Sergio. “Las excepciones en el código procesal civil”. Primera edición. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2014, p. 45.

⁹³ Artículo 58. Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculta. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.

Puede continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho

⁹⁴ CARRION LUGO, Jorge. “*Tratado de derecho procesal civil*”. Op. cit., 673.

⁹⁵ VILELA CARVAJAL, Karla. “La competencia civil reciente modificaciones legislativas”. En: *Actualidad jurídica*. Vol.7, Lima, 2015, p. 219.

La inadmisibilidad es la sanción más leve dentro de la calificación negativa de una demanda. Se produce cuando la demanda no cumple con los requisitos formales o los cumple de forma defectuosa o incompleta⁹⁶. La potestad que el juez tiene para declararla inadmisibile es en virtud del principio de dirección del proceso al interior del mismo, por lo que tiene la facultad de sancionar y velar por la reparación del defecto. No es un modo de denegación de justicia o una obstrucción de la justicia, es una consideración que se hace para subsanar errores. El artículo 426° del CPC establece cuando se puede declarar inadmisibile una demanda. Debe tenerse en cuenta que el juicio de admisibilidad, por regla general, es primero, de ser positivo el juez pasa a examinar los requisitos de fondo.

La segunda posibilidad que tiene el juez es el juicio de procedibilidad en él⁹⁷; el juez analiza si la demanda tiene todos los requisitos de fondo. Si constara al juez que no tiene estos requisitos, se presenta un juicio negativo y se declara improcedente la demanda. Es la sanción más drástica que la inadmisibilidad porque aquí no se establece un plazo para subsanar el error. El efecto que produce es el archivamiento de la demanda, con lo que termina el proceso. Aunque no establece un plazo para subsanar, sí establece la posibilidad de presentar un recurso de apelación, y si el juez que lo absuelve lo declara improcedente, entonces se archiva definitivamente, y si el juez revoca la resolución que declaró la improcedencia, la demanda continuará su trámite. Pero si el juez verifica todos estos requisitos intrínsecos, llegará a la convicción que la demanda es procedente, y se realiza un juicio de procedibilidad positivo. En este juicio lo que el juez verifica, principalmente es que la pretensión contenga los tres presupuestos: competencia, capacidad y los requisitos de la demanda⁹⁸.

La tercera posibilidad que tiene el juez es hacer un juicio de fundabilidad⁹⁹. Después del análisis de admisibilidad y procedibilidad en

⁹⁶TICONA POSTIGO, Víctor. *“El derecho al debido proceso en el proceso civil”* Op. cit., p. 424.

⁹⁷Por su parte, la procedencia, se utilizan para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de ésta o del procedimiento sobre el cual se encarrila.

⁹⁸TICONA POSTIGO, Víctor. *“El derecho al debido proceso en el proceso civil”* Op. cit., p. 426.

⁹⁹La fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo también las cuestiones incidentales presuponen un juicio de fundabilidad como una excepción o una tacha se declararán fundadas o infundadas cuando el pedido

forma positiva, el juez al expedir sentencia elaborará un juicio de fundabilidad, el que podrá ser positivo o negativo. Tiene como expresión una decisión de mérito, sobre el fondo del conflicto de intereses. En este caso el juez analiza los hechos que sustentan de la pretensión¹⁰⁰.

La técnica procesal del juicio de admisibilidad e improcedencia, no es la más adecuada de su sistemática; podría pensarse que primero se realiza el juicio de la inadmisibilidad y luego el de procedencia y, finalmente, el de improcedencia. Además el código no establece un orden de interpretación presentándose que ante la duda sobre la concurrencia de los presupuestos debe interpretarse *indubio pro pretensor*, optimizando el acceso a la jurisdicción.

Habiendo expuesto las diferentes versiones conceptuales en torno al concepto de presupuestos, es conveniente expresar el concepto de presupuesto procesal que asumimos como postura en la misma línea que Hernández Galilea, citado por Vilela Carbajal¹⁰¹. Este autor afirma que gran parte de los problemas que existen respecto a los presupuestos procesales obedecen a una doble causa: la indeterminación de lo que debe ser considerado como presupuesto procesal, y, en segundo término porque no se sabe respecto a qué elementos adquieren la condición de presupuestos; aspectos ambos que se encuentran mutuamente condicionados porque la determinación de los presupuestos exigiría, con carácter previo, un concepto de presupuesto procesal. Pero ese tratamiento marginal vinculado generalmente con la ineficacia, hace que en el momento actual, sea una tarea imposible su explicación, puesto que el peculiar sistema de eficacia de los actos procesales alude a la necesidad de distinguir entre validez y eficacia¹⁰² como modo de

concreto contenido en cualquiera de aquellos actos de parte haya sido acogido o rechazado.

¹⁰⁰TICONA POSTIGO, Víctor. “El derecho al debido proceso en el proceso civil” Op. cit., pp, 430-431.

¹⁰¹VILELA CARVAJAL, Karla. “Nulidades procesales y sentencia firme”. Primera edición. Palestra editores, Lima, 2007, p. 32.

¹⁰²A primera vista suelen confundirse los términos validez y eficacia de los actos que se realizan durante el proceso. Sin embargo, se trata de conceptos distintos y que conviene diferenciar. Cuando nos referimos a la validez del acto procesal lo que se trata es que el acto procesal se haya realizado en conformidad con lo dispuesto en el modelo legal, es decir, que haya cumplido los requisitos que la norma procesal dispone. En cambio, la eficacia del acto procesal dice relación con los efectos que produce ese acto procesal que se ejecutó válidamente, efectos que estarán descritos por el Derecho positivo.

acercamiento al funcionamiento real de la nulidad. En este mismo sentido, Renzo Cavani señala también los inconvenientes para definir los presupuestos procesales¹⁰³.

Así, el desarrollo de los presupuestos procesales, fundamentado en el esquema dogmático-conceptual de la ineficacia procesal, es una categoría macro que comprende a la ineficacia estructural y funcional. La primera se vincula con aquellos defectos presentes en la construcción del acto, en su propia configuración, estructura. En ese sentido la inexistencia y la nulidad son consecuencia de un vicio. (En el caso de la primera es una omisión). La categoría de ineficacia funcional, el acto se ha creado y es eficaz, pero por una circunstancia posterior deviene en ineficaz¹⁰⁴. Estas categorías, que pertenecen a la teoría general del Derecho, presentes en el fenómeno procesal, configuran una relación jurídica procesal válida, concurriendo los presupuestos de existencia y validez; justificando así la existencia de la teoría de los presupuestos procesales; para lograr la eficacia jurídica, que no es más que la producción de los efectos por el acto lo cual está fundamentada en la apariencia de juridicidad.

Referente a los actos procesales estos no pueden tener un planteamiento homogéneo, es necesario diferenciar entre los actos jurisdiccionales y los demás actos¹⁰⁵. Los actos del juez son eficaces por sí mismos y puede decirse que siguen el régimen general de eficacia de los actos jurídicos, y los actos de las partes solo son eficaces en la medida que son incorporados al proceso mediante una actuación del órgano jurisdiccional¹⁰⁶. Por tanto, la eficacia no depende exclusivamente de un

Carrasco Poblete, Jaime. “*La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno*” [En línea <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532011000100003&script=sci_arttext>(consultado el 29 de diciembre del 2015)

¹⁰³RENZO CAVANI, Brain, Señala que las dificultades para definir los presupuestos están en: los defectos u omisiones de los “presupuestos procesales” solo se circunscriben a la invalidez (sin tomar en cuenta el fenómeno de la ineficacia en su conjunto en segundo lugar los “presupuestos procesales” no abarcan todo lo que deberían abarcar. RENZO CAVANI, Brain. “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal”. En: *Manual del código procesal civil*. Op. cit., p. 206.

¹⁰⁴Ibídem, p. 196,

¹⁰⁵Ibídem, p. 198,

¹⁰⁶Ibídem, pp. 32-33,

juicio positivo o de validez, sino que requiere, además, de un juicio de existencia.

Por ende, Hernández Galilea citado por Vilela Carbajal, presenta al presupuesto procesal vinculándolos a la relación que existe entre proceso y función jurisdiccional. Delimitando a los presupuestos procesales¹⁰⁷ como; “las condiciones mínimas exigidas, para que se ejercite la potestad jurisdiccional. Respecto de las condiciones mínimas, el autor mencionado distingue entre presupuestos de existencia y presupuestos de validez”. La existencia de los presupuestos procesales permite que la relación jurídica nazca y se desarrolle válidamente. Los presupuestos de existencia son aquellas condiciones mínimas sobre las que se asienta la apariencia de que, se está realizando un proceso que siguiendo a Chiovenda¹⁰⁸ y a Couture¹⁰⁹, se reducen a dos: la existencia de un órgano jurisdiccional y de una solicitud de tutela jurisdiccional. La ausencia de cualquiera de ellos elimina la apariencia de juridicidad y, por lo tanto, la base sobre lo que se apoya la existencia jurídica. En relación a los presupuestos de validez, tenemos la competencia del órgano jurisdiccional o la capacidad de las partes; su ausencia no se sanciona con nulidad y su determinación se realiza desde su regulación legal, pues la nulidad tiene un origen normativo equívoco, la determinación de lo que deba considerarse presupuestos de validez no puede realizarse sin referencia a la regulación concreta de cada ordenamiento¹¹⁰.

Siguiendo esta línea, Renzo Cavani explica que el tema de los presupuestos procesales “no se limitarían tan solo a explicar la validez de la relación procesal (entendida en su sentido operativo, es decir, como la fase preliminar a la que hicimos referencia), sino, realmente, vendrían a informar todo el procedimiento¹¹¹”. Para este autor, el presupuesto de existencia son aquellos elementos sin los cuales la relación jurídica no puede existir por ende para que exista una relación jurídica procesal es

¹⁰⁷Para Renzo Cavani, “presupuestos procesales” son aquellos elementos cuya presencia configura una relación procesal válida. *Ibídem*, p. 206.

¹⁰⁸CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituciones de Derecho procesal Civil*. Vol. III. Traducciones del italiano de Emilio Gómez Orbaneja. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954, pp. 33-34.

¹⁰⁹Cfr. COTURE EDUARDO, Juan. “*Fundamentos del derecho procesal Civil*”. Tercera edición. Roque de palma Editor, Buenos aires, 1959, p.104.

¹¹⁰RENZO CAVANI, Brain. “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal”. *Op. cit.*, p. 207.

¹¹¹*Ibídem*, p. 208.

preciso que un sujeto con capacidad para ser parte solicite tutela jurisdiccional al estado, personificado por el juez, quien deberá estar investido de jurisdicción. Los presupuestos de existencia se clasifican en subjetivos y objetivos. Los primeros conciernen al actor y al juez, mientras que la demanda integra al segundo (objetivo)”¹¹². La omisión de estos elementos nos lleva al fenómeno de la *inexistencia jurídica*.

En lo relativo a los presupuestos de validez de la relación procesal comprenden la capacidad procesal y la competencia. Así, la competencia es al juez como la capacidad procesal a la parte. La importancia de ambos requisitos es tal que su correcta presencia es un factor condicionante de la idoneidad de los actos del procedimiento¹¹³. Si no se realiza o se realizan defectuosamente, pueden determinar la conformación de un vicio y dar origen a un pronunciamiento de nulidad o, en todo caso, sin incidir en la estructura del acto, una circunstancia en donde éste se vea privado de sus efectos. Por tanto, se diferencia de la ineficacia procesal, dependiendo de la propia funcionalidad de los requisitos en el acto o en el procedimiento, y también del tratamiento legislativo que se le ha dado a cada uno de ellos¹¹⁴.

Así queda claro que los presupuestos procesales de existencia y validez permiten que surja una relación jurídica procesal válida, pero además deben concurrir con las condiciones de la acción¹¹⁵.

Se aprecia que los llamados presupuestos aplicados a todo el proceso, no guardan relación con la noción de presupuestos, más bien guardan relación con el concepto de las condiciones de la acción que, con los presupuestos procesales, son distintas figuras, pero se relacionan porque tanto presupuesto y condiciones, están orientados a la realización de un proceso válido¹¹⁶. En este orden de ideas, la institución procesal en

¹¹²Ibídem, p. 210.

¹¹³Ibídem, p. 219.

¹¹⁴Ibídem, p. 225.

¹¹⁵HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 901. En definitiva, dado que hemos optado por apartarnos de la teoría de los “presupuestos procesales” que impera en nuestro país, y habiendo asumido que estos deben ser entendidos como aquellos presupuestos de existencia y validez; además para que exista una relación jurídica válida necesita de las condiciones de la acción que informan todo el procedimiento.

¹¹⁶ Para Renzo Cavani; según la formulación tradicional, los “presupuestos procesales” son aquellos elementos cuya presencia configura una relación procesal válida, mientras

la que están configuradas las condiciones de la acción es la pretensión¹¹⁷. Distinto de la institución procesal de la acción que es un derecho autónomo, abstracto y público. No puede estar condicionado.

Así es importante definir las condiciones de la acción. La doctrina al respecto postula la primera teoría avalada por Chiovenda, Alsina y Devis Echeandia, quienes sostienen que las condiciones de la acción son los presupuestos materiales de la sentencia de fondo favorable, esto es, son los requisitos que el juzgador debe establecer en su decisión final para que el actor pueda tener una decisión favorable a su pretensión. Para esta teoría las condiciones de la acción son tres: derecho, legitimidad para obrar e interés para obrar¹¹⁸. Para esta teoría se evalúan solo al momento de expedir sentencia¹¹⁹.

La segunda teoría, sostenida por nuestro código procesal civil, a la que nos adherimos afirma que “las condiciones de la acción son aquellos requisitos exigibles para el ejercicio válido y efectivo de la acción, como derecho abstracto a iniciar y seguir un proceso”¹²⁰. Tales condiciones son legitimidad para obra e interés para obrar y voluntad de la ley. En la misma línea Víctor Ticona también establece que las condiciones para la admisión de la acción son : Derecho o voluntad de la ley (...) exige que una norma jurídica vigente garantice al actor el bien que pretende en su demanda (...), Legitimidad para obrar o calidad; legitimidad sustantiva o cualidad o *legitimatío ad causam* (...) debe haber identidad entre la persona del actor y la persona favorecida por el orden jurídico (...) Interés para obrar (interés procesal) para Monroy Gálvez, citado por

que las “condiciones de la acción” están orientadas a obtener un pronunciamiento válido sobre el mérito. RENZO CAVANI, Brain. “*Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal*”. Op. cit., p. 205.

¹¹⁷ Distinto de la institución procesal de la acción, porque como ya se mencionó, la acción no puede estar condicionada por ser un derecho autónomo, abstracto y público

¹¹⁸ TICONA POSTIGO, Víctor “*El derecho al debido proceso...*” Op. cit., p. 441.

¹¹⁹ Esta posición doctrinal se basa en la acción como elementos del derecho sustantivo.

¹²⁰ Condiciones de la acción están orientadas a obtener un pronunciamiento válido sobre el mérito. En este orden de ideas es preciso diferenciar entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales, para Couture, los presupuestos procesales son “aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal. Por su parte, Satta establece que las “condiciones de la acción son aquella requeridas para obtener la providencia favorable, y los presupuestos procesales son aquello referidos para la validez del proceso y por tanto para obtener una sentencia cualquiera que sea.

dicho autor, el interés para obrar es básicamente un estado de necesidad provocado por el hecho de que la persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material (...) ¹²¹.

Un caso relevante en jurisprudencia, nos muestra que la calificación de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción se producen de manera conjunta en la concreción de un mismo fin: determinación de una relación jurídica procesal válida; tal como se puede observar de la resolución en el Exp. N° 123-2007, Lima de la Primera Sala Civil con subespecialidad comercial ¹²².

Así los componentes de las condiciones de la acción, están configuradas dentro de la pretensión procesal. Por tanto, en el fundamento de hecho alegado por el actor para obtener el objeto de la pretensión, que también es el fundamento jurídico que va hacer amparado o no por el juez en la sentencia (causa petendi), entra a tallar la legitimidad para obrar y el interés para obrar; por el contrario, en el contenido de la pretensión (petitum) entra a tallar la voluntad de la ley, en base y concordancia de asegurar una adecuada relación jurídico procesal válida y una sentencia de fondo igualmente válida.

Dado que la doctrina nacional ha denominado presupuesto procesales a lo que en realidad se refiere a las condiciones de la acción cautelar ¹²³, queda por definir ¿qué es? y ¿cuáles son los presupuestos de las medidas cautelares? Los “presupuestos” aplicados en el ámbito cautelar son condiciones fácticas o jurídicas que deben coexistir antes de la concesión de la medida cautelar para su validez. Hace referencia a

¹²¹Ibídem, pp. 76-78.

¹²²ESQUIVEL OVIEDO, Juan C. “*Jurisprudencia Civil de la Corte Superior (2006-2008)-últimos precedentes en materia Civil, Procesal Civil y Comercial*”. Primera Edición. Editora Gaceta Jurídica S.A. Lima. 2009, p. 327. En el mismo sentido la Casación N° 2369-2003. Lima publicado en el diario el peruano el p.13707- 13708.

¹²³CHIOVENDA, fue el primero en considerar que la petición de una medida cautelar importa *pers se* el ejercicio de una acción “el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones es una forma de por sí mismo de acción (acción aseguradora), y es pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, porque existe como un poder actual, cuando no se sabe si el derecho garantizado existe. CHIOVENDA, GUISEPPE. “*Instituciones de Derecho procesal civil*”. Traducido por Gómez de Orbaneja. En: Revista de derecho privado. Madrid, 1948. p. 34.

aquellos elementos que son indispensables para obtener una medida cautelar válida y no pasible de ser revocada¹²⁴.

Las medidas cautelares, para su procedencia están sujetas a elementos necesarios, que resultan ineludiblemente imprescindibles para el otorgamiento de una medida cautelar y a la vez se constituye en un barrera que evita el abuso que de ella pretenden hacer los justiciables y a la arbitrariedad del órgano jurisdiccional de concederlas indiscriminadamente¹²⁵.

Pero lo que ha sido desarrollado en materia de medidas cautelares son los mal llamados presupuestos procesales para la admisibilidad de las medidas cautelares, la demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora que puede aparejar el lento tránsito de la causa hacia la sentencia definitiva; pues, mientras se produce la prueba terminante de aquel, podrían desaparecer las cosas que interesan a la litis o producir un daño irreversible a las personas comprometidas con la misma¹²⁶.

Así, al momento de la presentación de las medidas cautelares, el juez debe fijarse si la solicitud cautelar cumple con el primer presupuesto llamado verosimilitud, este se vincula con legitimidad para obrar del proceso, quien configura una de las condiciones de la acción. Ticona Postigo, refiere que la legitimidad para obrar “es una relación de identidad lógica entre la persona del actor o del demandado concretamente considerado y la persona abstracta a quien concede acción o contra quien la concede. Tal cualidad, pues, no es un derecho ni tampoco el título de un derecho, expresa una idea de simple relación”. La legitimación se refiere a quienes deben ser parte en un proceso concreto para que la actividad jurisdiccional se realice con eficacia teniendo presente el principio de oportunidad. Este principio responde a la concepción que da primacía a los intereses individuales.

Se basa en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos precisamente cuando alguien la inste, por ende el

¹²⁴MONROY GALVEZ, Juan. “*Bases para la formación de una...*” Op. cit., p.176.

¹²⁵HURTADOS REYES. “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 944.

¹²⁶KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”. Op. cit., p. 50.

proceso tendrá sentido si el que lo insta afirma su titularidad del derecho e imputa la titularidad de la obligación al demandado.

Esta concepción se provee en el artículo VI, del título preliminar del Código Civil del Perú, cuando sostiene que "para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés económico y moral"; y en el artículo IV del título preliminar del CPC al referirse al interés y legitimidad para obrar que debe invocar el que promueve el proceso.

En nuestro ordenamiento existen dos tipos legitimación: En primer lugar, la legitimación ordinaria enfocada desde el principio de oportunidad del que se deriva que aquella puede solo reconocerse a quien afirma su titularidad del derecho subjetivo y a quien se imputa la titularidad de la obligación. La legitimación viene deslindada del tema de fondo y sin posibilidad de conocer del mismo. En segundo lugar, tenemos a los supuestos de legitimación extraordinaria que viene establecida por ley directamente, estableciendo qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada. Se trata de pretensiones constitutivas. La legitimación no vendrá determinada por la afirmación de un derecho subjetivo y de una obligación sino que será necesario que el actor se encuentre precisamente en una de las posiciones previstas legítimamente por ley.

La legitimidad para obrar para efectos cautelares es conocida como "*legitimatío ad causam*". Legitimación en las causas: Con ella se hace referencia a la adecuación correcta de los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva y los que van a participar en la relación jurídica procesal¹²⁷. Esta legitimidad implica un interés jurídico relevante para hacerlo. "Consiste en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial puede formular (legitimación activa) o contradecir (legitimación pasiva) las pretensiones contenidas en la demanda. Por otro lado, debe de tenerse presente que no se trata de la titularidad del derecho o de la obligación sustancial. En este examen, no se juzga la justicia de la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos dos aspectos el juez los evaluará al expedir sentencia (cuando emite juicio de fundabilidad sobre la pretensión). La legitimidad para obrar está referida a la presencia en el proceso de

¹²⁷HURTADO REYES, Martin. "*fundamentos del derecho procesal civil*". Op. cit., p. 270.

aquellas personas autorizadas por ley en orden a la eficacia del objeto perseguido por el mismo¹²⁸.

De acuerdo a lo expuesto, la verosimilitud del derecho como presupuesto de las medidas cautelares su símil es la legitimidad para obrar en la medida que esta se refiere a la fundabilidad del derecho en discusión, puesto que la verosimilitud implica una probabilidad de que el derecho exista.

En este sentido, Monroy Palacios señala, que debido a que el procedimiento cautelar no constituye un proceso judicial, sino un incidente, no existe impedimento en la determinación de qué sujetos están estipulados para solicitar una medida cautelar. Así los legitimados para solicitar una medida cautelar serían los mismos que participan en el proceso principal o de intervinientes en cualquiera de sus especies. En el mismo sentido, Ramos Romeu “puede quedar sujeto a la medida cautelar cualquiera que sea parte en el proceso principal”¹²⁹.

Así la verosimilitud como una de las condiciones de la acción es necesaria para la concesión de la medida cautelar estipulada en el artículo 615 del CPC, sin embargo, no es necesario garantizarla, porque la sola existencia de la sentencia favorable lo acredita. Así el tener una sentencia favorable es suficiente para asegurar la eficacia de esta sentencia principal, sin dejar de acreditar los demás presupuestos¹³⁰.

En segundo lugar, analizaremos que el presupuesto del *periculum in mora* se relaciona con el interés legítimo del peticionante, interés para obrar, que alude, a la necesidad de obtener la tutela jurisdiccional respecto de un interés sustancial determinado. Para Ticona Postigo “es una condición de la acción, que consiste en el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional del que se encuentra una persona determinada, y que la determina a solicitar, por vía única, y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano judicial, con la

¹²⁸Ibídem, p. 272.

¹²⁹RAMAOS ROMEU, Francisco. “Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico”. Op. cit., 144.

¹³⁰Por lo tanto consideramos que el pronunciamiento de fondo o sea de la sentencia que expida en el principal, únicamente debe incidir en el presupuesto que tiene que ver con la probabilidad de certeza del derecho pero ya con un estado de certeza y no de probabilidad. LUJAN SEGURA, Helder. Op. cit., p. 80.

finalidad que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte”¹³¹. En el mismo sentido, Liebman, señala que “el interés para accionar es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la providencia solicitada.”¹³² Para Casassa Casanova: el interés para obrar hace referencia a la causa subjetiva que tiene el demandante para instaurar la demanda y el demandado para contradecirlo. No se trata del interés que justifica la acción o el derecho de contradicción¹³³.

El interés debe ser concreto, actual y legítimo. Se refiere a la exigencia de tutela jurídica que hace el justiciable al órgano jurisdiccional cuando de forma pacífica no pudo resolver el conflicto de intereses que tiene con otro sujeto de derecho¹³⁴. El tan solo peligro en la demora acredita la procedencia de este tipo de medidas. Aquí el daño se producirá, por el transcurso del tiempo si la medida no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso. Por tanto el *periculum in mora* es el temor de que la demora del proceso genere que la sentencia dictada no sea efectiva¹³⁵.

En nuestro caso materia de estudio para conceder esta medida cautelar especial se requiere la condición de la acción *periculum in mora*, es decir, el contar con sentencia favorable no eximen del análisis de este presupuesto”¹³⁶. Fernández Ballesteros López afirma que el *periculum in mora* no se presume ni se sobreentiende. Es obligación de quien pide la

¹³¹TICONA POSTIGO, Víctor. “*El derecho al debido proceso en el proceso civil*”. Op. cit., p. 450.

¹³²LIEBMAN, citado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. *Postulación del proceso*. Op. cit., p.102.

¹³³CASASSAS CASANOVA. El interés para obrar desde la óptica del demandante, puede faltar con referencia al medio procesal o al resultado del proceso. Sin embargo el interés para obrar desde el punto de la posibilidad de cuestionar la pretensión del demandante, siempre se encuentra latente y existente, por el solo hecho de resistir a la pretensión propuesta. CASASSAS CASANOVA. “*Las excepciones en el proceso...*” Op. cit., p. 52.

¹³⁴HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Op.cit.,p.102

¹³⁵ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley, Madrid, 2000, p.983. En el mismo sentido Calderón Cuadrado, el peligro en la demora, sería el genérico de insatisfacción para cuya determinación entraría en juego consideraciones objetivas como subjetivas, coincidiendo, en realidad, con esa doble conceptualización que realiza Calamandrei, peligro de infructuosidad y peligro en el retraso. CALDERON CUADRADO María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso Civil*. Editorial Civitas, Madrid, 1992., pp.171.

¹³⁶Ibídem, p. 80.

medida cautelar afirmar y probar la existencia de *Periculum in mora*. Deben usarse con gran prudencia los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, porque solo existe un derecho a la medida cautelar cuando se han acreditado cumplidamente los presupuestos¹³⁷.

La jurisprudencia se perfila en el mismo sentido del exp.Nº417-96-Huaura. Para la procedencia de una medida cautelar además de la verosimilitud del derecho invocado, condición que se infiere del hecho de haber tenido un fallo favorable, también es necesario que exista una situación respecto del cual el peligro en la demora pudiera convertirse en irreparable del daño¹³⁸.

La adecuación como presupuesto en las medidas cautelares, en un símil con las condiciones de la acción, se refiere a la voluntad de la ley. Monroy Palacios considera que la congruencia y proporcionalidad constituyen elementos de la adecuación¹³⁹. Francisco Ramos Romeo señala que “la medida debe ser proporcionada teniendo en cuenta los intereses en conflicto, los daños que pueda sufrir el demandante, los daños que pueda sufrir el demandado, y los daños que puedan sufrir terceros. La medida cautelar proporcionada en sentido estricto no es más que la medida cautelar óptima. Por tanto, la adecuación del contenido de la pretensión (*petitum*) entra a tallar la voluntad de la ley. En base y concordancia de asegurar una adecuada relación jurídica procesal válida y una sentencia de fondo efectiva.

Así, la voluntad de la ley consiste en la relación entre el hecho y la norma, consiste en verificar en la realidad entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados como posibles por una norma jurídica: en una cierta situación objetiva de coincidencia (o excepcionalmente de no coincidencia) que debe verificarse en la realidad entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados posibles por una norma jurídica: en una cierta situación objetiva de coincidencias se podría también decir entre el hecho específico real y un hecho específico legal(...); lo que debe, pues, existir como requisito de la acción es esta relación positiva o negativa entre el hecho y la norma; deben tener, respecto de una norma jurídica sustancial una cierta

¹³⁷BALLESTEROS LOPEZ, Fernández. Citado por RAMOS ROMEU, Francisco. “*La medidas cautelares civiles*”. Op. cit., p. 549.

¹³⁸LUJAN SEGURA, Helder. ¿La sentencia fundada...? Op. cit., p. 81.

¹³⁹MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una...*” Op. cit., p. 186.

trascendencia que haga aparecer la providencia pedida como concretamente conforme a la ley¹⁴⁰.

La voluntad de la ley implica posibilidad porque nadie está obligado a ser lo imposible, las personas no están obligadas al cumplimiento de lo imposible físico y jurídico. Además, alude a la pretensión cuando está permitida o garantizada por el derecho objetivo, ley o sistema jurídico vigente. Asimismo, es el interés actual para plantear la pretensión, la calidad de acreedor en su sentido más amplio del demandante, de modo que si no existiera el derecho tutelado por la ley, el juez no se encontrara en condiciones adecuadas para pronunciarse sobre la pretensión procesal propuesta con la demanda. En este supuesto el juez se pronunciará sobre la improcedencia de la demanda¹⁴¹.

Así está última condición de la acción debe acreditarse, el contar con una sentencia favorable de instancia no exime fundamentarla¹⁴².

En este orden de ideas nuestro sistema procesal asume lo expuesto en las líneas antepuestas como condiciones de la acción: legitimidad para obrar, interés para obrar y voluntad de la ley; pero la doctrina en materia cautelar asume a las condiciones de la acción como presupuestos cautelares. Es por ello que ahora expondremos los presupuestos procesales que están presentes en la solicitud cautelar, son: en primer lugar, la competencia del juez y la capacidad procesal respecto de la competencia. Es el principal presupuesto procesal de una medida cautelar. El juez debe evaluar su *ius imperium* del estado para poder utilizar el deber-ser en una situación en concreto.

La competencia es una cualidad inherente al órgano jurisdiccional y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción. Para ello, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, los que suelen denominarse elementos de la competencia como la cuantía, el turno, la materia, el grado y el territorio. La aplicación conjunta de estos criterios

¹⁴⁰CALAMANDREI, citado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo VI. Op. cit., p.105.

¹⁴¹ CARRION LUGO, Jorge. “*Tratado de Derecho...*” Op. cit., p.163.

¹⁴²En definitiva, conceder una medida cautelar sin que se cumplan las condiciones de la acción cautelar violaría el derecho a la tutela judicial eficaz, sin embargo nuestro caso materia de análisis el mismo hecho de contar con sentencia fundada, permite eximir de la verosimilitud, no así con el *periculum in mora* y adecuación.

de competencia, todos ellos previstos en el ordenamiento procesal, permiten individualizar el órgano jurisdiccional concreto, ello condiciona una correcta relación jurídica procesal¹⁴³.

Se diferencia la competencia en absoluta y relativa según el interés predominante. Así, sin perjuicio de los criterios adoptados en cada ordenamiento jurídico, las normas que consagran una competencia absoluta se corresponden con el interés público; por el contrario, las que se refieren a la competencia relativa contienen un interés privado. En efecto, en las primeras no hay ningún tipo de disponibilidad por el juez ni por las partes, consistiendo en cualidades con que debe estar necesariamente premunido el juez que dirige el proceso. Por su parte, la competencia relativa permite que el juez adolezca de ella y otorga a las partes la posibilidad de modificarla o, inclusive, aceptar a un juez relativamente incompetente, precluyendo así la oportunidad de cuestionarla en el futuro¹⁴⁴.

La competencia en el ámbito cautelar está basado en las características de instrumentalidad, subsidiariedad o accesoriedad. Por tanto, el juez competente para dictar una medida cautelar será aquel que debe emitir un pronunciamiento sobre la pretensión contenida en el proceso principal. Por ende, la competencia en sede cautelar está determinada por la cuestión de fondo debatida teniendo en cuenta los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora. En principio, el juez incompetente para conocer la discusión del derecho en conflicto debe abstenerse de dictar medidas cautelares. Ello está previsto en el artículo 33 y 608 del CPC. Sin embargo de realizarse este hecho, dicha medida cautelar siempre que se haya emitido respetando las normas procesales pertinentes, que en virtud de la urgencia y de cautelar los intereses legítimos de los justiciables; el juez puede aceptar la solicitud cautelar, dando la inmediata remisión al juez competente, quien estará en competencia para convalidar o no la medida cautelar.

El segundo presupuesto es la capacidad procesal civil de las partes¹⁴⁵, la cual debería estar referido al demandante y al demandado. La

¹⁴³DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “*Curso de derecho procesal civil I*”. Editorial universitaria Ramos Arce. Lima, 2009, p. 231.

¹⁴⁴RENZO CAVANI, Brain. “*Los presupuestos procesales vistos...*” Op. cit., 218.

¹⁴⁵La capacidad para ser parte es la “aptitud para (...) ser sujeto de la relación jurídica procesal (proceso) o asumir una situación jurídica procesal. De ella están dotados todos

incapacidad del tercero interviniente no configura ausencia del prepuesto procesal, pues no causa invalidez del proceso. Es necesario tener capacidad para acceder a la justicia, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. De manera que toda persona puede estar en juicio a menos que exista una limitación o prohibición expresa de la ley¹⁴⁶. Las diferencias entre la capacidad procesal y la capacidad para ser parte en el proceso surgen a la vista, más allá que una sea un requisito de validez y el otro, presupuesto de existencia: el actor siempre debe contar con capacidad para ser parte¹⁴⁷.

Respecto de los requisitos procesales, para Ortells Ramos, existe una pluralidad de intentos de teorización que no han conducido a un resultado estable y ampliamente aceptado¹⁴⁸; lo primero que corresponde hacer es definir qué es lo que entiende la doctrina por ellos y encontramos que lo define como “un modo de ser del acto o en otros términos un carácter suyo, o a cuya presencia, o a cuya ausencia se halla subordinado, en la existencia o en la medida, un efecto jurídico, se trata de un modo ser del acto trascendente para el derecho”¹⁴⁹.

Se define a los requisitos de acuerdo a la relación continente-contenido del acto jurídico procesal; así se distingue que los elementos del acto procesal son: sujeto, objeto y actividad. Es la concurrencia de estos tres elementos la que viene a determinar la existencia o no de cualquier acto procesal, es cuando han de cumplirse en el mismo, además, los requisitos que conforman cada uno de los elementos, a fin de que el acto siendo ya existente, sea también plenamente eficaz¹⁵⁰. Por ende la naturaleza de los de los requisitos procesales son de orden público y de carácter imperativo¹⁵¹.

aquellos que tengan personalidad material o sea, aquellos que pueden ser sujetos de una relación jurídica material. *Ibíd*em, p. 210.

¹⁴⁶HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. Tomo.VI Op. cit., p. 120.

¹⁴⁷RENZO CAVANI. Brain. “*Los presupuestos procesales vistos ...*” Op.cit.,p.213

¹⁴⁸ORTELLS RAMOS, Manuel; MONTERO AROCA, Juan., GÓMEZ COLOMER, Juan. “*Derecho Jurisdiccional*”. Segunda edición. Vol. I , Barcelona, 1989,p.547

¹⁴⁹CARNELUTTI, Francesco. “*Sistema de derecho procesal civil*”. Editorial Eteha, Buenos Aires ,1944. 147.

¹⁵⁰VILELA CARBAJAL, Karla. *Nulidades procesales y sentencia firme*. Tesis doctoral. Universidad de Navarra. Navarra: 2002, p. 24.

¹⁵¹Son de orden público los requisitos procesales garantes de tutela judicial efectiva sin indefensión (derecho fundamental de orden público) en cuanto tales y no en cuanto es

En esta línea, Renzo Cavani afirma que, de acuerdo a la importancia de los actos procesales y el desarrollo dogmático de los elementos del acto procesal que se distinguen entre presupuestos y requisitos, los primeros se relacionan con la existencia o inexistencia del acto, porque su existencia determina la existencia de aquel. Si no concurren todos los presupuestos del acto, entonces este no cumple con el mínimo exigido por el soporte fáctico para ingresar al mundo jurídico, quedando a lo sumo como un acto material. Respecto de los requisitos, forman parte de la estructura del acto y su presencia es simultánea a este en el sentido que se verifican en el mismo momento en que el acto es creado¹⁵².

Para De la Oliva, los presupuestos son circunstancias fácticas o jurídicas, independientes o anteriores y externas al acto mismo, que deben concurrir a fin de que éste produzca, de forma plenamente concorde a derecho, todo sus efectos. En cambio, los requisitos, serían las circunstancias coetáneas al acto, también trascendentes en el orden jurídico¹⁵³.

En la misma línea se encuentra Ortells Ramos, para quien “los presupuestos de los actos procesales son los componentes de los mismos, establecidos por ley, a los que debe ajustarse la realización en concreto de los actos procesales para producir los efectos normales”¹⁵⁴.

Hay que advertir que la diferencia entre presupuestos y requisitos de los actos procesales, consiste en que no se refieren a la eficacia de los

normas procesales. Por tanto la finalidad es donde radica el carácter de Derecho público *de ius cogens* y no en tanto en las exigencias formales. Por tanto, los requisitos procesales sirven para garantizar la fines del proceso tienen también, un carácter instrumental. Así solo en la medida en que se puedan equiparar normas y garantías procesales para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva se está en condiciones de afirmar el carácter de orden público de los requisitos procesales. SERRANO HOYO, Gregorio. “*Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del tribunal constitucional*”. [En línea]file:///C:/Users/Katy/Downloads/Dialnet-FormalismoYTutelaJudicialEfectivaEnLaJurisprudenci-119296%20(1).pdf (consultado el 12 de diciembre del 2015)

¹⁵²RENZO CAVANI, Brain. “*Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia Procesal*”. Op. cit., p. 202.

¹⁵³DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “*Derecho Procesal*”. Segunda edición. Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 331.

¹⁵⁴ORTELLS RAMOS, Manuel., MONTERO AROCA, Juan., GÓMEZ COLOMER, Juan. “*Derecho Jurisdiccional*”. Op. cit., p. 547.

actos procesales singularmente considerados, sino a la eficacia del procedimiento en conjunto para que pueda darse un pronunciamiento sobre el fondo.¹⁵⁵ Otra diferencia consiste en que los requisitos procesales son de orden público, garantes de una tutela judicial efectiva, solo en la medida que puedan equipararse normas y garantías procesales para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva es que en estas condiciones se afirma el carácter de orden público.

Así se evidencia la distinción entre presupuestos, requisitos y condiciones acorde con José Joaquim Calmon de Passos en su trabajo titulado *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Sobre esta propuesta, Daniel Francisco Mitidiero (“O problema da invalidez dos atos processuais”. Trad. Renzo Cavani Brain, publicado en esta misma obra, p. 417) afirma lo siguiente: “(...) nos parece conveniente dividir los elementos del acto procesal en presupuestos, supuestos (Calmon de Passos alude a ‘requisitos’) y condiciones. Los primeros determinarían la existencia del acto; los segundos, la validez y los terceros, la eficacia. Los presupuestos preceden al acto mostrándose jurídicamente relevantes en la composición del soporte fáctico (en su suficiencia), al paso que los supuestos participarían de la estructura íntima del acto (Calmon de Passos diría ‘estructura ejecutiva’) convocados para alejar de cualquier deficiencia el soporte fáctico respectivo, quedando a las condiciones, por fin, el papel de otorgar eficacia al acto integrando el soporte fáctico, dándole eficiencia, identificándose con todo aquello que es posterior al mismo, condicionándole los efectos. De esta forma, tenemos que los presupuestos son precedentes y posibilitan la existencia; los supuestos son concomitantes y proporcionan la validez, y las condiciones son posteriores y determinan la eficacia (...)”¹⁵⁶.

Así en el artículo 610 del CPC se regulan los requisitos de una solicitud cautelar. El requisito primero es exponer ordenada y enumeradamente los fundamentos de la pretensión¹⁵⁷. El fundamento de la pretensión cautelar “implica la exposición de los argumentos que

¹⁵⁵Idem.

¹⁵⁶RENZO CAVANI, Brain. *El problema de la invalidez de los actos procesales*, p. 417. [En línea] <https://www.academia.edu/10610279/Invalidez_de_los_actos_procesales_Daniel_Mitidiero_> (consultado el 12/12/2015)

¹⁵⁷HURTADO REYES, Martín. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 958.

causen convicción al juez respecto del *fomus boni iuris* que sustenta la pretensión principal, respecto de la necesidad preventiva por la existencia del *periculum in mora* u otra razón justificable, y respecto de la razonabilidad de la medida precautoria para garantizar la eficacia de la pretensión¹⁵⁸. Si la medida cautelar se solicita antes de la presentación de la demanda, este requisito tiene mayor rigurosidad. Esta etapa formal, pone en evidencia el lugar donde se debe incorporar el presupuesto de verosimilitud y peligro en la demora¹⁵⁹.

El segundo requisito es la indicación de la forma de la medida cautelar. Es de suma importancia, pues delimita y hace claro el objeto de la misma. Para Hurtado Reyes, la forma no es sino la modalidad en la que se presentan las medidas cautelares. La forma (*rectius*: modalidad) no debe aparecer de forma implícita, sino explícita¹⁶⁰. La excepción a este requisito la conforma las medidas atípicas, artículo 629 del CPC, porque no tienen modalidad taxativa prevista en el código¹⁶¹. No significa necesariamente señalar alguna clase de medida prevista en el ordenamiento procesal, secuestro, embargo porque también puede solicitarse una medida cautelar genérica. La forma de la cautela requiere ser contrastada con la naturaleza de la pretensión en discusión y con los bienes que se quiere afectar¹⁶².

El tercer requisito exige indicar los bienes y monto de su afectación; por ello, deben identificarse los bienes objetos de cautela. En algunos casos la designación de los bienes será genérica, por ejemplo como destaca artículo 649 del CPC que regula que pueden recaer embargos sobre los bienes muebles que posee el demandado, sin saber con exactitud cuáles son y de que características. En otros, casos la designación es más genérica cuando se trate de afectación de productos o frutos que producen determinado bienes, previsto en los artículos 645 y 669 del CPC¹⁶³.

¹⁵⁸HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. Tomo X. Op.cit.,p.84

¹⁵⁹HURTADO REYES, Martin. “*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 958.

¹⁶⁰Ibidem, p. 958.

¹⁶¹Ídem.

¹⁶²LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “*Comentarios al código procesal civil*. Gaceta jurídica”, Lima, 2011, p.17.

¹⁶³HURTADO REYES, Martin. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 958.

Al peticionante se le exige que tenga una participación activa en la búsqueda de bienes que pueden ser materia de afectación porque, como es obvio, el juez desconoce cuál es el patrimonio del obligado. Esa es la razón en la que se sustenta el requisito de señalar los bienes sobre los que recae la medida cautelar. A falta de bienes indicados, es imposible la formalización de la medida precautoria¹⁶⁴.

De una primera lectura, del inciso 3 del artículo 610 del CPC, en comentario con el artículo 642 del CPC, se interpreta una extensión a los derechos del presunto obligado. En este mismo sentido, el artículo 611 del CPC al referirse al contenido de la resolución cautelar señala: "la medida solo afecta los bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores en su caso". Esto nos lleva a sostener, que el inciso 3 del artículo 610 del CPC no debe apreciarse restrictivamente a los bienes, sino que también se podría incorporar la afectación de derechos al respecto¹⁶⁵.

La indicación del monto de la afectación es un requisito que pretende asegurar al peticionante que la medida a dictarse no es insuficiente para garantizar su pretensión, sin perjuicio de la facultad del juzgador que va a graduar dicho monto. Es importante la indicación del monto porque determina hasta cierto punto cuantificable, el derecho expectatio que tiene el acreedor embargante sobre el bien y además establece la suma que deberá pagar el ejecutado o un tercero si pretende liberarlo. Cuando se trata de demandas por sumas dinerarias no se puede concebir embargos o secuestros sin la determinación de un monto. Aunque en algunos casos la medida cautelares prescinden de cuantía como en la anotación de la demanda¹⁶⁶.

De ninguna manera incide positiva o negativamente en el derecho del afectado, por cuanto todo posible exceso será advertido por el magistrado con la prueba del derecho invocado con el solicitante. Es de destacar que el monto de la afectación no tiene por qué coincidir con la

¹⁶⁴HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "*Derecho procesal civil*". Tomo X. Op.cit., p. 84.

¹⁶⁵LEDESMA NARVAEZ, Marianella. "*Comentarios al código procesal civil*". Op. cit., pp. 20-23.

¹⁶⁶HURTADO REYES Martin. "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*". Op. cit, p. 958.

del petitorio, pudiendo ser mayor que este si incluye lo correspondiente a costos y costas¹⁶⁷.

El cuarto requisito, al requerir contracautela para conceder una medida cautelar. Esta no se debe exigir, porque es un requisito de ejecución de la medida cautelar.

En cuanto al quinto requisito, la designación del órgano de auxilio judicial (depositario, custodio, interventor, administrador), el artículo exige que se acompañe a tal solicitud copia legalizada de documento de identidad de dicho órgano, si fuese persona natural, omitiéndose pronunciarse sobre la hipótesis de una persona jurídica¹⁶⁸. Una de sus características del auxilio es que tienen una composición elástica, variable, pudiendo concurrir una pluralidad de órganos conforme lo señala el artículo 631 del CPC, en atención a situaciones como el número de bienes, la naturaleza y la ubicación de estos¹⁶⁹.

Los requisitos del artículo 610 inciso 3 y 5 del CPC (indicación de los bienes y la designación del órgano de auxilio judicial) son de estricta observancia, si la medida cautelar tuviera contenido económico o si, dada su naturaleza, fuese imprescindible la designación del órgano de auxilio judicial¹⁷⁰.

En consecuencia, el legislador señala como requisitos exigibles para conceder una medida cautelar los expuestos en el artículo 610 del CPC; sin embargo, no comparto que se exija contracautela porque no se trata de un requisito para conceder medida cautelar sino un requisito de ejecución de la medida cautelar. En nuestro objeto de estudio, “caso especial de medida cautelares”, el haber obtenido sentencia favorable y pese a ser esta impugnada, se puede solicitar la precautoria, sin que sea menester cumplir con los requisitos del artículo 610 inciso 1 y 4 del CPC, relativo a los fundamentos de la pretensión y contracautela. Por tanto, no comparto que se excluya como requisito a la fundamentación de la

¹⁶⁷HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. Tomo X. Op. cit., p. 85.

¹⁶⁸HURTADO REYES, Martin. “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 959.

¹⁶⁹LEDEZMA NARVÁEZ, Marianela. *Tratamiento...* Op. cit., p. 23.

¹⁷⁰HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho procesal civil*”. Tomo X. Op. cit., p. 85.

pretensión cautelar porque se vulneraría su naturaleza, no así con la contracautela; este requisito debe eximirse, puesto que se trata de un requisito ejecución de la medida cautelar.

En conclusión. para conceder medidas cautelares se requiere el cumplimiento de requisitos y presupuestos, pero en el caso especial de concesión de medidas cautelares que es objeto de estudio de este trabajo, el artículo 615 del CPC nos indica que para ese caso especial, solo se deben cumplir con ciertos requisitos, pero no nos dice nada acerca de los presupuestos. La conclusión de este trabajo es que, en el caso especial de procedencia de medidas cautelares, si se deben exigir los presupuestos, pero no todos. Solo deben ser exigibles el periculum in mora y la adecuación; la verosimilitud no sería necesario puesto que hay una sentencia de primera instancia porque ya ha reconocido la existencia del derecho.

CAPITULO II: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 615 DEL CPC

2.1. Introducción:

Este capítulo tiene como objeto de estudio el análisis del artículo 615 del CPC, que regula el caso especial de procedencia de una medida cautelar, esta norma afirma que es procedente el pedido de una medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. En este supuesto el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir con los requisitos exigidos en los inc.1y 4 del artículo 610 del CPC. A primera vista se aprecia que la norma exime al solicitante de cumplir con los dos requisitos comunes a todo pedido cautelar, como es expresar los fundamentos de la medida y ofrecer contracautela.

2.2. Oportunidad para solicitar una medida cautelar en el supuesto especial

La tutela cautelar es una forma de tutela jurisdiccional (...) goza de autonomía funcional¹⁷¹, y se caracteriza por ser provisional, variable e instrumental en el sentido Calamandreiano, o sea “no ser fin en sí

¹⁷¹Alude que el proceso cautelar tiene una función propia, distinta del proceso de cognición., es decir declarar la certeza de los hechos (...) para la composición de la litis. ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar entre certezas y dudas: Reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos.” En: *Actualidad Jurídica*. N°182, Lima, 2009, p. 102.

misma” sino la de estar preordenada al resultado de la tutela de fondo¹⁷². Es finalidad de la tutela cautelar lograr la tutela judicial efectiva, que comprende en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional. Para Monroy Gálvez la finalidad es abstracta “logra la paz en justicia”¹⁷³, lograr que la tutela judicial se efectivice. Por ende, el derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional, para solicitar la protección de una de una situación jurídica¹⁷⁴, a través de una cognición sumaria el dictado y ejecución de una oportuna medida cautelar, que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse¹⁷⁵. En virtud a esta tutela judicial efectiva se prevé la oportunidad de solicitar medidas cautelares, en base al poder jurídico de toda persona de recurrir a una jurisdicción a buscar tutela.

Si precisamente lo que se quiere lograr con la tutela cautelar es evitar los efectos negativos que el tiempo puede tener en el proceso, la decisión que provenga de la tutela cautelar debe llegar antes de que se produzca aquello que con ella se quiere evitar, es decir, debe llegar en el momento indicado para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional¹⁷⁶.

¹⁷²ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar entre certezas y dudas: Reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos”. En: *Estudio sobre la medida cautelar en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014. p. 19.

¹⁷³MONROY GALVEZ, Juan “Introducción al estudio de la medida cautelar”. Op. cit., p. 16.

¹⁷⁴GONZALES PÉREZ, Jesús. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. Tercera edición. Editorial Civitas, Madrid, 2001, p.51. En la misma línea en la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano se ha expresado que “el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y quepa parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 015-2001-AI/TC. Así también, GONZALEZ PEREZ, Jesús. “El derecho a la tutela jurisdiccional”. Op. cit., p. 337.

¹⁷⁵PRIORIO POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. Op. cit., p. 496.

¹⁷⁶Ibídem, pp. 508-509.

Se regula en el artículo 139 inc.3 de la Constitución¹⁷⁷. Pero ello no quiere decir que cada cuando se solicite una medida cautelar debe ser otorgada para ello el juez debe evaluar si cumplen con los presupuesto para conceder la medida cautelar. Además se estipula en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil¹⁷⁸, que contempla el principio de iniciativa de parte, el cual postula como regla general que el proceso no puede ser iniciado de oficio sino a instancia de parte, debiendo contarse con interés y legitimidad para obrar. Este principio exige que quién ejerza su derecho de acción debe afirmar, no acreditar, ni probar solo afirmar que tiene interés y legitimidad para obrar; también alude que “es indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del estado¹⁷⁹. Por tanto es extensiva a una solicitud cautelar.

Así la oportunidad para solicitar una medida cautelar apunta al principio dispositivo, “*Nemo iudex sine actore y Nemo invitus agere cogatur*”¹⁸⁰. Para Calamandrei, por este principio la jurisdicción no se pone en movimiento, sino a petición de persona [...] el hacer valer un derecho en vía jurisdiccional, es un modo de disponer del mismo, y por consiguiente el condicional a la tutela jurisdiccional a la petición del demandado es una lógica consecuente de la autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica¹⁸¹. En estos aforismos encontramos la proyección de este principio basados en la autonomía de la voluntad (...) además refleja que es la parte quien incoa la solicitud y, por *tanto*, el comienzo del proceso cautelar, esto significa que el juez no actúa de oficio y por propia iniciativa, este principio nos

¹⁷⁷Artículo 139 de la Constitución “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

¹⁷⁸Artículo IV. El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos: Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria

¹⁷⁹MONROY GALVEZ, Juan. “*Introducción al proceso Civil...*”Op. cit., p. 86.

¹⁸⁰El principio dispositivo tiene dos aspectos, el primero le corresponde a la partes iniciar el proceso formulando demanda y en ella sus peticiones y desistir de ellas. El segundo le corresponde a las partes solicitar las pruebas sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. El principio dispositivo, le corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la solicitud de estas. DEVIS ECHEANDIA, Hernández. “*Teoría general del proceso*”. Op. cit., p.60.

¹⁸¹CALAMANDREI, Piero. “*Derecho procesal civil*”. Op. cit., p. 397.

indica que depende de la voluntad exclusiva del titular del derecho sustancial vulnerado, él es quien juzga si es o no oportuno para el ejercicio y defensa del derecho vulnerado, instar la intervención del órgano judicial, ya que no se puede otorgar tutela de oficio ni por requerimiento de persona que no es titular del derecho invocado¹⁸². Excepcionalmente, son dictadas por iniciativa del propio Órgano Jurisdiccional o del Ministerio Público como sucede en los casos sobre violencia familiar (ley 26269, artículo 7º) o en el de interdicción (artículo 683º del CPC).

En consecuencia la oportunidad para solicitar una medida cautelar se sustenta en el reconocimiento y protección de autonomía de voluntad y tutela de los derechos subjetivos privados, conduciendo que la demanda la interponga quien es titular de un derecho sustantivo. Este principio es aplicado perfectamente en el ámbito cautelar en el cual el interés predominante es el interés del individuo. Para Monroy Palacios la oportunidad, permite tutelar al sujeto favorecido con ella y asegurar la eficacia del proceso, es decir garantizar la justicia¹⁸³.

Los momentos para la concesión de la tutela cautelar se presentan en el artículo 608 del CPC¹⁸⁴, que prevé la ocasión para presentar una medida cautelar, es antes y luego de iniciado el proceso. Por tanto, en igual sentido, las medidas cautelares se pueden solicitar en primera y segunda instancia. Aunque la norma no exprese un momento para solicitar las medidas cautelares exige que su concesión sea posible, mientras no exista una resolución firme¹⁸⁵. Incluso María Ángeles Joves,

¹⁸²HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo VI. Juristas Editores, Lima, 2010, p. 211.

¹⁸³ MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación...*” Op. cit., p.197.

¹⁸⁴Artículo 608. Juez competente, oportunidad y finalidad. El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”.

¹⁸⁵VILELA CARBAJAL, Karla. “*Las medidas cautelares en el código de Protección y defensa del consumidor*”. Op. cit., p. 269.

refiriéndose a las medidas cautelares indeterminadas sostiene que están se pueden solicitar en cualquier momento que se estime necesaria la medida, hasta dictar sentencia [...] Así ese “momento” a partir del cual se pueden solicitar medidas comprendería desde el inicio del proceso, incluso antes de la solicitudes previas, hasta que recaiga solicitud sobre el mismo. Esta interpretación, no se reduce al campo de primera instancia, dejando sin esta garantía la sentencia pendiente de casación y apelación¹⁸⁶.

Basados en la característica de instrumentalidad, subsidiariedad, accesoriedad en materia cautelar y frente a la necesidad de garantizar los resultados de un proceso obliga a que la medida pueda solicitarse en cualquier fase o estado del mismo¹⁸⁷. La redacción del artículo 608 del CPC, además autoriza a “ambas partes”¹⁸⁸.

Así, el concepto de oportunidad está referido al momento en el cual es posible realizar determinado acto procesal. En el caso de las medidas cautelares ellas pueden ser solicitadas en cualquier etapa procedimental, anterior al procedimiento de la sentencia final¹⁸⁹. Para Monroy Palacios, existen dos etapas claramente diferenciadas, al inicio de la relación procesal, esto es con la interposición de la demanda, allí el juez no tiene conocimiento alguno del objeto en discusión, tanto de las cuestiones procesales, como sobre todo del derecho material. La segunda etapa es el momento en el que el juez expide sentencia, aquí el juez ya tiene certeza, y expide un pronunciamiento que concluye con el grado de jurisdicción; por tanto las medidas cautelares son otorgadas entre las dos fases mencionadas (fase intermedia). En esta fase intermedia pueden ocurrir dos situaciones distintas, en primer lugar que el juez considera que la pretensión tiene algún sustento jurídico, existe una posibilidad razonable que la pretensión sea declarada fundada, puesto que existe la verosimilitud como requisito de procedencia, y en segundo lugar que el

¹⁸⁶ ANGELES JOVE, María. “*Las medidas cautelares Innominadas en el proceso Civil*”. Bosh, Barcelona, 1995, p. 191.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 194

¹⁸⁸ LEDEZMA NARVAES, Marianella. “*Comentarios al Código Procesal Civil peruano*”. Gaceta Jurídica. Lima, 2011, p. cit., p. 810.

¹⁸⁹ MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una teoría cautelar*”. Op. cit., p. 223.

juez considere que el proceso se inclina hacia los intereses del demandado¹⁹⁰.

La ocasión para solicitar medidas cautelares se vincula implícitamente con el tema de que toda medida cautelar deberá formularse con claridad y precisión justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, razón por la cual el solicitante incorporará en su solicitud en primer término la fundamentación precisa acerca del presupuesto del *fumus boni iuris*, presentando los datos y argumentos que conduzca a fundar por parte del tribunal un juicio favorable al fundamento de la pretensión principal¹⁹¹.

La solicitud cautelar debe motivar además la concurrencia del presupuesto del *periculum in mora* justificando que de no adoptarse la medida solicitada podrían producirse situaciones que impidieran o dificultaran la tutela judicial que pudieran otorgar una eventual sentencia estimatoria. También el peticionario de la medida cautelar habrá de ofrecer expresamente en su solicitud el otorgamiento de la caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Sobre todo en la solicitud cautelar deberá procederse a proponer todos aquellos medios de prueba que considere pertinentes para acreditar las afirmaciones fácticas contenidas en la solicitud cautelar, precluyendo la posibilidad de hacerlo en un momento posterior¹⁹².

De acuerdo a lo expuesto tenemos que la oportunidad para solicitar medidas cautelares de acuerdo al artículo 608 del CPC, es en primer lugar una solicitud previa a la demanda¹⁹³, que importa una necesidad y urgencia de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la demanda,¹⁹⁴ no solo en lo relativo a la eminente necesidad de garantizar la efectividad de lo que se resuelva en el proceso principal, mediante la

¹⁹⁰Ibídem, p. 172

¹⁹¹Garberí Llobregat, José. , Torres Fernández de Sevilla, José. y Casero Linares, Luis. *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Op. cit., pp. 94-95

¹⁹²Ibídem, p. 96

¹⁹³ORTIZ PRADILLO, Juan. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Primera edición. Iustell, Madrid. 2006., p. 166

¹⁹⁴MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación...*” Op. cit., p. 225

tutela cautelar, sino a la urgente necesidad de garantizar la propia medida que se solicita, la necesidad así entendida necesita *un periculum in mora* cualificado, derivado de la propia duración del pedido cautelar¹⁹⁵. Se pueden presentar con o sin audiencia previa a la parte pasiva de la misma según exista o no un peligro concreto que la audiencia pudiera frustrar la efectividad de la medida. De este modo, la necesidad se debe entender referida al peligro que dicha audiencia conlleva, bien derivado de la demora en la realización de la misma, o bien derivado de la propia citación al demandado, en el sentido que la efectividad que se pretende conseguir con la tutela cautelar, requiere de su adopción de un modo sorpresivo, para el sujeto pasivo de la misma.

En este mismo sentido cuando exista necesidad de solicitar y obtener la medida cautelar antes incluso de presentar la demanda, la urgencia que motiva dicha solicitud previa llevará también implícitamente consigo el especial peligro de ineffectividad que la audiencia supone, de manera tal que, puede concluirse que la petición de medidas cautelares previas a la demanda y su adopción *inaudita pars* guardan una intrínseca relación¹⁹⁶.

Este primer supuesto de estudio se sujeta a la condición de formular su pretensión dirimente ante la jurisdicción dentro de los diez días posteriores a la ejecución. El artículo 636 del CPC¹⁹⁷, condiciona que el beneficiado con la medida debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los diez días posteriores al acto. Ello no implica que sea el mismo juez que recibió la solicitud cautelar, sino el juez competente para conocer la demanda próxima a interponerse. El artículo 33 del CPC, regula erróneamente la competencia del juez en este tipo de medidas, señalando que el juez competente sería por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse¹⁹⁸. Estas medidas se

¹⁹⁵ORTIZ PRADILLO, Juan. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Op. cit., p. 168.

¹⁹⁶Ibidem, p. 170.

¹⁹⁷Artículo 636. Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto (...). Por tanto si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno Derecho.

¹⁹⁸Artículo 33. Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse. Este artículo hace referencia a la competencia en razón de grado, pero este es un error porque la competencia se

encuentran sometidas a un plazo de caducidad, por el cual se otorga un breve plazo¹⁹⁹. No obstante la doctrina admite medidas cautelares no solicitadas con anterioridad a la demanda, porque no todas las medidas cautelares se pueden solicitar de manera previa al proceso principal, ello por su propia naturaleza como es el caso de anotación preventiva de la demanda²⁰⁰.

El fundamento de estas medidas, en primer lugar, se basa en el *inaudita altera pars*. Con el objeto de sorprender al demandado para que no haga actos que atente contra la eficacia final del proceso. En segundo lugar, se basa en el poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, materializando su derecho de acción, dando lugar a la instancia, mas no al proceso, porque se acude al órgano jurisdiccional sin demanda, bajo la condición de pretender iniciar luego un proceso²⁰¹. Estas medidas pierden eficacia si no se presentan las demandas dentro del plazo estipulado en la ley²⁰². Estas medidas siempre se otorgan bajo condición resolutoria de presentarse en el plazo indicado pierden su eficacia de manera automática²⁰³.

El segundo supuesto es la solicitud de medidas cautelares que se presenta junto con la demanda, allí debe diferenciarse la solicitud de la demanda. Por tanto, las medidas cautelares se pueden presentar en el mismo escrito de la demanda, pero se tramitan en cuaderno aparte. Se regula en el artículo 635 del CPC²⁰⁴. Que se presenten en el mismo escrito no sería lo más aconsejable, puesto que el denunciado tomaría

determina utilizando todos los criterios de competencia, territorio, cuantía, materia, función y no solo el grado.

¹⁹⁹MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación...*” Op. cit., p. 224. Se estipula un plazo para la interposición de la demanda, ya que de lo contrario la medida es dejada sin efecto de pleno derecho.

²⁰⁰ORTIZ PRADILLO, Juan. “*Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*”. Op. cit., p. 117.

²⁰¹LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. “Contradicciones, laberintos y algo más”. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso Civil*. Primera Edición. Gaceta Jurídica., Lima.2010, p. 36.

²⁰²Garberí Llobregat, José. , Torres Fernández de Sevilla, José. y Casero Linares, Luis. “*Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Op. cit., p. 107.

²⁰³Ibídem, p. 108.

²⁰⁴Artículo 635. Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.

conocimiento de la solicitud cautelar y podría hacer realizar actos para perjudicar la eficacia de la misma²⁰⁵.

En tercer lugar, se pueden solicitar medidas cautelares después de la demanda, durante la tramitación del proceso declarativo. Estos supuestos se fundamentan en aquellos hechos que aconsejan la adopción de las mismas en este preciso momento y no en otro anterior, de modo tal que puede tratarse de circunstancias producidas posteriormente al momento de la interposición de la demanda²⁰⁶.

Por último, debemos plantearnos dos cuestiones relacionadas con la solicitud de medidas asegurativas durante la tramitación de la segunda instancia. La primera relacionada con la posibilidad de solicitar medidas cautelares durante la apelación de una sentencia absolutoria, donde no será adecuado rechazar la solicitud a priori, pues en este supuesto si bien existen dudas de la necesidad de asegurar este tipo de resoluciones, no se excluye la posibilidad de una sentencia favorable de fondo de la segunda instancia.

La segunda se refiere al supuesto de ¿qué sucederá con una petición de cautela pendiente el recurso de apelación cuando se alegan hechos nuevos o desconocidos? Entendemos que la segunda es perfectamente viable, aunque la sentencia desestimatoria y el nuevo principio de prueba por escrito deberán ser sopesados por el tribunal a la hora de decidirse por la concesión o denegación de la medida solicitada²⁰⁷.

Hay quien afirma que se admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares, no ya durante la tramitación del proceso declarativo, y de los recursos frente a lo resuelto en los mismos, sino incluso en fase de ejecución de la sentencia, si bien es cierto que una vez que el solicitante cautelar ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones, lo lógico es que se proceda a su ejecución provisional, cabe, no obstante, solicitar dicha garantía provisional, en tanto en cuanto el pronunciamiento no sea efectivo. Puesto que la finalidad de la medida es solicitar su eficacia

²⁰⁵VILELA CARBAJAL, Karla. “*Las medidas cautelares en el código de protección y defensa del consumidor*”. Op. cit., p. 267.

²⁰⁶ORTIZ PRADILLO, Juan “*Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*”. Op. cit., p. 180.

²⁰⁷MARIA ANGELES, JOVEZ. Op, cit., p. 194.

práctica de la tutela cautelar recaída en el proceso, ha de permitirse la petición de medidas cautelares hasta que el fallo no haya sido eficazmente ejecutado²⁰⁸. Para Vilela Carbajal, la figura que se desarrolla es una medida ejecutiva “aquellas instituciones procesales, mediante las cuales a instancia de parte, se satisface lo ordenado en las sentencias de condena que cuenta ya con una autoridad de cosa juzgada²⁰⁹”.

Para Monroy Palacios, lo que se puede entender “lo que sucede con la medida cautelar en el momento en el cual culmina un proceso con sentencia firme estimatoria es precisamente un fenómeno de extinción por conversión de pleno derecho, luego del cual, la medida cautelar se transforma en medida ejecutiva”²¹⁰.

En consecuencia el derecho que le asiste a las partes a solicitar tutela jurídica, y por ende a adoptar medidas cautelares, que en cada caso resulten necesarias para asegurar la total efectividad y utilidad real del futuro pronunciamiento judicial de fondo, por ello la tutela cautelar es la auténtica y necesaria garantía para obtener la tutela judicial efectiva y definitiva.

Habiéndose expuesto de manera general todos los supuestos donde es oportuno solicitar una medida cautelar, ya se puede precisar que el caso especial de procedencia, la concesión de una medida cautelar prevista en el artículo 615 del CPC, se haya en el tercer supuesto líneas arriba, es decir durante la tramitación del proceso.

2.3. ¿Procedencia o fundabilidad de la medida cautelar especial solicitada?

En primer lugar el artículo 615 del CPC, alude a un caso especial de procedencia de medidas cautelares. Por ello es necesario plantear si es correcto que el artículo 615 del CPC, hable de procedencia de una medida cautelares o si se ha debido utilizar otra categoría procesal. Para ello es necesario diferenciar entre las categorías de fundabilidad y

²⁰⁸ORTIZ PRADILLO, Juan. “Las medidas cautelares en los procesos mercantiles”. Op. cit., p. 184.

²⁰⁹VILELA CARBAJAL, Karla. “Medida ejecutiva”. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Vol.11, 2003°11, p.121.

²¹⁰MONROY PALACIOS, Juan. “Conversión de un medida cautelar en fase de actuación de la sentencia”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal Civil*, n° 9, p. 254

procedencia procesal enfocados desde la ineficacia procesal, para su correcta aplicación en el ámbito cautelar. Así la ineficacia procesal, hace alusión a aquellos supuestos mediante los cuales son suprimidos los efectos generados por actos producidos en el transcurso de un proceso. Así, teniendo en cuenta que los actos procesales son eficaces así estén afectados por un vicio fulminante, cuando nos encontramos frente a una restricción o eliminación de la eficacia o los efectos de tales actos, sea por cualquier circunstancia, estamos en el terreno de la ineficacia procesal²¹¹. Por tanto la ineficacia procesal, comprende la ineficacia estructural y la ineficacia funcional. La primera, se vincula con aquellos defectos presentes en la construcción del acto, en su propia configuración (estructura); la inexistencia y la nulidad son su consecuencia. La ineficacia funcional, hace referencia a un impedimento sobrevenido para la continuación de los efectos de un acto²¹².

En el caso del artículo 615 del CPC, al establecer la procedencia de una medida cautelar conviene analizar en primer lugar la categoría de la procedencia. La procedencia se utiliza para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto de fondo de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de ésta o del procedimiento sobre el cual se encarrila²¹³. Nuestro CPC, contiene una norma general expresa que establece cuándo un juez declara procedente un acto procesal y lo hace en el artículo 128²¹⁴ del CPC.

En este juicio de procedibilidad el juez analiza y verifica que la pretensión propuesta por el autor, se haga valer en un proceso donde concurren los tres presupuestos, competencia del juez, capacidad procesal de las partes, requisitos de la demanda, y además que tenga las condiciones de la acción, legitimidad para obrar e interés para obrar. De

²¹¹RENZO CAVANI, BRAIN. “La ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: *Estudio sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 61.

²¹²Ibidem.

²¹³MONROY PALACIOS, Juan. Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. En: *revista oficial del poder judicial*. 2007. Vol. I. p.305.En[línea] <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c77c658043eb7b61a649e74684c6236a/13.+Doctrina+Nacional+Juristas+Juan+Jos%C3%A9+Monroy+Palacios.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c77c658043eb7b61a649e74684c6236a>> (consultado 15/08/15)

²¹⁴Artículo 128. El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

lo contrario se declarará la improcedencia, que constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable. Para Cavani, la procedencia está vinculada a la validez y no al fondo de la cuestión sea principal o incidental²¹⁵.

La improcedencia se cuestiona la falta de alguno o todos los presupuestos procesales y condiciones de la acción, pudiendo ser declarada liminarmente al calificarse la demanda, o en el auto de saneamiento, cuando se deduce una excepción o también en forma excepcional cuando se expide una sentencia conforme al artículo 121 del CPC²¹⁶.

El rechazo liminar de una pretensión obedece a una situación de improcedencia, cuestión de fondo en sentido procesal. Aldo Bacre, señala que existe una tendencia que autoriza al juez a rechazar *in limine* una demanda no por carecer de requisitos de admisibilidad sino por evidente infundabilidad de la pretensión, (...) en tales circunstancias no es posible de ser tratada. Existen tres supuesto de improponibilidad jurídica: improponibilidad subjetiva o falta de legitimación, falta de interés, improponibilidad objetiva²¹⁷.

Si, las medida cautelares son un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de los mismos y debido a la función que le corresponde cumplir dentro del marco de la tutela jurisdiccional, para que una medida cautelar sea concedida es necesario la concurrencia de sus presupuestos²¹⁸. El artículo 615 del CPC, nos habla de procedencia de medidas cautelares, ello se estima como correcto puesto que esa norma hace referencia a los presupuestos que deben existir para conceder una medida cautelar cuando ya se obtiene una sentencia de primera instancia declarada fundada.

Y como ya se ha afirmado aunque la norma habla de los presupuestos en realidad aquellos que son condiciones de la acción

²¹⁵RENZO CAVANI, Brain. "La ineficacia procesal en el proceso civil peruano". Op. cit., p. 133.

²¹⁶HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "Derecho procesal civil". Op. cit., p. 373

²¹⁷BACRE, Aldo. *Teoría general del proceso*. Op. cit., pp. 346-347.

²¹⁸PRIORI POSADA Giovanni. "La tutela cautelar su configuración como derecho fundamental". Op. cit., p.99.

cautelar y la falta de las condiciones de la acción se sancionan con la improcedencia. Por todo lo expuesto la figura que más se aproxima es la procedencia.

A pesar de haber expresado nuestra opinión al respecto es necesario dar a conocer un sector de la doctrina considera que si una medida cautelar no cumple con acreditar la existencia de los “presupuestos” debe ser declarada infundada.

Así, el juicio de fundabilidad, tiene como expresión una decisión de mérito, sobre el fondo del conflicto de intereses; en este juicio el juez examina y analiza si los hechos sustentatorios de la pretensión, y, por consiguiente, este juicio conduce a generar *res iudicata* para el caso que la sentencia sea firme²¹⁹ (...) el juicio de fundabilidad consagra la razón y justicia de la pretensión (...) será positivo, si aparece del proceso, probados aquellos hechos, y negativo si no se han acreditado los hechos que sustentan la pretensión²²⁰.

Para Palacios Lino, el examen de fundabilidad consiste, primordialmente en determinar si ese efecto jurídico corresponde, o no, a la situación de hecho invocado. Para esa determinación el juez aplica el orden jurídico vigente, pudiendo prescindir de las normas invocadas por las partes y suplir las omisiones de fundamentación jurídica en que aquella hubiere ocurrido (*iura novit curia*)²²¹.

La fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo, también las cuestiones incidentales presuponen un juicio de fundabilidad como una excepción o una tacha se declararán fundadas o infundadas cuando el pedido concreto contenido

²¹⁹TICONA POSTIGO, Víctor. “*El derecho al debido proceso en el proceso civil*” Op. cit., p. 431.

²²⁰Ídem.

²²¹PALACIO LINO, Enrique. “*Manual de derecho procesal civil*”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2004, p. 106. Otras definiciones sobre fundabilidad ver: CHIOVENDA, citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal civil*”. Op.cit.,p.369

CALAMANDREI, Piero. “*Derecho Procesal civil*”. Tomo I. Op. cit., p.350; y finalmente BACRE, Aldo. *Teoría general del Proceso*. Tomo II. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1996, p. 345.

en cualquiera de aquellos actos de parte haya sido acogido o rechazado²²².

Siguiendo esa línea destaca la opinión del Dr. Monroy Palacios, quien sostiene que en el caso de una decisión sobre un pedido cautelar, el juez no lo calificará “fundado” o “infundado”, a pesar de que, en estricto, ello es lo correcto, sino resolverá diciendo “concédase” o “improcedente” la “medida cautelar”. En el primer caso no hay mayores inconvenientes. A pesar de no constituir una expresión técnica, la “concesión” puede admitirse como sinónimo válido de “fundabilidad”. En cuanto a la “improcedencia” cautelar²²³, el tema sí es problemático pues, como veremos a continuación, la procedencia es una categoría jurídica que en el marco de nuestro ordenamiento procesal posee un significado bien definido y diferenciado respecto de la “fundabilidad”. Así todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se resuelve en función de las categorías procedencia.

2.4. ¿Sentencia definitiva o sentencia firme en el caso especial de procedencia de medidas cautelares?

Se entiende por sentencia “...el acto jurídico procesal emanado del juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual se ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual, que disciplinará las relaciones recíprocas de los litigantes”²²⁴.

²²²RENZO CAVANI, Brain. “La ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. Op. cit., pp. 130-133.

²²³ Para Monroy Gálvez, se declara la improcedencia del pedido cautelar, cuando el juez tenga seriad dudas respecto de la idoneidad de la adecuación a otorgarse de oficio (...) Pero sin dejar de indicar, según su parecer, cual fue la falencia producida, así con la *verosimilitud y periculum in mora*. MONROY PALACIOS, Juan, “Bases para la formación...”.Op. cit., p. 199.

²²⁴BACRE, Aldo. “Teoría general del proceso”. Tomo III. Buenos Aires, 1992. Op. cit, p. 396. Así, para COUTURE, el vocablo sentencia sirve para diferenciar en un mismo tiempo un hecho, acto jurídico procesal y el documento en el que se consigna. La sentencia es un hecho, porque un hecho es todo fenómeno resultante de la actividad del hombre o de la naturaleza, la sentencia es en sí misma un juicio, una operación de

Alfredo Rocco, instituye que la naturaleza de la sentencia “es un juicio lógico, que reviste la forma de silogismo, sobre la existencia de una relación jurídica, su función es la declaración de las relaciones jurídicas inciertas²²⁵”.

Definido el concepto de sentencia se debe diferenciar entre sentencia definitiva y sentencia firme; el calificativo de definitivo que se le agrega a la sentencia es definido por Cabanellas como proveniente de *definere* que significa terminar²²⁶.

Así, el calificativo de definitiva debería ser consustancial a la sentencia, al determinar la forma que deben revestir las resoluciones que decida definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o un recurso extraordinario; las que recayendo sobre un incidente pongan término a lo principal, objeto del pleito²²⁷.

Un sector de la doctrina utiliza definiciones de sentencia definitiva poco precisas. Así, tenemos a Lino Palacios para quien, la sentencia definitiva (...) Es el acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo, decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición extracontenciosa que fue objeto del proceso (...) Mediante la sentencia el juez crea una norma individual (*lex specialis*) que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso, y que, como manifestación trascendente que es del ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por los terceros²²⁸.

carácter crítico, y la sentencia es un documento, elemento material, indispensable en un derecho evolucionado, para reflejar su existencia y sus efectos hacia el mundo jurídico. COUTURE, Eduardo. “Fundamentos del derecho procesal”. Op. cit., pp. 277-289

²²⁵Ibídem, p. 166.

²²⁶CABANELLA DE TORRES, Guillermo. “Diccionario jurídico elemental”. Editorial Eliasta. Argentina, 2009, p. 292.

²²⁷HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús. “La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ”, p. 247.

[EN LINEA] <http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5347/2/NULIDAD%20PROCESAL.pdf> (Consultado 12/12/15)

²²⁸PALACIOS LINO, Enrique. “Manual de Derecho procesal Civil”. Abelado Perrot. Buenos Aires, 2004, pp. 531-532. Esta definición corresponde más a una sentencia que a una sentencia definitiva.

Para Couture, las sentencias definitivas son las que el juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido. En ellas depuradas y eliminadas, todas las cuestiones procesales, se falla el conflicto que ha dado ocasión al juicio (...) La sentencia definitiva concluye estimando o desestimando la demanda²²⁹.

La doctrina mayoritaria, entiende por sentencia definitiva aquella que pone fin a una instancia²³⁰. La sentencia definitiva resuelve o da solución jurídica a las cuestiones objeto de debate, y contra la cual cabe interponer un recurso ordinario o extraordinario²³¹. Para Guasp citado por Gómez de Liaño, la sentencia definitiva es la terminación normal del proceso de cognición o de conocimiento y nunca decisión que se manifieste en el proceso de ejecución²³².

Para Gómez de Liaño, la sentencia es definitiva, porque desde su nacimiento está dotada de autoridad propia como acto formal y sustancial, y aunque no sea firme produce efectos obligatorios frente al órgano que la ha dictado que no puede revocarla ni de oficio ni a instancia de parte. Y es definitiva porque en ella, el juez que ha intervenido en la instancia o recurso decide de una vez por todas de forma irrevocable y vinculante para él, y más tarde lo será para las partes cuando se convierta en firme, y una vez que lo sea puede ser plenamente ejecutada, y cuando ha obtenido su plena efectividad es una sentencia cumplida²³³.

²²⁹COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho Procesal*. Op. cit., p. 191-192. La imprecisión de esta definición es que no atribuye ningún carácter de definitiva

²³⁰Cfr. GOMEZ DE LIANO GONZALES, Fernando. Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1998. En: Revista La ley, 1989, tomo I, p. 906.

²³¹HERNANDEZ GALILEA, Jesús. “Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: Aspecto procedimental” p.205. [en línea] <<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro111/lib1114.pdf>> (consultado el 12 de diciembre de 2015)

²³²Cfr. GOMEZ DE LIANO GONZALES, Fernando. Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1998.Op.cit.,906.

²³³GOMEZ DE LIANO, Fernando. “El proceso civil” Segunda edición. Editorial Fórum. Oviedo, 1992, p. 192.

Por tanto, la sentencia es definitiva, cuando resuelve las cuestiones de pleito de una instancia o recurso. Constituye la normal terminación del proceso declarativo²³⁴.

En el mismo sentido para Rocco, la sentencia definitiva está dotada desde su nacimiento de autoridad propia, (...) como acto formal y sustancial, produce diversos efectos obligatorios frente al órgano que la ha dictado, quien no puede revocarla ni de oficio ni a petición de parte²³⁵.

En el mismo sentido, Vilela Carbajal, las sentencias definitivas son aquella que pone término a una instancia, estas sentencias definitivas se caracterizan por ser objeto de recursos posteriores como el de casación y apelación²³⁶. La sentencia definitiva, es vinculante para el juez que la ha dictado e inimpugnable para las partes. Se regula en el artículo 121, último párrafo en concordancia con el artículo 176 del CPC²³⁷.

De acuerdo a lo expuesto, el concepto de sentencia definitiva, no debe confundir el juzgar con hacer ejecutar lo juzgado, y el momento final *ius decidere* propio del proceso ordinario de conocimiento, con la ejecución definitiva, por tanto no puede afirmarse por sentencia definitiva lo ya definitivamente ejecutada²³⁸.

En segundo lugar definiremos una sentencia firme, para Ortells Ramos, una sentencia puede ser firme por la que la ley no establece recurso contra ella, bien porque, estableciéndolo, no ha sido interpuesto con los necesarios requisitos de fundabilidad o se ha desistido del

²³⁴Ibidem. En el mismo sentido De la Oliva, cuando afirma “el principal efecto de la resolución procesal que es la sentencia definitiva sobre el objeto de un proceso (sobre el fondo, sull merito, suele decirse también) o, lo que es igual el principal efecto del proceso entero. De la Oliva Ándre. “Objeto de proceso y cosa juzgada en el proceso civil”. Op. cit., p. 94.

²³⁵ROCCO, Ugo. “Derecho procesal civil”. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002 p. 178

²³⁶VILELA CARBAJAL, Karla. “Nulidades procesales civiles y sentencia firme”. Op. cit., p. 53.

²³⁷Ibidem, p. 106.

²³⁸Cfr, GOMEZ DE LIANO GONZALES, Fernando. “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1998”. En: *Revista La ley*, 1989, tomo I, p. 906.

mismo²³⁹. Para De la Oliva, son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado²⁴⁰.

En el mismo sentido para Guasp, las resoluciones firmes, son aquellas en las que no cabe recurso contra ellas, salvo el de revisión u otro extraordinario que establezca la ley²⁴¹.

La firmeza de una resolución judicial se entiende como el efecto implícito en la inexistencia o en la preclusión de recurso, como la resolución contra la que no cabe recurso contra la misma, lo cual la convierte en inmutable dentro del proceso en que ha sido dictada²⁴².

Para Ortells Ramos, firmeza no es sinónimo de ejecutabilidad porque no todas las sentencias que adquieren firmeza son ejecutivas dado que la firmeza corresponde a sentencias, declarativas, constitutivas, y por su naturaleza no constituyen título de ejecución. Y en segundo lugar, porque aunque la ejecutividad se entendiera en sentido de posibilidad de desarrollo inmediato de los efectos de la resolución, al ver cuáles son los efectos de los recursos, se pueden comprobar fácilmente cómo no siempre esa posibilidad se halla en dependencia de la firmeza de la resolución sino que en ocasiones existe aunque la resolución esté expuesta a modificaciones²⁴³.

La firmeza responde a una necesidad de fijeza y estabilidad, pero en cuanto estas cualidades son necesarias para el proceso como procedimiento, es decir, como complejos de actos interrelacionados que tienen un desarrollo y cuyos componentes deben ir quedando estables para que pueda avanzar y para que, en algún momento pueda terminar.

²³⁹ORTELLS RAMOS, Manuel. *“Derecho procesal civil”*. Décima edición. Editorial Aranzadi, Navarra, Madrid, 2010, p. 233.

²⁴⁰DE LA OLIVA, Andrés, este autor, refiere que una resolución que gane firmeza debe atenerse a lo dispuesto y no ignorarlo ni contradecirlo ni permitir que las partes lo contradigan o vulneren en sus actos ante ese mismo tribunal. DE LA OLIVA, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op. Cit., p. 101.

²⁴¹GUASP, Jaime. *“Derecho procesal civil”*. Thomson Civitas. Madrid, 2003, p. 517.

²⁴²ORTELLS RAMOS. *“Derecho procesal.”* Editorial Aranzadi. Madrid, 2005, p. 597.

²⁴³Ibídem, p. 596.

En este sentido firmeza, con este nombre o con otro, es una cualidad jurídica necesaria²⁴⁴.

Por tanto, todas las sentencia que hayan alcanzado firmeza, pasan a tener la autoridad de cosa juzgada material. Para Andrés De la Oliva, cosa juzgada, comprende dos sentidos: el primero, en el que la *res iudicata* puede ser definida como aquel “estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso”. Y el segundo, la cosa juzgada es la “expresión que designa unos determinados efectos de ciertas resoluciones judiciales, el principal efecto de la principal resolución procesal”²⁴⁵.

En Perú, no se encuentra la norma que exprese un concepto sobre la cosa juzgada; solo a través de la interpretación de los artículos 123 CPC²⁴⁶, y del artículo 4 de LOPJ²⁴⁷, se puede llegar a la conclusión que

²⁴⁴Idem.

²⁴⁵DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. La cosa juzgada tiene dos sentidos: uno, como estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso. Y otro, como efecto de ciertas resoluciones judiciales; los mismos que son predicables sólo respecto de un mismo objeto: la principal resolución judicial. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil”. Op. cit., pp. 94-95.

²⁴⁶Artículo 123. Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos. La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407 del CPC.

²⁴⁷Artículo 4. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

todos los órganos jurisdiccionales, aunque no hayan sido órganos que emitieron la sentencia firme, están obligados a respetarla y por tanto no se encuentran impedidos de volver a juzgar sobre lo ya resuelto²⁴⁸.

Para Ortells Ramos se puede diferenciar en atención a la impugnabilidad de las sentencias, las definitivas que son impugnables y las firmes (inimpugnables). Las primeras producen solo la terminación de una instancia del proceso pero no de este en su totalidad, como ocurre con las sentencias que han ganado firmeza. Una sentencia puede ser firme bien porque la ley no establece recurso contra ella, bien porque, estableciéndolo, no ha sido interpuesto con los necesarios requisitos de admisibilidad o se ha desistido del mismo²⁴⁹.

El caso especial de medida cautelar del artículo 615 del CPC, se ubica dentro de las sentencia definitivas, al contar con una sentencia favorable de primera instancia. En este sentido Calamandrei, afirma que “una sentencia definitiva es la que está al final del proceso (o de un grado del mismo) y que cierra la relación procesal, por lo que se llama también final (...) La calificación de “definitiva” en el sentido de atributo de la providencia jurisdiccional, es aplicable a la providencia cautelar²⁵⁰.

Otro argumento que apoya nuestra conclusión es que el art.615 del CPC hace referencia a una sentencia definitiva y no firme, porque si se tratase de una sentencia firme ya hubiese concluido y terminado el proceso, ya no se pueden dictar medidas cautelares sino ejecutivas.

2.5. Notificación de la sentencia favorable

La concesión de una medida cautelar en virtud de una sentencia favorable, implica que esta sentencia de primera instancia se haya notificado a las partes. La notificación es un acto procesal de importancia pues pone en conocimiento de las partes y, en ocasiones de terceros, las providencias que el juez dicta. Por esta razón ninguna providencia puede cumplirse ni queda firme si no ha sido antes notificada a todas las

²⁴⁸VILELA CARVAJAL, Karla. “Nulidades procesales y sentencia firme”. Op. cit., p. 106.

²⁴⁹ORTELLS RAMOS, Manuel. “Derecho procesal civil”. Editorial. Op. cit., p. 456.

²⁵⁰CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático...” Op. cit., p. 46.

partes²⁵¹, ello en virtud del principio de contradicción, que implica que un proceso será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne, etc.; lo importante es el conocimiento del acto en el momento oportuno²⁵².

Teniendo presente lo acotado es factible otorgar una medida cautelar, en virtud de la sentencia favorable. Su justificación básica es la existencia de un sistema de protección cautelar, que constituye una garantía de eficacia de la función jurisdiccional. Porque lo que garantiza la medida cautelar, antes que la eficacia de la pretensión es la eficacia del proceso²⁵³.

La notificación en este supuesto, a quien le corresponde realizarla es al juez de primera instancia porque es quien ha dictado la sentencia en primera instancia. Basta con que la sentencia de primera instancia se haya notificada a las partes que hayan obtenido la sentencia favorable.

El artículo 615 del CPC no especifica la oportunidad para solicitar este caso especial de procedencia; en este sentido, la crítica al art. 615 del CPC se presenta porque no contempla expresamente el hecho de que la sentencia de instancia haya sido notificada.

2.6. El juez competente

Todos los jueces tiene la facultad de ejercer la función jurisdiccional, es decir, la de dirimir conflictos. Pero no a todos se les ha atribuido la capacidad de conocer determinados tipos de conflictos; por ello, se dice que la competencia es la medida de la jurisdicción²⁵⁴.

Para Monroy Gálvez, la jurisdicción consiste en la facultad de administrar justicia²⁵⁵. Por ende la jurisdicción consiste en la facultad de

²⁵¹DEVIS ECHEANDIA, Hernández. “*Teoría general del proceso*”. Op. cit., p. 496.

²⁵²MONROY PALCIOS, Juan. “*Introducción al proceso civil*”. Op. cit., p.83.

²⁵³Ibídem, p. 223.

²⁵⁴CARRION LUGO, Jorge. Op., cit., p. 62.

²⁵⁵Para Monroy Gálvez, la jurisdicción es el poder-deber del estado previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos (...) Por tanto la jurisdicción alude a la persona u órgano que realiza la actividad (función jurisdiccional). En cambio jurisdicción como función alude a la actividad realizada en el ejercicio de la jurisdicción

administrar justicia, en tanto que, la competencia es la capacidad de ejercer esa función jurisdiccional en determinados conflictos²⁵⁶. Así, definimos a la competencia como “la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la función jurisdiccional en un determinado ámbito”²⁵⁷. En el mismo sentido, Ortells Ramos señala que “la competencia es el conjunto de asuntos que están atribuidos a los tribunales de cada orden jurisdiccional”²⁵⁸. Por ende, la competencia es la forma concreta como un órgano estatal determinado ejerce el poder jurisdiccional en un caso justiciable presentado a la realidad”²⁵⁹.

Diferente de la jurisdicción que se configura como un presupuesto de existencia del proceso²⁶⁰. Otra diferencia es que la jurisdicción la poseen todos los órganos jurisdiccionales en su integridad y sin excepción; la competencia le corresponde a un órgano jurisdiccional en concreto²⁶¹.

El fundamento constitucional de la competencia se expresa en el inc. 3 del art. 139 de la constitución²⁶², constituyendo una garantía que forma parte de la tutela judicial efectiva: el derecho al juez natural²⁶³. Este principio refiere que para un proceso justo, el juez debe ser competente; esto es, que deba ser el juez natural que la constitución

(función judicial). Por ende la jurisdicción consiste en la facultad de administrar justicia. MONROY GALVEZ, Juan. “*Introducción al derecho procesal civil*”. Op. cit., pp. 213-214.

²⁵⁶TICONA POSTIGO, Víctor. Op. cit., pp.30-33. En el mismo sentido DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Op. cit., p, 142.

²⁵⁷PRIORI POSADA, Giovanni. “*La tutela diferenciada...*” Op.cit.,p.40

²⁵⁸ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Derecho procesal civil*”. Aranzadi. Navarra, 2005.Op. cit., p.221. En la misma línea, Rocco refiere que la competencia es “aquella parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella. UGO ROCCO mencionado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil. Sujetos del proceso*”. Tomo I. Op. cit., p. 39.

²⁵⁹TICONA POSTIGO. Víctor. Op. cit., p.774.

²⁶⁰Para Vilela, Carbajal. La competencia configura un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal enfocada desde la perspectiva del órgano jurisdiccional, VILELA CARBAJAL, Karla. “*La competencia Civil: Recientes modificaciones legislativas*”. Op. cit., p. 221.

²⁶¹TICONA POSTIGO, Víctor. Op. cit., p. 774.

²⁶²Artículo 139 de la Constitución, son principio y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

²⁶³TICONA POSTIGO, Víctor. Op. cit., p, 123.

garantiza y conforme a las reglas de la competencia (por razón de la materia, cuantía, territorio, turno y función) preestablecidos expresamente por ley²⁶⁴.

Por tanto, está vinculado al principio de legalidad, pues la competencia solo puede ser establecida por la ley. Se instituye en el art. 6 del CPC²⁶⁵, el cual establece que la competencia solo puede ser establecida por ley, no se admite pacto en contrario salvo lo establecido por esta²⁶⁶. Ningún Juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Esto se deriva de aquel principio constitucional que preconiza que la función jurisdiccional es indelegable²⁶⁷.

Un principio que sustenta a la competencia es el principio del juez natura o Pre constituido por la ley, es parte del “debido proceso”. Entendido éste “como el derecho que tienen las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley; derecho que, además, integra el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es un componente del juez natural es la imparcialidad del juez; mediante la exigencia de esta se persigue que el juez (...) decida con objetividad y justicia en el caso sub iúdice²⁶⁸. Pero no solo la garantía del juez natural está íntimamente ligado al instituto de la competencia. Además, dependerá de otros principios procesales que priman en materia de competencia: “*perpetuatio jurisdictionis*”, estipulado en el art. 8 del CPC²⁶⁹. Este principio se refiere a la situación de hecho existente al

²⁶⁴Ibídem, p. 129.

²⁶⁵Artículo 6. La competencia sólo puede ser establecida por la ley. La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos

²⁶⁶CASASSAS CASANOVA, Sergio. “*Las excepciones en el proceso civil*”. Op. cit., p. 26.

²⁶⁷Sin embargo, puede el Juez comisionar a otro la realización de determinadas actuaciones judiciales fuera del ámbito territorial de su competencia. En estos casos el Juez comisionista no pierde su potestad de dirimir la causa, lo que ocurre es que, por razones de distancia y por autorización de la ley, puede encomendar a otro Juez la ejecución de determinadas diligencias, como puede ser la notificación con la demanda a una persona o la práctica de una inspección judicial, etc.²⁶⁷. CARRION LUGO. Op. cit., p.96

²⁶⁸Ibídem, p.130.

²⁶⁹Artículo 8. La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por

momento de admitirse la demanda, será la determinante de la competencia para todo el proceso. Solo se aplica a todas las situaciones de hecho que determina la competencia en relación con estos factores valor territorio, o domicilio y calidad de las partes.²⁷⁰ Para Casassa Casanova, este principio refiere que cualquier cambio posterior no origina modificación en la competencia inicialmente determinada²⁷¹.

Otro principio básico es el principio *actor sequitur fórum rei*. El autor sigue el fuero del demandado²⁷². Para Vilela Carbajal, este principio indica que el demandante debe presentar su demanda ante el juez del domicilio del demandado.²⁷³ Es plenamente aplicable para la determinación de la competencia en razón del territorio. Se fundamenta en la garantía del derecho a la defensa y economía procesal.

Además dependerá de las normas procesales que regulan la competencia, pues dichas normas permitirán la posibilidad y facilidad de acceso a la jurisdicción, pues estas son de orden público y, por consiguiente, de estricto cumplimiento²⁷⁴.

Así se establecen excepciones a este principio hay casos en donde se regula la competencia facultativa en donde será el demandante quien elija ante qué juez presentar la demanda, dentro de los límites establecidos por ley. En Perú, art. 24 del CPC.

los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario

²⁷⁰HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 45.

²⁷¹CASASSAS CASANOVA, Sergio. “*Las excepciones en el proceso civil*”. Op. cit., p. 28.

²⁷²HUGO ALSINA. “*Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”. Segunda edición. Editorial Ediar. Soc. Ano. Buenos Aires 1957, p.528.

²⁷³VILELA CARABAJAL, Karla. “La competencia reciente modificaciones legislativas”. Op. cit., p. 222.

²⁷⁴HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil...*” Op. cit., p. 44.

El ordenamiento procesal civil peruano establece los siguientes criterios para fijar la competencia, según la materia²⁷⁵, cuantía²⁷⁶, función²⁷⁷, el grado²⁷⁸ y el territorio²⁷⁹.

²⁷⁵En cuanto a la competencia por razón de la materia. Se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan. Art. 9° del CPC. Es decir, se toma en consideración la naturaleza del derecho subjetivo hecho valer con la demanda, que constituye la pretensión, y la normatividad aplicable al caso concreto. De allí la especialización de los jueces tiene que ver esencialmente con la competencia por razón de la materia. CARRION LUGO, Jorge. Op. cit, p.97. En el mismo sentido HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “*Derecho Procesal Civil*”. Op. cit., p. 46.

El legislador, instauró la regla de competencia por razón de la materia art. 5° del CPC. Los jueces civiles conocen, pues, de todos los asuntos que no son de competencia exclusiva de los otros jueces especializados. Aquí claramente la ley le ha atribuido una competencia por razón de la materia sobre determinado asunto al Juez en lo Civil. Así dentro de la especialidad civil existen diversos órganos especializados en lo civil, Juzgado de Paz, juzgado de Paz Letrado, Juzgado civiles, Salas Superiores Civiles y Salas Suprema Civiles. Responden a la necesidad de orden público de allí que la competencia pueda prorrogarse e inhibirse. VILELA CARBAJAL, Karla. “*La competencia recientes modificaciones legislativas*”. Op.cit., p. 275.

La competencia por razón de la materia se ha distribuido entre los órganos jurisdiccionales de distinta jerarquía. Señalamos algunos casos: Con respecto a los jueces de paz el art.547 del CPC. Así los jueces de paz son competentes para conocer de todos los asuntos civiles cuya estimación Patrimonial sea de 30 URP. *Ibidem*, p. 227.

²⁷⁶En lo relativo a la competencia por la cuantía, la cuantía es la estimación patrimonial o económica del petitorio de la demanda. La estimación patrimonial se hace al inicio del proceso, con la presentación de la demanda.²⁷⁶ La cuantía del litigio es el valor del *petitum*, el valor total de lo que el actor pide en la demanda, pero a veces es necesario tener presente la causa, la razón por la que se pide. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil. Introducción el proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudio Miguel Arce, Madrid, 1992. p. 343.

El criterio de la cuantía lo fija el demandante, sin que el demandado pueda oponerse a dicha pretensión, excepcionalmente la competencia por la cuantía la puede también fijar el juez de acuerdo a los datos obtenidos en la demanda y sus anexos, la competencia estará a cargo del juez civil. El art.475.inc.2. Referido a los proceso de conocimiento, dispone que será competente el juez civil en las pretensiones que estén valorizada en más de 100 URP. En el mismo sentido el artículo 486.inc.7. Concordado con el artículo 488 del CPC, cuya pretensión tenga un valor que oscile entre 100 y 500 URP. Sera competente el Juez de paz letrado. En las pretensiones que oscilen entre 500 y 1000 URP. Serán tramitadas ante el Juez civil. VILELA CARBAJAL, Karla. *La competencia civil: recientes modificaciones*. Op. cit. p, 233.

²⁷⁷En lo referente a la competencia funcional, Ortells Ramos, señala que “La competencia funcional es la atribución a cada uno de los órganos jurisdiccionales que han de ejercer su potestad en un determinado proceso de cada una de las específicas funciones que, a cada uno de ellos, corresponde realizar en ese proceso” ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Derecho procesal civil*”. Op. cit, p. 247. La competencia funcional se deduce del artículo 28 y 31 del CPC, que regula a la competencia en funcional en

Así, las normas de competencia procesal se aplican en sede cautelar, en virtud del carácter instrumental que rige las medidas cautelares²⁸⁰. También por la naturaleza privada de las relaciones e intereses controvertidos, en el sentido de que la necesidad de adoptar y ejecutar medidas cautelares garantiza la tutela judicial se efectivice (función garantista).

El primer supuesto para fijar la competencia cautelar, se configura con la solicitud previa a la demanda principal. Para Garberi Llorbregat, se trata de medidas cautelares preprocesales que se origina por urgencia o necesidad en su adopción, se instan con anterioridad a la incoación del proceso. Conocerá de ellas el órgano judicial que sea competente para

virtud de la primera y segunda instancia²⁷⁷. Las normas de competencia funcional deben aplicarse cuando se hayan aplicado a todos los criterios que permitan fijar que juez debe conocer en determinado asunto. La competencia funcional comprende a la competencia en grado pero no es igual a ella.

²⁷⁸La competencia por razón de grado, se establece en virtud del principio de doble instancia por la cual toda cuestión litigiosa, puede ser examinada por tribunales de distintos grados, la demanda debe interponerse necesariamente ante el juzgado de primera instancia, pues los tribunales de apelación se pronuncian en grado de revisión, respecto de las resoluciones dictadas por aquellos, y en la medida que las partes hayan recurrido a ellas. HUGO ALSINA. *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Segunda edición. Editorial Ediar. Soc. Ano. Buenos Aires 1957, p 558. El Código Procesal Civil no regula la competencia por razón de turno. El turno, evidentemente, es un criterio para fijar la competencia de Juzgados y Salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de la materia, territorio y cuantía. En atención a que esta competencia puede fijarse administrativamente, teniéndose en consideración la rapidez y la eficacia en la administración de justicia. También se ve la aplicación de las normas en el tiempo. *Ibídem*, p. 559.

²⁷⁹Este tipo de competencia tiene en consideración el territorio donde se ejerce la función jurisdiccional o donde se encuentra el domicilio de la persona demandada o donde está ubicada la cosa o donde se ha producido un hecho o un evento. CARRION LUGO, Jorge. *Op. cit.*, p. 99.

La atribución a los jueces para el conocimiento de determinados litigios de una circunscripción territorial y el lugar de los hechos donde derive la pretensión, es la razón de ser de este tipo de competencia. HINOSTROZA MÍNGUEZ. Alberto. *Derecho procesal civil*. *Op. cit.*, p. 47.

Para Casasas Casanova, este criterio se dirige a redistribuir la competencia de los jueces del mismo grado, es decir del mismo nivel, en la organización judicial (jueces de paz, jueces de paz letrado, jueces especializados y superiores), el único que se excluye es el de los jueces supremos porque se extiende su competencia por toda la república. CASASSAS CASANOVA, Sergio. *“Las excepciones Procesales”*. *Op. cit.* pp.

²⁸⁰ORTIZ PRADILLO, Carlos. *“Las medidas Cautelares en los procesos mercantiles”*. *Op. cit.*, p. 35.

conocer de la demanda principal.²⁸¹ Se regula en el artículo 608 y 636 del CPC, estos artículos refieren que el juez competente para dictar medidas cautelares será aquel que se encuentre habilitado para conocer de la pretensiones de la demanda. Se fundamenta en que las medidas cautelares fuera del proceso se destinan a asegurar la eficacia de una misma pretensión, y en su segundo carácter jurisdiccional.

En este sentido, comparto la postura de Ariano Deho: “la competencia del juez antes de iniciado el proceso o ante *causam*, será el juez objetivo²⁸² y territorialmente²⁸³ competente, para conocer de la demanda de fondo, tal norma no asegura que el juez competente para conocer la concesión de la medida cautelar sea para conocer del fondo.

Surge la pregunta ¿Qué pasaría con una solicitud de medida cautelar presentada con anterioridad a la presentación de la demanda principal ante un juez objetivamente y territorialmente incompetente?²⁸⁴ Según el art. 33 y 608 del CPC, la cautela dictada no estará afectada de nulidad siempre que se haya emitido respetando las normas procesales pertinentes, logrando su eficacia en concordancia con el art.42²⁸⁵. La labor inmediata del juez incompetente que dictó medida cautelar para garantizar la eficacia de un proceso que no es o será de su competencia, será la inmediata remisión al Juez competente, quien estará en

²⁸¹GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis. “*Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Op. cit., p. 76.

²⁸²Así la competencia objetiva, recae en el órgano que conozca de la cuestión principal, como norma común, resultan competente los juzgados de primera instancia de todos aquellos asuntos civiles que no se hallan atribuidos a otros tribunales, jueces de paz. ORTIZ PRADILLO, Juan. C. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Op. cit, p. 89.

²⁸³La competencia territorial, tiene como regla general: el órgano competente para conocer de la pretensión principal, para el caso de medidas solicitada con anterioridad a la interposición de la demanda se resolverá primera decidiendo quien es el órgano territorialmente competente en cuya virtud se solicitan las medidas. *Ibídem*, p. 104.

²⁸⁴ANGELES JOVÉ, María. “*Medidas Cautelares innominadas...*”Op. cit., p.154.

²⁸⁵Artículo 42.- Conservación de la eficacia cautelar. La medida cautelar otorgada por el Juez de la demanda, antes de recibir el oficio del Juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso. Suspendido el proceso, no se otorgarán medidas cautelares.

competencia para convalidar o no, a pedido de parte, la medida cautelar dictada, el art. 44 del CPC²⁸⁶.

En el mismo sentido, para Hurtado Reyes, es válida la medida cautelar dictada por un juez incompetente, siempre que se haya emitido tomando en cuenta los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora, al margen que la competencia resulte o no manifiesta; sin embargo, debe dejarse aclarado que ésta no prorroga la competencia, si fuera territorial relativa, pues esto se determinará en el cuaderno principal²⁸⁷.

En el supuesto que exista alguna cláusula de sumisión expresa a un determinado juez o juzgado para que conozca el caso, ésta debe respetarse²⁸⁸. Otro supuesto que se presenta es ¿La simple solicitud de una medida cautelar implica sumisión tácita al órgano jurisdiccional elegido? La respuesta es afirmativa. Una vez decretada la medida cautelar podrá promover, si así lo desea, “cuestión de competencia” en el proceso principal, mediante declinatoria o inhibitoria; ello no genera la nulidad con el objetivo de impedir la sumisión tácita²⁸⁹.

Para Ledesma Narváez, en sede cautelar ocurren las siguientes particularidades respecto a la competencia. En primer lugar, en cuanto a la competencia territorial ordinaria, según art. 14 del CPC. Por tanto, la regla general es que la competencia se configura por el lugar del domicilio del demandado, sin embargo la competencia territorial también se puede explicar por la conveniencia en la que el juzgado se halle próximo a aquello que puede ser sometido a inspección. Tal conveniencia se aprecia de manera especial en las pretensiones sobre inmuebles. Opera así su señalamiento en los procesos reales inmobiliario.

En segundo lugar, la competencia concurrente o acumulativa²⁹⁰, regulado en el art. 15 del CPC, que opera exclusivamente en la

²⁸⁶Artículo 44. Convalidación de la medida cautelar. Ha pedido de parte, y siempre que la competencia fuera decidida a favor del Juez de la contienda, éste deberá efectuar, como Juez de primer grado, un reexamen de los presupuestos de la medida cautelar preexistente. El pedido de reexamen es procedente cuando no se ha apelado la medida, o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso.

²⁸⁷HURTADO REYES, Martín. “*Tutela jurisdiccional diferenciada*” Op. cit., p. 260.

²⁸⁸Ibídem, p. 154.

²⁸⁹Ibídem.

²⁹⁰LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Contradicciones, laberintos y algo más”. En: *Estudio sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. cit., p.40.

competencia territorial. Se parte de un supuesto: existe más de un juzgado competente para conocer un mismo asunto, es un fenómeno apto para ser atendido en diversos juzgados; esta competencia acumulativa es diferente de la acumulación procesal, que nos dice que frente a varios demandados se puede elegir el juez de cualquiera de los domicilios de ellos.

En el artículo 16 del CPC la norma nos ubica en el supuesto de una acumulación pasiva porque no solo existe acumulación de pretensiones sino que también se dirige contra varios demandados. Este artículo, establece que la competencia en atención a la acumulación se regula por la acumulación de pretensiones, por elementos comunes o interdependientes, que los vinculan por su objeto, causa, o por elementos afines a ella, generando con dicha acumulación pluralidad de sujetos en el proceso. La norma nos ubica en el caso de una acumulación pasiva porque no solo estamos frente a varias pretensiones, sino que estas se dirigen, frente a varios demandados. Frente a la concurrencia de varios juzgados. La doctrina nos señala lo siguiente: que la ley señale al juez exclusivo o concurrente sucesivo. Si alguien tiene que ser demandado ante un solo juez con exclusión de cualquier otro, será juez exclusivo; y si el demandante tiene que elegir entre varios jueces para la presentación de la demanda, será juez concurrente por elección, pero si nos ubicamos frente a un juez por falta de otro, estamos frente a un juez sucesivo²⁹¹.

En tercer lugar, está la competencia facultativa, art. 24 del CPC. Refiere que el demandante tiene la posibilidad de elegir la competencia en atención a siete supuestos que enuncia la norma en comentario. Se confía al actor la selección de jueces alternos. Al existir una concurrencia se determina el juez competente en atención al que efectuó el primer emplazamiento, art. 29 del CPC. Situación que no opera en las medidas cautelares fura del proceso²⁹².

Respecto de nuestro caso materia de estudio establecido en el artículo 615 del CPC es factible conceder una medida cautelar tras una sentencia fundada. En este supuesto se presenta la siguiente situación

²⁹¹ANGELES JOVÉ, María. “*Medidas Cautelares innominadas ...*” Op.cit.,pp.161-163.

²⁹²LEDESMA NARVÁES, Marianella. Contradicciones, laberintos y algo más a propósito de texto del artículo 608 del CPC. En: “*Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*”. Op. cit., pp.38-40.

para fijar la competencia del juez: en primer lugar, al contar con una sentencia favorable se puede conceder medida cautelar; si el demandado no impugna la sentencia favorable se convierte en firme. Por tanto, ya no sería una medida cautelar sino una medida ejecutiva. En consecuencia, el juez competente sería el juez de la demanda de primera instancia. En segundo lugar, se expone el supuesto que engloba la competencia de nuestro caso materia en lo relativo a quien ha obtenido una sentencia favorable e impugnada por el demandando. La norma señala literalmente que el juez competente será el de juez de la demanda, es decir el juez de primera instancia. Postura que no comparto, puesto que al tener una sentencia favorable impugnada el juez competente será el juez de segunda instancia.

Una interpretación *contrario sensu* de nuestro caso de estudio, se refleja en el art. 630 CPC, si el juez de la demanda ha fallado en contra del demandante en la sentencia se prevé la posibilidad de que una medida provisional (cautelar o satisfactiva anticipada) pueda subsistir a pesar de una sentencia infundada. El juez competente para ver la medida cautelar será el juez de la sala superior. Este argumento es útil para entender que no por el hecho de existir una decisión adoptada en cognición completa contraria al demandante, este deba necesariamente quedarse sin protección.

En definitiva, el juez competente para nuestro caso de estudio, justificado en el art. 615 del CPC, no tiene que ser siempre el juez de la demanda. En el mismo sentido, el Proyecto de Ley 3198/2013- CR establece que el juez que dicte una medida cautelar sea distinto del juez que resuelva sobre el fondo de la pretensión, a fin de evitar un prejuzgamiento y, por tanto, que ello afecte la imparcialidad objetiva del Juez. Sí evitar sentencia contradictorias²⁹³. Protegiendo además el

²⁹³Comisión de Justicia y Derechos Humanos el Proyecto de Ley 3198/2013- CR.[En línea] [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/21ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/\\$FILE/5.18PreDict3198.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/21ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/$FILE/5.18PreDict3198.pdf) (consultado el 30/12/15). En el mismo sentido la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, considera viable la expedición de la propuesta normativa en el sentido que la competencia para dictar medidas cautelares es (...) que sea otro juez de la misma jurisdicción quien evalúe y dicte la medida cautelar, así evitar que exista un prejuzgamiento y que no pueda ser utilizada para crear convicción en el proceso sobre el fondo. Punto (ii) del numeral III Conclusiones del Informe Legal 31-2014/JUS-DGDOJ de fecha 19 de Junio de 2014.

derecho de pluralidad de instancias, reduciendo el margen de arbitrariedad.

El art.637 del CPC, no precisa con qué efecto debe ser concedida la medida cautelar, en concordancia con el art. 372 del CPC-último párrafo, se deduce que la apelación se concede sin efectos suspensivos. Este artículo dispone que cuando este código no haga referencia al efecto o calidad en que es apelable una resolución, ésta es sin efectos suspensivos. En suma, podemos decir que, al haberse establecido como regla general para impugnar la concesión de una medida cautelar, la apelación sin efectos suspensivos favorece la eficacia.

CAPITULO III: CUESTIONES QUE SURGEN DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 615 DEL CPC

3.1. Fundamento a la excepcionalidad del supuesto de procedencia de concesión de medida cautelar.

Para la doctrina clásica, las medidas cautelares tiene una función publicista. En esta línea tenemos a Calamandrei, quien afirma que las medidas cautelares están dirigidas más que a garantizar la satisfacción de los derechos subjetivos, a asegurar la eficacia de la función jurisdiccional²⁹⁴. Desde este punto de vista publicista, las medidas cautelares se centran más que en interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia. Esta visión ha sido desplazada por la visión garantista como “una auténtica garantía para obtener la tutela definitiva de los derechos”²⁹⁵.

La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la

²⁹⁴Calamandrei. Op. cit., p.142. En el mismo sentido, VERAMENDI FLORES ERICK, estamos frente a un tipo especial de medida cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva, cuyo fundamento de su existencia se justifica en su naturaleza que poseen las medidas cautelares, que es garantizar la decisión final, haciendo posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros de la demora del proceso. VERAMENDI FLORES, Erick. Restricción a la tutela judicial efectiva. Estudio sobre las medidas cautelares. Gaceta jurídica. Primera edición, Lima, 2010. p. 186.

²⁹⁵ARIANO DEHO, Eugenia. La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos. En: *Problemas del proceso civil*. Op. cit., p. 596.

duración del proceso-instrumento de tutela²⁹⁶. La tutela cautelar no solo sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición, sea esta de condena, constitutiva o meramente declarativa, y sino que tiende a asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución²⁹⁷.

Según la visión garantista, se acepta como medida cautelar el artículo 615 del CPC denominado caso especial de procedencia de medidas cautelares, en virtud de haber obtenido una sentencia favorable aunque fuera impugnada. El legislador lo que está reconociendo es un grado mayor de verosimilitud respecto de una sentencia definitiva²⁹⁸ de primera y segunda instancia²⁹⁹. En el mismo sentido, para Armando Rivas, el artículo 615 del CPC se trata de una solución basada por su alto grado de verosimilitud del derecho significado por la obtención de una sentencia favorable³⁰⁰(...) Por otra parte entendemos que, frente a una sentencia adversa, el pedido cautelar por el perdedor ha de ser observado con mayor rigurosidad especialmente en lo concerniente a la existencia de verosimilitud del derecho, extremo ya afectado por el sentido del fallo³⁰¹.

En definitiva, estamos frente a un caso especial de medida cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva; puesto que la primera es integrante de este derecho fundamental³⁰². Por ende, cualquier persona, por el solo hecho de serlo, es titular del derecho y lo faculta para exigirle al estado que cumpla su función jurisdiccional³⁰³. Este derecho fundamental se hace efectivo cuando el estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso, cuya decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas³⁰⁴. Ello origina que el derecho a la tutela jurisdiccional se relacione paralela o simultáneamente con el debido

²⁹⁶Ibíd. Op. cit., p.604.

²⁹⁷ARIANO DEHO, Eugenia. Apuntes sobre la duración temporal de la tutela Cautelar. En: *Problemas del proceso civil*. Op. cit., p. 645.

²⁹⁸Que es impugnabile a diferencia de una sentencia firme que es: inimpugnabile, inmodificabile y coercible, en el que ya existe certeza

²⁹⁹Sería el caso si alguien no solicita medida cautelar en primera y en segunda instancia lo podría hacer aunque la otra parte presente recurso de casación.

³⁰⁰ARMANDO RIVAS, Adolfo. “*Los medios cautelares en el derecho peruano*”. Op. cit., 37.

³⁰¹Idem.

³⁰²HURTADO REYES, Martin. “*La tutela Cautelar...*” Op. cit. p. 906.

³⁰³TICONA POSTIGO, Víctor. Op.cit.,p.242

³⁰⁴HURTADO REYES, Martin. “*Tutela diferenciada*”. Op. cit., p. 41.

proceso³⁰⁵, por su naturaleza constitucional y contenido, que es lograr una sentencia objetiva y materialmente justa³⁰⁶. Así, el debido proceso se configura como garantía y derecho de todos los justiciables para asegurar la certeza, justicia y legitimidad de su resultado, y lograr la realización de la tutela judicial efectiva³⁰⁷.

La tutela judicial efectiva comprende, en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción; es decir, a ser parte en un proceso³⁰⁸. El segundo término, es el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la pretensión que sea motivada y fundada³⁰⁹, el tercer estadio que completa el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla, se efectivice para brindar seguridad jurídica³¹⁰. Configurándose dos expresiones, el derecho a la efectividad en sí y el derecho a la garantía de la efectividad. En el primero tenemos que se encuentra no solo el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, sino el derecho a que todas las resoluciones tengan eficacia en el ámbito de la realidad. En el segundo, se encuentra el derecho fundamental a la tutela cautelar concebido como derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional, a través de una cognición sumaria, el dictado y ejecución de una oportuna medida cautelar que sea adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse³¹¹. Esto se deduce del artículo 139.inc.3 de la Constitución³¹².

³⁰⁵Ibídem. Op. cit., p. 244.

³⁰⁶ Desde la perspectiva procesal, aquella situación en la que se respetan los derechos de las personas de libre acceso a la justicia, al juez natural a probar a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada; y desde la perspectiva sustancial, alude a la vigencia de criterios como la razonabilidad y la proporcionalidad³⁰⁶. Ibídem. Op. cit., p. 68.

³⁰⁷Ibídem. Op. cit., p. 243.

³⁰⁸VERAMENDI FLORES, Erick. "Restricción a la tutela judicial efectiva". p.186.

³⁰⁹La tutela judicial efectiva implica no solo el hecho de acceder a la justicia ni tampoco que el proceso sea llevado con las garantías mínimas sino que en aras de hacer real y eficaz la pretensión que desea dar, garantiza también que el proceso alcance su fin. PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela Cautelar..." Op. cit, p. 127.

³¹⁰GONZALES PÉREZ, Jesús. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Op. cit, p. 51.

TTICONA POSTIGO, Víctor. "El Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva"...Op. cit.p.45.

³¹¹PRIORI POSADA, Giovanni. "El derecho fundamental a la tutela Cautelar". Op. cit., p. 497.

³¹²Artículo 139 de la Constitución. "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) (...) y el derecho a la tutela jurisdiccional.

En consecuencia, la medida cautelar es una concreción del Derecho Constitucional de la tutela judicial efectiva. Por tanto, se le reconoce a la medida cautelar, como un auténtico derecho fundamental, configurando su doble carácter como garantía y como principio. Ello supone que este derecho es exigible a pesar de que la ley no lo regule expresamente. Este derecho se reconoce al inicio, durante el desarrollo del proceso y al final de la etapa de ejecución³¹³.

En este sentido, no cabe duda de que la tutela jurisdiccional que brinda el estado no sería efectiva si no contara con un sistema de protección cautelar eficiente. Lo que permite concluir que esta forma de protección es cosustancial a la tutela jurisdiccional que presta el estado³¹⁴. Es así que la doctrina se ha pronunciado, señalando que la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva del proceso³¹⁵.

En segundo lugar, se basa en la función jurisdiccional de administrar justicia emanada de la soberanía del estado y ejercida por un órgano especial, que tiene por fin la declaración o realización del derecho, y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social”. Por tanto, es la potestad de administrar justicia, función de uno de los órganos del Estado, y ella emerge de su soberanía. Siendo su fin principal de la función jurisdiccional satisfacer el interés público del Estado, la realización del derecho, y la garantía del orden jurídico.³¹⁶ En

³¹³VILELA CARBAJAL, Karla. “*Medidas ejecutivas*”. Op. cit., p. 118.

³¹⁴GUERRA CERRON, Elena. “La oposición y el doble grado en el Sistema Cautelar Nacional. En: *Gaceta jurídica*”. Tomo I. julio 2013, p.295.

³¹⁵Para Hurtado Reyes, la relación entre tutela cautelar y debido proceso, ambas no son instituciones aisladas entre sí, más por el contrario se complementa, pues no es admisible entender una tutela judicial efectiva, si esta no es otorgada por el estado con la concesión de garantías mínimas para las partes en el proceso (debido proceso). Y en el proceso ésta función garantista que ejerce el debido proceso sirve para legitimar al Estado para el otorgamiento de la tutela. HURTADO REYES, Martin. “*La tutela jurisdiccional diferenciada*”. Op. cit., p. 46.

³¹⁶DEVIS ECHEANDIA, Hernando. “*La tutela general del Proceso*”. Op, cit., pp.95-96. En el mismo sentido, Giuseppe Chiovenda opina que la función jurisdiccional tiene como propósito “la actuación de la voluntad concreta de la ley, como función del Estado, mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, ya sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones del derecho procesal civil*. Vol. II. Editorial de derecho privado. Madrid, 1940. p. 12.

este sentido, Ticona Postigo afirma que la Jurisdicción es la atribución y deber conferido al órgano jurisdiccional por el pueblo a través del Estado para administrar justicia resolviendo los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas. Se regula en el art. 138 de la Constitución Política del Perú³¹⁷, que confirma a la jurisdicción como poder deber, cuando privilegia a la persona u órgano que realiza la actividad; y jurisdicción como función cuando privilegia a la actividad en ejercicio de la jurisdicción³¹⁸, otorgándole poderes para administrar justicia como *Notio, Vocatio, Coercio, Iudicium, Executio*³¹⁹ Por tanto, dentro de la función jurisdiccional tenemos a la garantía cautelar que aparece puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está destinada, más que hacer justicia a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra³²⁰. En este sentido, Chiovenda, afirma que en el ordenamiento jurídico existe un poder cautelar general (...) que facultan al juez para que en cada caso y a petición de parte, decreta las medidas cautelares si la encuentra razonable, valorando cada situación³²¹.

El tercer fundamento que justifica su existencia se basa en la realización del Derecho con la existencia del valor eficacia. Así, las medidas cautelares han basado su desarrollo en la existencia del proceso

³¹⁷Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

³¹⁸ MONROY GALVES, Juan. “*Introducción al proceso civil*” .Op,cit.,p.212.

³¹⁹*La vocatio*, este elemento es el que se vale el juez, para compeler a las partes en conflicto a comparecer al proceso, estableciéndose la rebeldía y el abandono. *La coercio*, es la autoridad que le confiere la jurisdicción al juez para hacer cumplir sus mandatos, para ello hace uso de multas, apremios. El *Iudicium.*, es el elemento principal dela jurisdicción, sin él no tendría razón de ser, por este elemento se logra la decisiones con autoridad de cosa juzgada. Aquí se otorga al juez facultad y deber. *Executio*, aquí se le da poder al juez para que ejecute sus propias decisiones, aunque para ello sea necesario recurrir a otros poder. *Coercio, iudicium, executio*, son elementos esenciales si falta alguno de ellos no existe jurisdicción, esto quiere decir que se entiende plenamente la función jurisdiccional una actividad administrativa que ejercen los jueces.

HURTADO REYES, Martin. “*Tutela jurisdiccional diferenciada*”. Op. cit., pp.35-36.

³²⁰CALAMANDREI, Piero. “*Instituciones del derecho Procesal civil*”. Vol. I. Ediciones jurídicas Europa. Buenos Aires, 1986, pp. 156-157.

³²¹PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental...” Op. cit., pp. 494-495.

aliado a los valores justicia y equidad; por tanto, siempre encontramos una conexión entre el llamado proceso principal y el proceso cautelar, y entre ellos existe un elemento que los convierte en inescindibles: El tiempo.³²²

Para la realización del Derecho, más allá de los valores justicia y equidad, se reconocen valores procesales que han permitido la realización de la tutela jurisdiccional³²³. Esos valores son conocidos como principio de efectividad y que se encuentra vinculada con el principio de seguridad jurídica; por tanto, ambos derechos fundamentales de efectividad y seguridad necesitan de la adecuación de la tutela jurisdiccional para realizar la eficacia como una aptitud y obtener un resultado justo. Por tanto, efectividad y seguridad son medios y no fines, pues se trata de conseguir a través del proceso, un resultado cualitativamente diferenciado, donde el resultado sea justo; entendido como un resultado acorde a los postulados axiológicos y normativos, pues la efectividad y la seguridad deben contribuir a ello³²⁴.

En este orden de ideas, el objetivo es lograr el desarrollo del valor eficacia, que se vale del proceso para buscar la decisión justa y equitativa de las resoluciones judiciales. Es un nuevo valor en la escala axiológica que le incumbe al proceso. Por tanto, la eficacia resulta inescindible con la tutela jurisdiccional, pues ambas buscan el justiciable para el logro de su pretensión³²⁵.

Es aquí que el valor eficacia ha reconocido el desarrollo de esta figura, medida cautelar tras una sentencia favorable aunque fuera impugnada, ya que busca que el transcurso del tiempo haga en ilusorio el cumplimiento del fallo definitivo.

En cuarto lugar, se fundamenta en el principio de economía procesal, por la duración fisiológica del proceso que puede actuar negativamente respecto de la efectividad de la tutela jurisdiccional,

³²²Ibídem, p. 907.

³²³GUERRA CERRON, María Elena. “Insuficiencia del sistema de tutela cautelar abierto”. En: *estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. cit, p. 63.

³²⁴RENZO CAVANI, Brain. “La ineficacia en el proceso civil peruano”. *Estudio sobre la nulidad procesal*. *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010, p.46.

³²⁵HURTADO REYES, Martín. “Fundamentos del derecho procesal civil”. Op. cit., p. 906.

presentándose durante el desarrollo del proceso de cognición actos o hechos idóneos a frustrar el proceso³²⁶.

Así, el principio de economía procesal, no representa un criterio valorativo, ya que las finalidades del proceso deben ser alcanzadas de forma menos gravosa para el estado y las partes. Este principio es norma que busca sustento en otros valores reflejados en el campo deóntico. Lo que induce a la correlación entre la economía y la efectividad determinando injerencias en el campo del aprovechamiento de los actos procesales o de los poderes del juez³²⁷.

La economía, vista desde su acepción semántica, significa ahorro, referido a su vez a tres áreas distintas: ahorro de tiempo, gastos, y esfuerzos³²⁸. En la misma línea, Devis Echeandia, afirma que este principio es la consecuencia de que ha de tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de la actividad procesal (...) todo esto para que el trabajo del juez sea menor y el proceso más rápido³²⁹.

Para Couture, son aplicaciones de este principio de economía: la simplificación en las formas de debate, la limitación de la prueba, la reducción de los recursos, y la existencia de tribunales especiales³³⁰. Este principio comprende todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él. Constituyen variantes de este principio los de concentración y celeridad³³¹. El principio de concentración apunta a la

³²⁶PROTO PISANI, Andrea. La tutela sumaria en general. En: *“La tutela jurisdiccional”*. Traducido por PRIORI POSADA, Giovanni f. Editorial Palestra. Lima. 2014, p. 331.

³²⁷LOPEZ JUNIOR, Aury C. Citado por SCARPARO, Eduardo. “Principios procesales e invalidez”. *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010,p.500

³²⁸MONROY GALVEZ, Juan. *“Introducción al proceso...”* Op. cit.,p.98

³²⁹DEVIS ECHEANDIA, Hernández. *“Teoría general del proceso”*. Op. cit., p.66. En el mismo sentido Monroy Palacios, este principio no solo apunta a economizar, los costos que puede suponer el proceso sino hacer del proceso un trámite sumario, este principio se encuentra vinculado con el principio de celeridad procesal, por razón de tiempo. Este principio, se concreta a través de instituciones procesales, y lo hace efectivo. MONROY PALACIOS, Juan. *“Introducción al proceso civil”*. Op. cit., p. 100.

³³⁰COUTURE, Eduardo. *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*. Op. cit, p. 189.

³³¹PALACIO LINO, Enrique. *“Manual de derecho procesal civil”*. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004, p. 72.

abreviación del proceso mediante la reunión de toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos y evitar la dispersidad de dicha actividad. El principio de celeridad, está representado por las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos³³².

3.2. Cuestiones que surgen de la redacción del art. 615 del CPC.

El código procesal civil, artículo 615³³³ nos remite al artículo 610³³⁴, inc.1 y 4, del CPC, estipulando el caso especial de procedencia de una medida cautelar de quien ha obtenido una sentencia favorable, aunque fuera impugnada. (...) Sin que sea preciso cumplir con los fundamentos de la pretensión, ni ofrecer contracautela.

El legislador hace bien en denominar este caso especial como una medida cautelar, en virtud del valor eficacia que ha permitido el desarrollo de esta figura, “Eficacia que resulta inescindible con la tutela jurisdiccional, pues son ambas las que buscan el justiciable implícitamente cuando usa el proceso como instrumento para el logro de su pretensión³³⁵. De acuerdo al contenido del art. 615 del CPC esta figura que se presenta se condice con su esencia, características, naturaleza y finalidad de la medida cautelares, y por su carácter garantista de la medida cautelar, hace factible esta figura permitiendo, que la tutela jurisdiccional se efectivice³³⁶.

³³²Ibídem,Op.cit.,p.73

³³³Artículo 615.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610

³³⁴Artículo 610.- El que pide la medida debe:

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

³³⁵HURTADO REYES, Martin. “*Tutela Jurisdiccional*”. Op. cit., p.182.

³³⁶ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: *Problemas del proceso civil*”. Op .cit.,p.604

Proto Pisani, defiende el desarrollo de esta figura por el carácter instrumental de la tutela cautelar, con esta expresión se desea indicar que las medidas cautelares están siempre ligadas al proceso de cognición plena en el sentido que siempre están ligadas a perder la eficacia en el caso de sentencia declarativa de inexistencia del derecho a ser absorbidas por la sentencia de acogida³³⁷.

Este autor analiza que por su esencia de provisionalidad (característica estructural de la medida cautelar) la resolución cautelar emana de la base de una cognición sumaria de un juicio de probabilidades y verosimilitud, y no de una cognición plena³³⁸.

En esta línea, Ariano Deho, afirma el carácter de medida cautelar al supuesto del artículo 615 del CPC, cuando señala que “por lo regular la tutela cautelar tendrá(o como veremos debería tener) como duración *fisiológica* la duración del proceso de fondo, a cuyo término la tutela cautelar o perderá toda eficacia o será absorbida o sustituida por la tutela de fondo³³⁹. Posteriormente señala que, transitado el proceso de cognición por todas sus etapas, agotados todos los recursos disponibles, solamente cuando la sentencia favorable al que ha obtenido determinada tutela cautelar, será inmutable, y podremos, considerar que la tutela cautelar ha agotado su función. Como consecuencia, ha desaparecido ese nexo instrumental, que liga a la tutela cautelar con la tutela de fondo³⁴⁰. En este orden de ideas, el cese de eficacia de la tutela cautelar coincide³⁴¹

³³⁷PROTO PISANI, Andrea. La tutela Cautelar. En: “*la tutela jurisdiccional*”. Traducido por Chiara Marianell. Editorial Palestra, Lima, 2014, p. 391.

³³⁸PROTO PISANI, Andrea. Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar. En Problemas del proceso civil. Op. cit, p. 640.

³³⁹ARIANO DEHO, Eugenia. Apuntes para sobre la duración temporal de la tutela cautelar. En: *Problemas del proceso civil*. Primera edición .Jurista Editores EIRL, Lima, 2003. p. 640.

³⁴⁰Ibidem. Op. cit., p. 645.

³⁴¹Para Ariano Deho tratándose de tutelas de fondo, meramente declarativas o constitutivas, el momento de pérdida de eficacia de la tutela cautelar deben coincidir con el momento en que la sentencia de fondo se vuelven firmes, cosa juzgada, vale decir que la tutela cautelar ha agotado toda su función y por tanto ha desaparecido su función y por tanto ha desaparecido su nexo instrumental .Diferente es la tutela de condena, depende de dos variables; del contenido de la medida cautelar y si la sentencia de primer grado es inmediatamente ejecutiva, se producirá su eficacia cuando adquiera el carácter de cosa juzgada, en consecuencia la tutela cautelar termino su función .Ibidem. Op. cit., pp. 645-646.

(...) con el paso de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la pretensión de fondo.

En este sentido, se configura el carácter de la medida cautelar porque la medida cautelar no constituye un fin en sí mismo, pues su función se agota en servir de instrumento de tutela de fondo. A esta nota distintiva se le llama instrumentalidad, pero justamente porque la tutela cautelar es instrumental no tiene vocación de estabilidad en el tiempo; ello ha determinado que su ciclo vital fisiológico este condicionado por el ciclo temporal igualmente fisiológica del proceso de fondo³⁴².

Esta figura tiene su origen en el código de procedimientos civiles, en el art.233, otorgando la posibilidad de obtener un embargo preventivo en virtud de una sentencia favorable ya sea de primera o segunda instancia. Ello en virtud de la presunción que resulta en favor de los derechos declarados³⁴³.

Sin embargo, Ledesma Narváez sostiene que “la redacción del artículo se aleja del concepto de medida cautelar, entendida como un medio precautorio (...) Ya no existe un rol de aseguramiento, prevención; sino que actúa como un medio de ejecución actual, pendiente y no probable”. Este rol lleva a que ya no se le catalogue como medida cautelar sino que se le atribuya un rol ejecutorio, por lo cual debe partir de un supuesto: la existencia de un título que apareje ejecución. El título existe y es la sentencia, que contiene un derecho cierto, pero se encuentra suspendida su ejecución, en atención a la impugnación interpuesta contra él³⁴⁴. Además señala que no hay nada que asegurar sino ejecutar.

Ledesma Narváez, se centra en el elemento verosimilitud del derecho perdiendo de vista el peligro en la demora y adecuación que es el determinante de la medida cautelar y permite una medida idónea³⁴⁵.

³⁴²Ibidem. Op. cit, p.367-639. En la misma línea Armando Rivas, Adolfo. “*La medida cautelar en el Derecho procesal civil*”. Op, ci.t, p. 37.

³⁴³ GUZAMAN FERRER, Fernando. “*Código de procedimientos civiles*”. Tomo I. p. 158.

³⁴⁴LEDESMA NARVAÉZ, Marianella. “*Comentarios al código procesal civil. Análisis artículo por artículo*”. Tomo II. Segunda edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima 200, p. 425.

³⁴⁵Por este motivo para este autor más que de una ejecución se podría tratar de una ejecución provisional. LUJAN SEGURA, Helder. Op. cit.,p.80

Sin embargo, no siempre se concede una medida cautelar tras una sentencia favorable de primera o segunda instancia, pues en determinados casos puede contravenir las leyes, principios o la esencia misma de la tutela cautelar. Tenemos los siguientes supuestos en los que no es posible otorgar: En primer lugar, las medidas cautelares que apuntan a obtener el pago de una obligación dineraria por parte del estado³⁴⁶. En segundo lugar, si la medida no fuera adecuada. La adecuación es la necesidad de que se otorguen medidas cautelares congruentes y proporcionales. Las medidas buscan asegurar la efectividad del proceso³⁴⁷. En tercer lugar, cuando el peligro se refiere al fondo de la controversia y hubiese irreversibilidad de la afectación³⁴⁸; y cuarto lugar; cuando la medida cautelar recae sobre bienes que tienen la condición de inembargables³⁴⁹.

Continuando con el estudio del artículo 615 del CPC en su segundo párrafo se deduce su posible modificación en cuanto a la redacción de la norma. A saber se estipula que el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el juez de la demanda con copia certificada de los actuados pertinentes.

En este sentido, es lógico la formación de un cuaderno especial, en el que se recoja la información pertinente para amparar o desestimar la pretensión cautelar por ser un proceso en trámite. Así, el cuaderno

³⁴⁶En este caso no cabe dictar medida cautelar, tan pronto se obtiene sentencia fundada debido a que existe norma imperativa que señala el procedimiento particular, el art.47 del TUO de la ley N°27584 el cual indica, que debe agotarse previamente, siendo que para ello la decisión debe ser firme.

Este caso constituye en la actualidad un gran porcentaje de las controversias que se ventilan en los juzgados, sobre en todo en el ámbito de los procesos contenciosos administrativos.

³⁴⁷ Aquí no cabe dictar medidas cautelares, por más que se tenga sentencia fundada, debido a que la forma de la medida cautelar que se solicita no es la indicada para asegurar el derecho determinado en la sentencia del principal. MONROY Palacios, Juan. *“Bases para la formación de una teoría cautelar”*. Op. cit., p. 189.

³⁴⁸En estos casos no cabe dictar medidas medida cautelar debido a que existe un riesgo real que la ejecución de la medida torne irreversible, el derecho del afectado, dado que aun existiendo sentencia fundada a favor del demandante, sigue latente la posibilidad de que esta sea revocada por el superior en virtud de la apelación que se formule.

³⁴⁹Ello debido a que existe norma expresa que señala que señala la condición de inembargables de los mismos como es el caso del artículo 648 del CPC. Reiteramos entonces que la redacción que presenta el artículo 615 del CPC.

cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y resolución admisorias para su tramitación, siendo ello lo natural en virtud de la autonomía del procedimiento cautelar³⁵⁰. Por ende, busca no confundir el trámite de una medida cautelar con el proceso principal. Además para preservar el carácter de *inaudita pars*; y también por la economía procesal y patrimonial, por ahorro de tiempo y dinero³⁵¹. Por lo que no se explica la exigencia de mayores formalidades al requerir copias certificadas³⁵². No queda sino que pensar que es un olvido del legislador que no tuvo en cuenta el artículo 640 del CPC. Por lo tanto, será necesario modificar el artículo 615 del CPC a fin de evitar innecesarias contradicciones³⁵³.

Respecto a la competencia del juez se considera viable que el pedido cautelar se solicite y se ejecute ante un juez distinto de la demanda, por lo cual resultaría exigible que cumpla con el requisito de exponer los fundamentos de su pretensión cautelar establecida en el inc.1 del art.610 del CPC conforme a las particularidades expuestas anteriormente, ya que la medida cautelar no implica un prejuzgamiento. Además por el principio de independencia e imparcialidad del juez.

La razón principal que permite modificar al artículo 615 del CPC, se presenta cuando la norma señala que no se necesita del requisito del artículo 610.inc.1.”Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar”. De acuerdo a lo expuesto en la norma y en el desarrollo de nuestro primer capítulo, se evidencia confusión por parte del legislador en lo relativo a requisitos y presupuestos para la procedencia de una medida cautelar; puesto que estos últimos configuran las condiciones de la acción cautelar.

Ya habiéndose dejado claro en el primer capítulo que los presupuestos cautelares son presupuestos de existencia; que exista un

³⁵⁰Ibídem, p. 92.

³⁵¹RODRIGO DOMINGUEZ, Elvito. “Manual de Derecho procesal civil”. Tercera edición. Editorial Gruje, Lima, 2005, p. 199.

³⁵²Sin embargo, en este supuesto se exige copia certificada, para Ledezma Narváez debido a dos razones, el expediente principal que contiene la sentencia será materia de revisión en otra instancia, por la impugnación interpuesta; y la actividad que despliegue el juez, requerirá de la plena demostración del Derecho cierto, cuya satisfacción futura es materia de ejecución. LEDESMA NARVEZ, Marianella. La tutela cautelar en el proceso civil. Op. cit., p. 144.

³⁵³Ibídem. Op. cit., p. 93.

órgano jurisdiccional y; una solicitud de tutela jurisdiccional y; presupuesto de validez, la competencia del juez y capacidad del accionante³⁵⁴, es claro que la norma del artículo 615 del CPC confunde estos, de allí la necesidad de su modificación porque en vez de requisitos ha debido hablarse de condiciones de la acción cautelar referida a la verisimilitud del derecho.

Respecto a lo estipulado en el código procesal civil, acerca que para la procedencia de una medida cautelar no se requiere de la contracautela según lo previsto en los artículo 615 y 610, inc.4 del CPC, surge la pregunta ¿qué es la contracautela para una medida cautelar: un presupuesto, una condición de la acción o un requisito?. Y habiendo resuelto esa primera cuestión ¿será un presupuesto, una condición de la acción o un requisito procedibilidad o ejecución de la medida cautelar?

Respecto a la primera cuestión, tradicionalmente la contracautela ha sido considerada como un presupuesto de la medida cautelar. En la actualidad, se comprende como requisito para el cumplimiento de la medida cautelar. La caución o contracautela no es definida expresamente por nuestro ordenamiento, lo más próximo a su definición es el artículo 613° inc. 1 y 2 del CPC.

En derecho comparado, la contracautela es un presupuesto de ejecución. No obstante, nuestra legislación³⁵⁵. La Contracautela, sostiene Ledesma Narváez, no es un elemento de la medida cautelar, sino un presupuesto para la resolución cautelar, y por ende para la ejecución de ella. Por tanto, la contracautela forma parte de la resolución cautelar, mas no de la medida cautelar. El solo otorgamiento de la contracautela no autoriza el amparo de la medida cautelar, sino que la contracautela opera como garantía para la realización de la medida cautelar³⁵⁶.

Sin embargo, Monroy Palacios y Priori Posada señalan que la contracautela no es en realidad un presupuesto para la concesión de

³⁵⁴Mostrándose jurídicamente relevante en el soporte factico (en su suficiencia) quienes configuran la existencia de la medida cautelar MITIDIERO, Daniel F. *“Invalidez de los actos procesales”*. Traducido por RENZO CAVANI, Brain. Op. cit., p. 419.

³⁵⁵HURTADO REYES, Martin. *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*. Op. cit., p. 951.

³⁵⁶LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. *“Comentarios al código procesal civil”*. Op. cit., p. 3.

medidas cautelares, sino un requisito para su ejecución³⁵⁷. Ya que la caución no se sujeta a las características, ni a la finalidad de las medidas cautelares, porque no asegura la eficiencia del proceso sino el resarcimiento de daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de esta³⁵⁸.

El supuesto del art. 615 del CPC, trata de un requisito de ejecución de la medida cautelar porque sirve para contrarrestar los perjuicios que pueda acarrear el dictado de una medida cautelar³⁵⁹. Así la contracautela no es exigible en la medida cautelar prevista en el art. 615 del CPC porque no hay apariencia de derecho pues el derecho ya está definido porque ya se emitió una sentencia.

Así llegamos a la segunda cuestión planteada ¿la caución o contracautela es un requisito de la ejecución o procedibilidad? La caución es una garantía procesal³⁶⁰, un mecanismo que tiene como propósito asegurar que los daños producidos por una medida cautelar innecesaria puedan ser resarcidos en su plenitud y en modo oportuno (tras orden del juez que otorgó la cautela y luego de correr traslado) por parte del sujeto que se vio beneficiado precisamente por la medida cautelar³⁶¹.

En tal sentido, la caución debe ser regularmente ofrecida por el solicitante y graduada por el juez. Debería evitarse la plasmación judicial de condiciones de procedibilidad³⁶² (...) permitiéndose que el aseguramiento de la reparación de los daños y perjuicios que ocasione su ejecución pueda ser satisfecho luego de la respuesta judicial que la concede, pero nunca antes de su ejecución, porque eso generaría un desequilibrio que menoscaba el derecho del demandado a ser también

³⁵⁷PRIORI POSADA, Giovanni. “*La tutela Cautelar...*” Op. cit., p. 95.

³⁵⁸LEDEZMA NARVAES, Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Op. cit., p. 143.

³⁵⁹LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “La tutela cautelar en el proceso Civil”. *Gaceta jurídica*. Lima, 2013. p. 601.

³⁶⁰La contracautela es un elemento integrante del derecho de defensa del demandado.

³⁶¹MONROY PALACIOS, Juan. Una interpretación errónea: “a mayor verosimilitud, menor caución” y viceversa. Op. cit., p. 243.

³⁶²En el mismo sentido ARMANDO RIVAS, Adolfo. “*Las medidas cautelares en el derecho peruano*”. Op. cit., p. 63.

protegido por el órgano jurisdiccional³⁶³. Esta postura interpretativa permitiría tres cosas: en primer término, evitar el rechazo de medidas cautelares por la apreciación liminar de una caución diminuta o insuficiente; en segundo término, lograr una verdadera respuesta judicial sobre el fondo de lo que se pretende cautelar; y finalmente, la mejora de la tutela judicial la que aspiran los justiciables y con ellos la imagen y transparencia del poder judicial.

En conclusión, estamos de acuerdo con que el legislador haya exonerado de contracautela en base a los argumentos esbozados, puesto que ya no es requisito de concesión, sino de ejecución de la medida cautelar³⁶⁴.

Nótese, en primer lugar, que el ámbito de incidencia del art. 615, CPC, es cuando existe sentencia favorable. Es una norma general que se infiere de su propia redacción, la cual nos dice que se puede solicitar todo tipo de medidas cautelares. La doctrina mayoritaria en nuestro país no ofrece cuestionamiento al artículo citado, en cuanto acepta que es un tipo de medida cautelar con la particularidad de tener una sentencia favorable en el principal³⁶⁵.

Sobre este tema se debe tener en cuenta que el artículo 615 del CPC era una adaptación del art 233 del CPC de 1912³⁶⁶. Actualmente tal cual está regulado evidencia una deficiente técnica legislativa. Por ello se propone la modificación de este artículo, el objetivo es asegurar que el fallo definitivo se cumpla, haciendo posible que la tutela jurisdiccional se efectivice.

³⁶³Se puede lograr que el juez conceda medida cautelar sin materializar la contracautela, a pesar de haberse ofrecido y admitido, sin embargo, está si será necesaria que se haya otorgado con antelación a la medida. LEDESMA NARVAÉS, Marianella. La tutela cautelar en el proceso civil. Op. cit., p. 114.

³⁶⁴Así la medida ejecutiva, se les define como “aquellas instituciones procesales mediante las cuales, a instancia de parte, se satisface lo ordenado en la sentencia de condena que cuentan con autoridad de cada cosa juzgada. Las medidas ejecutivas son viables solamente cuando en el proceso principal se haya emitido sentencia de condena.

³⁶⁵LUJAN SEGURA, Helder ¿La sentencia fundada habilidad...? Op. cit., p. 80.

³⁶⁶Procede especialmente embargo preventivo en el juicio ordinario, si quien lo solicita ha obtenido sentencia favorable en primera instancia y la obligación no se halla suficientemente garantizada. Este embargo, se pedirá ante el Juez de primera instancia a que corresponde la causa, con copia, en su caso, de la sentencia del superior, lo cual se expedirá sin citación contraria.

Así su texto Vigente señala: “es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610 del CPC”.

Por ello la comisión de justicia y derechos humanos, recomienda por unanimidad/mayoría la aprobación del proyecto de ley 3198/2013 con el siguiente texto: Caso especial de procedencia. “es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir el requisito exigido en el inciso 4 del artículo 610”.

Se aprecia tras un paralelo de ambas normas, que se tiende a los mismos errores en la redacción; puesto que la propuesta de la comisión de justicia no contribuye en proponer bases sólidas. Sin embargo se presentan las siguientes diferencia en primer lugar la comisión de justicia solo exime el de presentar contracautela, en segundo lugar, no se pronuncia respecto de los fundamentos, y del juez competente. Pese a las diferencia el cambio que propone la comisión de justicia no es suficiente.

Y por eso la propuesta modificatoria que sugiero es: “corresponde otorgar medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable en primera y segunda instancia aunque sea impugnada; el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez competente, con copia simple de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir con una de las condiciones de la acción cautelar exigida en el inc. 1 del art. 610 del CPC, concerniente a la verosímilitud. Ni se exija el requisito del inc. 4 del art. 610 del CPC.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El fundamento del artículo 615 del CPC, caso especial de procedencia de medidas cautelares por el hecho de haber obtenido una sentencia favorable, aunque fuera impugnada, se encuentra en primer lugar, en el principio de tutela judicial efectiva, en segundo lugar, en la función jurisdiccional y; en tercer lugar, en el valor eficacia y en otros valores reflejados en el campo deóntico. Lo que induce a la correlación entre la economía y la efectividad (economía procesal).

SEGUNDA. Del análisis de este artículo se evidencia confusión en el legislador respecto de las nociones de presupuestos, condiciones de la acción cautelar y requisitos. De allí su deficiente redacción del artículo 615 del CPC. La forma como se ha redactado este artículo no es la más adecuada, hay varios aciertos pero también desaciertos y omisiones.

TERCERA. Se infiere que lo asumido como presupuestos cautelares no son más que las condiciones de la acción cautelar, que presentes en el derecho procesal aluden, a saber: Legitimidad para obrar, interés para obrar y la voluntad de la ley. Evidenciando los verdaderos presupuestos procesales para conceder una medida cautelar: La competencia y la capacidad de las partes.

En cuanto a los requisitos procesales se estudian desde el punto de vista de la importancia y desarrollo dogmático de los elementos del acto procesal puesto que forman parte de su estructura.

CUARTA. Por razones de seguridad jurídica, resulta necesario modificar el texto actual del artículo 615 del Código Procesal Civil. Con el objetivo de protección de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

“Regulación actual de la nulidad de actuaciones judiciales: Aspecto procedimental” [en línea] <<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro111/lib111-4.pdf>> (consultado el 12 de diciembre de 2015)

AGUDELO RAMIREZ, Martin. “Los presupuesto procesales”. En: *Real academia española*. Año 2012. N°49

ANGELES JOVE, María. “Las medidas cautelares Innominadas en el proceso Civil”. Bosh, Barcelona, 1995

ARIANO DEHO, Eugenia, “situación cautelable, verosímilitud y periculum in mora”. En: *Problemas del proceso civil*. Juristas editores, Lima, 2003.

ARIANO DEHO, Eugenia, “situación cautelable, verosímilitud y periculum in mora”. En: *Problemas del proceso civil*. Juristas editores, Lima, 2003.

ARIANO DEHO, Eugenia, “situación cautelable, verosímilitud y periculum in mora”. En: *Problemas del proceso civil*. Juristas editores, Lima, 2003.

ARIANO DEHO, Eugenia. La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, Lima 2003

- ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar entre certezas y dudas: Reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos”. En: *Estudio sobre la medida cautelar en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- ARIANO DEHO, Eugenia. Apuntes sobre la duración temporal de la tutela Cautelar. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, Lima 2003.
- ARMANDO RIVAS, Adolfo. “*Las medidas cautelares en el Derecho Peruano*”. Editorial juristas, Lima, 2005.
- CABANELLA DE TORRES, Guillermo. “*Diccionario jurídico elemental*”. Editorial Eliasta, Argentina, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. “*Instituciones del derecho Procesal civil*”. Vol. Ediciones jurídicas Europa, Buenos Aires, 1986.
- CALAMANDREI, Piero. “*Instituciones del derecho procesal civil según el nuevo código*”. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*”. Ara Editores, Lima, 2005
- CALAMANDREI. Piero. “*Derecho procesal civil*”. Editorial Ejea, Buenos Aires. 1986.
- CALAMDREI Piero. ”Instituciones del derecho Procesal civil .volumen I. Ediciones jurídicas Europa, Buenos Aires, 1986.
- CALAMDREI Piero. ”Instituciones del derecho Procesal civil .volumen I. Ediciones jurídicas Europa. Buenos Aires 1986.
- CARNELUTTI, Francesco “*Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.
- CARNELUTTI, Francesco. “*Sistema de derecho procesal civil*”. Editorial Eteha, Buenos Aires ,1944.

- CARRION LUGO, Jorge “El proceso civil como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional” En: *Análisis del código procesal civil*. Tomo I, Cultura Cuzco .S.A., editores, Lima, 1994
- CARRION LUGO, Jorge. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Volumen II, Editora Grijley, Lima 2007.
- CASASSAS CASANOVA, Sergio. “Las excepciones en el código procesal civil”. Primera edición. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2014.
- CASTAÑA PARRA Daniel. ”La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano .Hacia un modelo de justicia provisional. *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 125. Julio 2011.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. El derecho a la tutela judicial efectiva. Bosh.
- CHIOVENDA GIUSSEPE, *Instituciones del derecho procesal civil*. Vol. II. Editorial de derecho privado. Madrid, 1940.
- CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituciones de Derecho procesal Civil*. Vol. III. Traducciones del italiano de Emilio Gómez Orbaneja. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954.
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos el Proyecto de Ley 3198/2013- CR. [En línea] [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/\\$FILE/5.18PreDict3198.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/$FILE/5.18PreDict3198.pdf). (Consultado el 20 de enero del 2015)
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos el Proyecto de Ley 3198/2013- CR. [En línea] <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/\\$FILE/5.18PreDict3198.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/a9cf3ddc71042f8405257e0500702129/$FILE/5.18PreDict3198.pdf). > (Consultado el 20 de diciembre del 2015)
- COTURE EDUARDO, Juan. “*Fundamentos del derecho procesal Civil*”. Tercera edición. Roque de palma Editor, Buenos Aires, 1959,

- COUTURE EDUARDO, Juan. *“Fundamentos del derecho procesal civil”*. Tercera Edición. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil. Introducción el proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudio Miguel Arce, Madrid, 1992.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *“Derecho Procesal”*. Segunda edición. Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil”.
- ECHEANDIA DEVIS, Hernando. *“Teoría general del proceso”*. Editorial universidad. Buenos Aires, 1984.
- ESQUIVEL OVIEDO, Juan C. *“Jurisprudencia Civil de la Corte Superior (2006-2008)-últimos precedentes en materia Civil, Procesal Civil y Comercial”*. Primera Edición. Editora Gaceta Jurídica, Lima. 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José y CASERO LINARES, Luis. *“Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. *“Teoría general del proceso”*. Editorial labor. Barcelona, 1936.
- GOMEZ DE LIANO GONZALES, Fernando. “Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1998”. En: *Revista La ley*, 1989.
- GONZALES PÉREZ Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Editorial Civitas .Madrid 2001.
- GUASP, Jaime. *“Derecho procesal civil”*. Thomson Civitas. Madrid, 2003.
- GUERRA CERRON, Elena. La oposición y el doble grado en el Sistema Cautelar Nacional. En: *Gaceta jurídica*. Tomo I. julio 2013

- GUERRA CERRON, María Elena. Insuficiencia del sistema de tutela cautelar abierto. En: *estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús. “La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ”. [En línea] <<http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5347/2/NULIDAD%20PROCESAL.pdf>> (Consultado 12/12/15)
- HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Tercera Edición. Tomo X. Editorial Idemsa, Lima, 2010
- HUGO ALSINA. *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercia*. Segunda edición. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1957.
- HURTADO REYES, Martín “Fundamento del derecho procesal civil”. Primera edición. Editorial Idemsa. Lima, 2009, pp.945-946
- KIELMANOVICH, Jorge. “Medidas Cautelares”. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Comentarios al código procesal civil. Gaceta jurídica”, Lima, 2011.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Los elementos de la medida cautelar”. En: *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Presupuestos para construir una medida cautelar”. En: *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta jurídica, Lima, 2013
- LEDEZMA NARVAES, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil peruano”. Gaceta Jurídica. Lima, 2011.
- LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. “Contradicciones, laberintos y algo más”. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso Civil*. Primera Edición. Gaceta Jurídica., Lima.2010.

- LOPEZ JUNIOR, Aury C. Citado por SCARPARO, Eduardo. “Principios procesales e invalidez”. *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- MADARIAGA CONDORI, Luis. “Análisis dogmático y estratificado de los presupuestos procesales en un sistema unitario del derecho procesal civil. Juicio de procedibilidad, contra juicio de admisibilidad: hacia un proceso Oralizado eficiente y con Garantías”. Academia de la magistratura. Primer concurso nacional de ensayos jurídico. [En línea] <http://sistemas.amag.edu.pe/biblioteca3/publicaciones/libros1/contenidos/PriConc_Nac_Ensa_Juri_ver.pdf. > (consultado 12 de julio del 2015)
- MESIAS RAMIRÉZ, Carlos. “Régimen de las medidas cautelares en el régimen de los procesos constitucionales de tutela de derechos”. En: *Gaceta constitucional*. N°7.
- MITIDIERO, Daniel F “*invalidez de los actos procesales*” Traducción por RENZO CAVANI, Brain. <https://www.academia.edu/10610279/Invalidez_de_los_actos_procesales_Daniel_Mitidiero_> [En línea] (consultado 08/12/15)
- MONROY GALVEZ, Juan. “*Introducción al proceso civil*”. Tomo I. Editorial Temis, Santa fe Bogotá, 1999.
- MONROY PALACIOS, Juan. “Conversión de un medida cautelar en fase de actuación de la sentencia”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal Civil*. N°9
- MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación de una teoría cautelar*”.
- MONROY PALACIOS, Juan. “Bases para la formación dela tutela cautelar”. Comunidad, Lima, 2002.
- MONROY PALACIOS, Juan. “*Bases para la formación dela tutela cautelar*”. Editorial Comunidad, Lima, 2002.
- MONROY PALACIOS, Juan. “Una interpretación errónea: a mayor verosimilitud menor caución y viceversa”. En: *Revista Peruana de Derecho procesal*. 2005. Vol. VIII.

- MONROY PALACIOS, Juan. Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. En: *revista oficial del poder judicial*. 2007. Vol. I. [En línea] <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c77c658043eb7b61a649e74684c6236a/13.+Doctrina+Nacional+Juristas+Juan+Jos%C3%A9+Monroy+Palacios.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c77c658043eb7b61a649e74684c6236a>> (consultado 15/08/15)
- ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Derecho procesal civil*”. Segunda edición. Aranzandi, Navarra 2005.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil. Décima edición. Editorial Aranzadi, Navarra, Madrid, 2010.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; MONTERO AROCA, Juan., GÓMEZ COLOMER, Juan. “*Derecho Jurisdiccional*”. Segunda edición. Vol. I, Barcelona, 1989.
- ORTIZ PRADILLO, Juan. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Primera edición. Iustell, Madrid. 2006.
- PALACIO LINO, Enrique. “*Manual de derecho procesal civil*”. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004.
- PRIORI POSADA, Giovanni F. “*La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*”. ARA, Lima, 2006
- PROTO PISANI, Andrea. La tutela sumaria en general. En: “*La tutela jurisdiccional*”. Traducido por PRIORI POSADA, Giovanni f. Editorial Palestra. Lima.2014.
- PROTO PISANI, Andrea. La tutela sumaria en general. En: “*La tutela jurisdiccional*”. Traducido por PRIORI POSADA, Giovanni f. Editorial Palestra. Lima.2014.
- PROTO PISANI, Andrea. La tutela sumaria en general. En: “*La tutela jurisdiccional*”. Traducido por PRIORI POSADA, Giovanni f. Editorial Palestra. Lima.2014.

- 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, Lima, 2011.
- RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas Cautelares*. Editorial Atelier, Barcelona, 2006.
- RENZO CAVANI, Brain. “La ineficacia en el proceso civil peruano”. *Estudio sobre la nulidad procesal. Gaceta Jurídica*, Lima, 2010..
- RENZO CAVANI, Brain. “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal”. En: *Manual del código procesal civil*. Primera edición. Gaceta jurídica, Lima, 2011.
- RENZO CAVANI, Brain. Ejecución inmediata de la sentencia. Algunas precisiones conceptuales. *Dialogo con la jurisprudencia*. N°123.
- ROCCO, Ugo.” *Derecho procesal civil*”. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
- RODRIGO DOMINGUEZ, Elvito. *Manual de derecho procesal civil*. Tercera edición .Editorial Grijley, Lima, 199.
- TICONA POSTIGO. Víctor. “*El derecho al debido proceso en el proceso civil*” Segunda edición. Editorial Grijel, Lima, 2009.
- VERAMENDI FLORES ERICK. Restricción a la tutela judicial efectiva. Estudio sobre las medidas cautelares. *Gaceta jurídica*. Primera edición. Lima 2010.
- VERAMENDI FLORES, Erick. “La razonabilidad como nuevo presupuesto de la medida cautelar”. En: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera Edición. Gaceta jurídica. Lima, 2017.
- VILELA CARBAJAL, Karla. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Año 8, N° 8, Editorial Grandéz Gráficos, Lima, 2007.

VILELA CARBAJAL, Karla. “Medida ejecutiva”. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Vol.11, 2003.

VILELA CARVAJAL, Karla. “La competencia civil reciente modificaciones legislativas”. En: *Actualidad jurídica*. Vol.7, Lima 2015.

VILELA CARVAJAL, Karla. “*Nulidades procesales y sentencia firme*”. Primera edición. Palestra editores, Lima, 2007.