

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA OPOSICIÓN CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO
REQUISITO PARA POSTULAR APELACIÓN EN LOS
PROCESOS CIVILES Y CONSTITUCIONALES”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

AUTOR:

Br. Gilmer Alarcón Fernández

ASESOR:

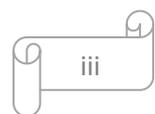
Dr. Francisco Javier Mauricio Juárez

Trujillo, Perú

2015

DEDICATORIA

“Dedico el presente trabajo a mis padres por su apoyo constante, a lo largo de estos años”



AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Privada Antenor Orrego, al asesor de la Tesis y a todos los docentes que compartieron con esmero su experiencia en el campo del Derecho hasta alcanzar mi sueño anhelado.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

De mi consideración:

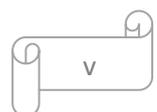
Dando cumplimiento a las disposiciones vigentes previsto en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, presento ante ustedes el siguiente trabajo de investigación denominado *“LA OPOSICIÓN CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO REQUISITO PARA POSTULAR APELACIÓN EN LOS PROCESOS CIVILES Y CONSTITUCIONALES”*.

La finalidad de La presente investigación es dar un aporte a la comunidad jurídica, y del mismo modo que servirá como requisito que exige la UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO, para obtener el título profesional de abogado.

Agradezco la oportunidad para testimoniarles los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

GILMER ALARCÓN FERNÁNDEZ
Bachiller en Derecho y CC. PP
Universidad Privada Antenor Orrego



RESUMEN

El desarrollo del presente trabajo de investigación titulado “La oposición contra las medidas cautelares como requisito para postular apelación en los procesos civiles y constitucionales”, tiene como objetivo general *Determinar* si procede interponer recurso de apelación contra la resolución que concede una medida cautelar sin haber interpuesto previamente oposición.

Con esta investigación, se analizó el trámite de las medidas cautelares, basado en la modificatoria del artículo 637° del código procesal civil, en una comparación con el artículo 15 del código procesal constitucional, en el cual no hace mención a la oposición, es así que se desarrollaron los pasos pertinentes que comprenden a la metodología de investigación científica.

Los temas abordados de las medidas cautelares, es su definición, finalidad, presupuestos, características y su clasificación, como es: Medida cautelar para futura ejecución forzada, como son el embargo, el secuestro, medidas cautelares temporales sobre el fondo, medidas cautelares innovativas y las medidas cautelares no innovativas. Seguidamente se a desarrollado las medidas cautelares en los procesos constitucionales como es el procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento.

Finalmente se a desarrollado las definiciones de los medios impugnatorios como es la oposición, la apelación y su interpretación por diferentes autores referido a la reforma del artículo 637° del código procesal civil Peruano.

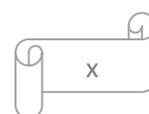
TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN	v
RESUMEN	vi
TABLA DE CONTENIDO	vii
INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO I	2
FUNDAMENTOS DEL TRABAJO	2
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
2. Formulación del problema	3
3. Hipótesis	3
4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS	3
4.1. Objetivo general	3
4.2. Objetivo específico	3
5. JUSTIFICACIÓN	4
TÍTULO II	5
ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO	5
CAPÍTULO I:	7
MEDIDAS CAUTELARES	7
1. Definición de medidas cautelares	7
2. Finalidad de medidas cautelares	8
3. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	9
3.1. La apariencia del Derecho invocado	9
3.2. Peligro en la demora o periculum mora	10
3.3. Razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión	12
3.4. Contracautela	12
3.4.1. Concepto	12
3.4.2. Naturaleza	13
3.4.3. Fundamento	14
3.4.4. Admisión de la contracautela	14
4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	15
4.1. Prejuzgamiento	15

4.2. Provisoria.....	16
4.3. Jurisdiccionalidad.....	17
4.4. Instrumentalidad.....	18
4.5. Variabilidad.....	20
5. Tramitación.....	21
5.1. Concepto.....	21
6. Variación de la medida cautelar.....	24
CAPITULO II.....	25
CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	25
1. Medida cautelar Genérica.....	25
2. Medidas cautelares específicas.....	25
2.1. Medida cautelar para futura ejecución forzada.....	26
2.2. El Embargo.....	26
2.2.1. Concepto.....	26
2.3. Clases de Embargo.....	27
2.3.1. Embargo en forma de depósito y secuestro.....	27
2.3.2. Embargo en forma de inscripción.....	28
2.3.3. Embargo de inmueble no inscrito.....	29
2.3.4. Embargo en forma de retención.....	29
2.3.5. Embargo en forma de intervención en recaudación.....	30
2.3.6. Embargo en forma de intervención en información.....	31
2.3.7. Embargo en forma de administración de bienes.....	31
2.4. El secuestro.....	32
2.4.1. Concepto.....	32
2.4.2. Clases.....	33
2.4.2.1. Secuestro Judicial.....	33
2.4.2.2. Secuestro conservativo.....	34
2.5. Medidas cautelares temporales sobre el fondo.....	35
2.5.1. Concepto.....	35
2.5.2. Asignación anticipada de alimentos.....	36
2.5.3. Asuntos de familia e interés de los menores.....	36
2.5.4. Administración de bienes.....	37
2.5.5. Desalojo.....	37
2.6. Medidas cautelares innovativas.....	38
2.6.1. Definición.....	38
2.7. Medidas cautelares no innovativas.....	39

2.7.1. Definición	39
CAPITULO III	41
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	41
1. ACCIÓN DE AMPARO	42
1.1. Aspectos conceptuales	42
1.2. Características	44
1.2.1. Es una acción de garantía constitucional	44
1.2.2. Es de Naturaleza Procesal	44
1.2.3. Es de Procedimiento Sumario	44
1.2.4. Defiende los Derechos Constitucionales, a excepción de la libertad Personal y los Derechos informáticos	44
1.3. Competencia	45
1.4. Plazo de interposición de la demanda	45
2. HÁBEAS DATA	45
2.1. Definición	45
2.2. Características	46
2.2.1. Es una acción de garantía Constitucional	46
2.2.2. Es de Naturaleza Procesal	46
2.2.3. Es de procedimiento Sumario	46
2.2.4. Defiende Derechos Constitucionales informáticos	47
3. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO	47
3.1. Definición	47
3.2. Objeto	47
3.3. Naturaleza	48
3.4. Características	48
3.4.1. Es una acción de garantía Constitucional	48
3.4.2. Es de Naturaleza Procesal	49
3.4.3. Es de procedimiento sumario	49
3.4.4. Sirva para cumplir la ley o las disposiciones Administrativas	49
CAPITULO IV	49
LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS	49
1. Concepto	49
2. Finalidad	50
3. Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil Peruano	50
4. LA OPOSICIÓN	50
4.1. Definición	50

4.2. En qué momento se notifica la resolución cautelar	51
4.3. La Oposición del afectado en el trámite de la medida cautelar	52
5. LA APELACIÓN	52
5.1. Concepto	52
6. APELACIÓN U OPOSICIÓN	53
TÍTULO III	54
METODOLOGÍA	54
1. Material	54
2. Tipo de investigación	54
3. Método	55
3.1. Métodos Jurídicos	55
4. Técnicas e instrumentos de investigación	56
TÍTULO IV	56
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	56
SUBTÍTULO I: RESULTADOS	56
SUBTÍTULO II: DISCUSIÓN	58
TÍTULO V	59
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	59
CONCLUSIONES	59
RECOMENDACIONES	60
<i>Bibliografía</i>	61
ANEXOS	62



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, está referido a la modificatoria realizada mediante el artículo 1° de la ley 29384 a partir del 28 de junio del año dos mil nueve, en que establece un nuevo procedimiento cautelar en lo concerniente al segundo párrafo del artículo 637 del código procesal civil.

En la modificatoria del artículo antes expuesto se refiere el que, quien solicita la medida cautelar y este es denegado, tiene la oportunidad de apelar esa resolución, en cambio el afectado con la medida cautelar tiene un plazo de cinco días para oponerse y La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. Es así que Las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico tiene una gran importancia, como instituto procesal están relacionadas como es obvio al proceso por una necesidad misma de proteger al actor de modo más eficaz y establecer la respetabilidad y majestad del poder judicial.

El propósito de las medidas cautelares es el aseguramiento y la prevención que autorizan la petición de determinada medida cautelar, puede eventualmente dar lugar a la generación de daños y al mismo tiempo perjuicios al afectado con la medida cautelar. En el código procesal constitucional peruano en su artículo 15, reconoce dos tipos de medidas cautelares: ordinarias y especiales por lo que las primeras proceden en todos los casos en los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento; mientras que las segundas proceden solo en caso de que se cuestione un acto lesivo emanado por un gobierno local o regional. Como se puede apreciar el artículo 15 del código procesal constitucional no hace mención alguna a la oposición en el trámite de las medidas cautelares.

Por lo expuesto considero que este trabajo de investigación, es una aproximación a dar una solución al problema presentado en el artículo 637 del código procesal civil, ya que la medida cautelar es de suma importancia hoy en nuestra sociedad y lo que se busca es dar una mejor alternativa de solución y de esa manera sea de gran utilidad para nuestras instituciones jurídicas.

TITULO I

FUNDAMENTOS DEL TRABAJO

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El tema a investigar está relacionado a la nueva reforma del artículo 637° del código procesal civil, mediante el artículo 1° de la ley 29384 a partir del 28 de junio del año dos mil nueve, establece un nuevo procedimiento para establecer dos circunstancias: la concesión o denegación de la medida cautelar y un régimen de impugnaciones que ahora se traduce en oposición y luego en la apelación; el problema que se ha presentado es, si una vez dictada la medida cautelar y habiéndose el afectado enterado de la medida cautelar formule primero oposición para que se le conceda apelación. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

El afectado con la medida cautelar tiene cinco días para oponerse desde el momento en que toma conocimiento de la resolución de la medida cautelar, Pero no hace mención que la resolución que concede la medida cautelar puede formularse apelación. No precisa en qué momento, el afectado toma conocimiento de la medida cautelar. Cuál sería el hecho o acto a partir del cual se computa el plazo de cinco días para formular oposición para acreditarlo con certeza. Que parámetros consideraría el juez para desestimar la oposición por extemporánea.

En tal sentido la oposición como la apelación forman parte del derecho constitucional al defensa previsto en los artículos 139.14° y 139.6° de la constitución política, por el cual no se le puede restringir el derecho a apelar condicionando a que previamente se formule oposición, porque se estaría vulnerando un derecho fundamental como es la pluralidad de instancia.

En el trámite de las medidas cautelares en los procesos constitucionales, especifica que se dictan las medidas cautelares sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Tal como lo estipula en el artículo 15 del código procesal constitucional, porque se trata de una norma especial, es así que no regula el trámite de la oposición por lo que no puede aplicarse en el caso concreto. de modo tal solo es procedente el recurso de apelación.

2. Formulación del problema

¿Procede interponer recurso de apelación contra la resolución que concede una medida cautelar sin haber interpuesto previamente oposición?

3. Hipótesis

Si Procede interponer recurso de apelación contra la resolución que concede una medida cautelar sin haber interpuesto previamente oposición.

4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

4.1. Objetivo general

Determinar si procede interponer recurso de apelación contra la resolución que concede una medida cautelar sin haber interpuesto previamente oposición.

4.2. Objetivo específico

- Determinar las dificultades que se producen al admitir el recurso de apelación de una medida cautelar, sin la previa oposición.
- Interpretar el fundamento de la oposición previo al recurso de apelación.
- Explicar si debe notificarse las resoluciones que conceden las medidas cautelares, antes que sean ejecutadas.
- Especificar la razonabilidad del plazo para formular oposición frente al recurso de apelación en las medidas cautelares.
- Analizar el trámite de las medidas cautelares en los procesos civiles y constitucionales.

5. JUSTIFICACIÓN

✓ **Jurídica.**

La justificación de la presente tesis, se sustenta principalmente en la gran importancia que tiene las medidas cautelares en nuestro país, y en relación a eso es el interés que tengo en dar una alternativa de solución al problema que se ha presentado en las medidas cautelares en los procesos civiles y constitucionales, como es en el artículo 637 del código procesal civil, cuando se concede una medida cautelar donde pone en duda si al afectado se le faculta presentar apelación sin haber interpuesto previamente oposición.

✓ **Social.**

Con el presente proyecto nos va a permitir determinar que, en cualquier sociedad moderna y civilizada, como la nuestra se necesita de instituciones más eficaces para que de esa manera se respete los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, del mismo modo Será de beneficio para la sociedad ya que con este trabajo lo que se busca es brindar una solución al problema producido en las medidas cautelares civiles y constitucionales.

✓ **Práctico.**

En la presente investigación se tendrá gran utilidad para los operadores del derecho y el uso aplicativo de la administración de justicia conllevará a la investigación que motive la atención de quienes tienen la iniciativa legislativa y toma de decisiones.

TÍTULO II
ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO
SUBTÍTULO I: ANTECEDENTES

En la siguiente búsqueda referido a medidas cautelares se encontró a las siguientes tesis.

✓ **ANTECEDENTE NACIONAL**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

TITULO: “Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil Peruano”

Autor: Carlos Antonio Pérez Ríos

Año 2010

- **Formulación del problema**
- **Problema principal**

¿Las instituciones y doctrina que sustentan la tutela cautelar, han alcanzado un alto grado de desarrollo y consolidación en el ámbito jurídico nacional?

- **Objetivo general**

Estudiar y determinar desde una perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial cual es el grado de desarrollo alcanzado por la tutela cautelar civil.

- **Conclusiones y recomendaciones**

Por razones de seguridad jurídica resulta necesario modificar el texto actual del artículo 637 del código procesal civil respecto a la tramitación de las medidas cautelares, específicamente sobre la oportunidad de la notificación de la resolución cautelar. El texto vigente no precisa el momento ni el acto procesal en el cual debe producirse la notificación de la resolución cautelar únicamente se limita a posibilitar la oposición del afectado contra aquella señalando el plazo de cinco días para su interposición. Recomendamos por esta razón la inmediata modificación del texto en mención

incorporando la notificación de la decisión cautelar al afectado sin interferir ni perturbar la ejecución o cumplimiento de la misma.

✓ ANTECEDENTE INTERNACIONAL

Autor: Lorenzo Mateo Bujosa Vadell

Universidad de Salamanca

ESPAÑA: 2009

Título: medidas cautelares en el proceso de derechos de autor

• Conclusiones

En ocasiones es necesario que se adopten medidas cautelares sin oír a la parte afectada, siendo necesario que se ejecuten por sorpresa, llegando de improviso y en un momento inesperado. Esto se debe a que una vez que los infractores de los derechos de autor son notificados con la medida cautelar, éstos realizan una serie de actividades destinadas a impedir o volver ineficaz su ejecución. La adopción inaudita parte no afecta el derecho de defensa del afectado, quien podrá oponerse a posteriori, es decir que no existe inconstitucionalidad, puesto que no se elimina el derecho de defensa, sino que simplemente éste se posterga a una etapa posterior a la ejecución de la cautela.

✓ En la práctica, se ha comprobado que la admisión de las medidas cautelares previas al inicio del proceso, ha comportado posteriormente y de manera frecuente, la no presentación de la demanda, ello se debe no a la consideración de que las cautelas actúan como medidas ejecutivas; sino que la ejecución de la medida origina una transacción entre las partes.

SUBTÍTULO II
MARCO TEÓRICO
CAPÍTULO I:
MEDIDAS CAUTELARES

1. Definición de medidas cautelares

PELÁEZ, La define a las medidas cautelares, como aquellas decisiones adoptadas preliminarmente por el juzgador, antes o dentro de un proceso, a petición de parte o de oficio, con el objeto de garantizar que la sentencia que recaiga finalmente en dicho proceso sea eficaz y oportuna. (Peláez, 2007)

El autor nacional JUAN MONROY GÁLVEZ, conceptúa a la medida cautelar del siguiente modo: “es el instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional a pedido de parte asegura el cumplimiento del fallo definitivo sea adelantado algunos efectos de ésta posibilidad que implica modificar la situación material existente al momento de la petición u ordenado se mantenga inalterable la situación fáctica presente al inicio del proceso. (Monroy, 2004)

Según BACRE citado por LEDESMA, Las llamadas medidas cautelares constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el peticionante que ha demostrado prima facie que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posible actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar la contraparte, y que, previa garantía de una contracautela, pueden ser decretadas por el juez inaudita parte y con la discrecionalidad que considere, conforme las circunstancias del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, haciendo cosa juzgada formal lo allí dispuesto, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes (fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en el decisorio de dicho proceso principal (fin mediato). (Ledesma, 2013)

por otra parte HINOSTROZA explica que, La medida cautelar denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano

jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis u otra razón justificable traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho. (Hinostroza, 2011)

para VENTURINI, citado por HINOSTROZA, Lo define a las medidas preventivas como aquel "...conjunto de providencias cautelares emanadas judicialmente, a petición de parte o de oficio, por medio de las cuales se efectúa la prevención o aseguramiento procesales con carácter provisorio sobre bienes o personas para garantizar los resultados de un juicio. (Hinostroza, 2011)

Se llega a la conclusión, que las medidas cautelares es el mecanismo jurídico por el cual la parte interesada puede proteger su derecho, en forma anticipada, para así garantizar su cumplimiento práctico en la sentencia futura.

2. Finalidad de medidas cautelares

Según MORETTI citado por HINOSTROZA la explica en que "La medida cautelar tiene por finalidad evitar o precaver un daño específico: el que resultará necesariamente de la demora en obtener una providencia definitiva a través del largo desarrollo de un procedimiento ordinario. (Hinostroza, 2011)

HINOSTROZA explica que, La medida cautelar tiene por finalidad darle en lo posible al solicitante de la misma la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que, su pretensión va a ser amparada de modo efectivo. (Hinostroza, 2011)

MONROY, citado por RIOJA, explica que, La medida cautelar cuenta con dos finalidades una concreta y otra abstracta, la primera permite al titular de una pretensión solicitarle al juez admita los actos procesales que aseguren el cumplimiento efectivo del fallo definitivo y la segunda el prestigio y la confianza que pueda tener el usuario respecto del órgano jurisdiccional supeditados al grado de confianza y seguridad que se otorgue. (Rioja, 2007)

Por otra parte, EUGENIA ARIANO, citado por RIOJA, explica que "La finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada sólo a asegurar la eficacia de una forma de tutela

jurisdiccional (de la condena y subsiguiente ejecución) o, en general, a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación cautelar. La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso- instrumento de tutela. (Rioja, 2007)

PELAEZ, explica que, la finalidad y objeto es igualmente evitar que se tomen ilusorios los derechos del accionante, ante la posibilidad cierta de que se dicte una sentencia de imposible ejecución, pues ante un no aseguramiento preliminar y preventivo, el obligado, en tanto dure la secuela del proceso, puede poner perfectamente a buen recaudo su patrimonio. (Peláez, 2007)

Finalmente se puede concluir que las medidas cautelares son aquellas que están destinadas a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia y de esa manera asegurar un fallo favorable al quien lo solicita la medida cautelar.

3. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

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

3.1. La apariencia del Derecho invocado

En este presupuesto explica MONROY, que el peticionante de la medida debe persuadir inicialmente al juzgador que su pretensión contenida en la demanda o la situación al momento de pedir es favorable si el proceso está iniciado o tiene señal o visto de ser amparada al final de éste. Es decir, al pedir la medida cautelar debe persuadirse al juzgador con hechos verosímiles que es conveniente asegurar con medida cautelar el fallo que va a ser favorable. (Monroy, 2004)

Para PIERO CALAMENDREI, define de la siguiente manera, quien solicita la medida cautelar, finalmente, obtendrá un resultado favorable en el proceso. Es decir, no se exige que el juzgador tenga certeza respecto del resultado del proceso al momento de conceder la medida cautelar, puesto que ello exigiría un intenso análisis de los argumentos de las partes y de las pruebas presentadas al proceso, lo cual debe ser reservado para el proceso principal. En tal sentido, la verosimilitud conocida también como *fumus boni iuris* (o apariencia de buen derecho), no apunta a que el juez adelante opinión sobre el resultado del proceso, de ahí que Calamendrei grafique esta situación de la siguiente manera. "Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca

verosímil sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. (Jurídica, 2008)

Por otra parte explica PELAEZ, que la medida cautelar se concede al demandante o actor porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente “prima facie”, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental. (Peláez, 2007)

El juez debe realizar un juicio de apariencia de verdad (verosimilitud) sobre lo que se reclama en sede constitucional, lo que no quiere decir que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). No se trata de ofrecer pruebas irrefutables sobre la existencia del derecho invocado, sino que se debe acompañar los documentos necesarios que generen en el juez “apariencia razonable” de que la demanda – muy probablemente- será declarada fundada. (Jurídica, 2008)

Para REDENTI, citado por HINOSTROZA dice que, un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero. La certeza del mismo se configurará cuando se adquiere convicción de su existencia. Ahora bien, para decidir la litis es indispensable que el juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa. Es por ello que la actividad probatoria si las partes tendrá por finalidad formarle tal convicción al juez. Sin embargo, tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que se funda su pretensión principal. (Hinostroza, 2011)

En conclusión, La apariencia de buen Derecho consiste en la presunción de que existe fundamento legal para emitir una medida cautelar, por lo que implica un conocimiento preliminar del juzgador con el objeto de resolver acerca de la probable existencia del derecho discutido.

3.2. Peligro en la demora o periculum mora

PIERO CALAMENDREI citado por RIOJA, acota que “no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro de ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de

la resolución definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. (Rioja, 2007)

De otro modo explica, JUAN MONROY, Alude a la amenaza que se genera contra la eficacia del proceso como consecuencia del transcurso del tiempo. Así se parte del entendido que la duración del proceso judicial podría llegar a ser tan extenso que la sentencia final terminaría perdiendo toda efectividad, por ello: "el periculum in mora está destinado, específicamente proteger que lo pedido al momento de demandar. (Petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundado la demanda. (Jurídica, 2008)

PRIORI POSADA señala que, a efectos de que se configure este presupuesto, será necesario: a) que el riesgo del daño jurídico sea causado por la demora del proceso, y que el daño jurídico sea inminente. (Jurídica, 2008)

PELÁEZ señala que, Es uno de los presupuestos que deben concurrir para decretar una medida cautelar que debe ser apreciada con relación a la urgencia en obtener protección especial, ante el posible daño que puede significar esperar al dictado de sentencia en el expediente principal. (Peláez, 2007)

HENRIQUEZ LA ROCHE, citado por HINOSTROZA, explica que la medida preventiva está revestida de un carácter de urgencia; la urgencia se debe a la existencia de un peligro actual, el que, a su vez, está constituido por los elementos, objetivo y subjetivo, respectivamente; a saber: la insoslayable tardanza de la decisión, que no puede ser antepuesta al conocimiento, y la posibilidad de que en ese lapso de espera de la decisión, una de las partes, actuando de buena o mala fe, enajene la cosa en cuestión o trasponga sus bienes y resulte ilusoria la decisión futura dictada en su contra. (Hinostroza, 2011)

ARGÚELLO LANDAETA, citado por HINOSTROZA explica que, es el temor razonable de que durante el desarrollo del proceso se pueda alterar la situación controvertida por el deudor, causándose un daño jurídico. Es decir, en la tutela cautelar el peligro razonable se centra en que el derecho puede ser violado como consecuencia de la duración del proceso jurisdiccional. (Hinostroza, 2011)

Según RAMOS MÉNDEZ, con toda razón, que el periculum in mora constituye "el fundamento de la tutela cautelar", (Ariano, 2014)

Este presupuesto se refiere al peligro que, por el tiempo que demora el proceso, se pueda producir un "daño constitucional" si la medida cautelar no fuera concedida, de

modo que suceda que la sentencia adoptada al final del proceso carezca de efectividad. (Jurídica, 2008)

Es así que en este presupuesto es lo que en realidad sustenta la finalidad y función de la medida cautelar, lo que justifica que, sin contar con certeza del derecho en que se a invocado, se proceda a modificar la esfera jurídica por la contraparte. Por tal motivo el organo jurisdiccional debe considerar que, de no actuar, existen probalidades de que nunca más pueda hacerlo.

3.3. Razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión

Para HINOSTROZA, La medida cautelar que se solicite no debe estar dirigida a causar perjuicios a la contraparte de un modo desproporcionado, abusivo o innecesario, sino que debe estar orientada, estrictamente, a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. (Hinostroza, 2011)

Por otra parte PELÁEZ explica que, Así como la medida cautelar constituye una ventaja para el demandante, quien a través de la medida obtiene un adelanto de la ejecución, este presupuesto supone que también como contraparte, el ejecutado obtenga una garantía que lo ponga a salvo de posibles abusos y que se asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa. (Peláez, 2007)

Manuel Estuardo Luján Túpez, citando a Manuel Atienza Rodríguez, señala que la razonabilidad es la capacidad de encontrar una respuesta, dentro de un conflicto jurídico que sea capaz de producir una resolución que mantenga la paz social y armonía que existía entre las partes que litigan antes de encontrarse en conflicto. (Ledesma, 2013)

3.4. Contracautela

3.4.1. Concepto

Según ARMANDO, Es la garantía que por disposición del juez debe otorgar quien requirió una medida cautelar, como presupuesto para la efectivización de la misma. Tiene por objeto asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle la traba. (Armando, 2005)

CHIOVENDA, citado por Hinostroza, expresa al respecto que “para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien

en virtud de una medida preventiva, ésta puede ser ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza. (Hinostroza, 2011)

HINOSTROZA explica que, Siendo la medida cautelar reservada, lo que implica la suspensión de los principios de bilateralidad y contradicción, no permitiéndose al afectado con ella apersonarse al procedimiento hasta tanto no se dicte tal medida (y, lo que es peor, sin que su oposición dé lugar a la suspensión de la ejecución de la ejecución de la medida), no es difícil imaginar que aquél puede sufrir injustamente daños y el peticionario de la medida (lo que puede ocurrir con frecuencia, si se tiene en cuenta que la solicitud de cautela se sustenta en un derecho aparente, suficiente para ordenar su admisión). Es por ello que el afectado ilegitimamente con la medida requiere también ser cautelado. (Hinostroza, 2011)

RONALD ARAZI, citado por Peláez, se refiere al respecto de la contracautela que esta se funda en el principio de igualdad, en razón de que persigue el equilibrio entre las partes; por un lado, se autoriza al peticionario a asegurar un derecho aún no reconocido judicialmente, pero por otro se garantiza a este la efectividad del resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiere ocasionarle, si aquel derecho no existiera. (Peláez, 2007)

MARIANELLA explica que, La contracautela responde al principio de igualdad ya que viene a contrarrestar la ausencia de la contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar. La determinación del tipo y del monto de la contracautela se halla librada al criterio judicial. Como señala el artículo 613 del CPC. “la admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla, incluso, cambiarla por la que considere pertinente. (Ledesma, 2008)

Finalmente se puede dar un concepto de la contracautela como un requisito de la medida cautelar que se encuentra previsto en el artículo 610 inciso 4 del código procesal civil, en lo que se denomina fianza o caución judicial.

3.4.2. Naturaleza

CALAMENDREI, citado por Armando Rivas, la Naturaleza jurídica cautelar de la contracautela, ya que con ella “se asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria. (Armando, 2005)

HINOSTROZA, define que, La contracautela es un presupuesto de admisibilidad de una medida cautelar: su omisión traerá como consecuencia la improcedencia de la solicitud precautoria. Tiene, además, carácter patrimonial, no concibiéndose contracautela alguna que carezca de contenido económico. (Hinostroza, 2011)

TOME PAULE citado por Hinostroza, anota sobre las cauciones que “La naturaleza de estos medios es, verdaderamente impositiva, ya que las cauciones o bien vienen impuestas de una manera general por la ley, o bien se imponen por la voluntad del juez, voluntad amparada en un precepto legal que expresamente conceda esta facultad. (Hinostroza, 2011)

3.4.3. Fundamento

ANGELES JOVE, citado por Hinostroza explica que, La concesión de una medida cautelar coloca en una situación privilegiada a quien la solicitó o pretendió, y en contrapartida a ese desequilibrio provocado se debe exigir la constitución de una fianza, para que de algún modo, aunque sea sólo formalmente, se restablezca el statu quo existente en un principio entre las partes. (Hinostroza, 2011)

MORETTI citado por Hinostroza, añade que la contracautela es requerida, en atención a un probable pronunciamiento desfavorable, para el caso que resulte haber perdido el embargo sin derecho. La caución es así un medio que se exige para asegurar la reparación del daño de la injusticia de la medida cautelar, o debe otorgarse en vista del peligro del daño derivado del pronunciamiento definitivo desfavorable, para asegurar su ejecución. (Hinostroza, 2011)

En conclusión la contracautela se funda en el principio de igualdad entre las partes y en la necesidad de asegurarle al afectado el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios que puede ocasionar la ejecución de una medida cautelar cuya pretensión que garantiza resulta ser al final infundada, lo cual da por cierto que aquélla fue innecesaria o maliciosa.

3.4.4. Admisión de la contracautela

La admisión de la contracautela es decidida por el magistrado en cuanto a su naturaleza y monto, teniendo la potestad para aceptar la propuesta por el peticionante, graduar su monto e, inclusive, cambiarla por la que estime idónea para garantizar los eventuales daños que pueda acarrear la ejecución de la medida cautelar. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 613 del código procesal civil. Naturalmente, la facultad

discrecional del juez con relación a circunstancias como la condición económica del solicitante, la mayor o menor consistencia del derecho que se quiere cautelar, la naturaleza de éste, entre otras. Además, teniendo en cuenta que la apariencia del derecho puede devenir en menos probable o adquirir visos de certeza (según lo que se desprenda de su apreciación en el proceso principal), nada impide que el juzgador exija el incremento de la contracautela o su reducción, según el caso. (Hinostroza, 2011)

4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1. Prejuzgamiento

Para MARIANELLA LEDESMA, esta característica, Importa un prejuzgamiento porque anticipa opinión, pero no obliga a resolver al juez en la decisión final en atención a la medida dictada con antelación. El juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada. Si bien se obtuvo la medida cautelar, ella puede ser alterada por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que se hubiese antes de ella. (Ledesma, 2008)

Por otra parte RIOJA explica que, Toda resolución que concede una medida cautelar importa un prejuzgamiento, la superficialidad de la cognición judicial configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, pues no existe un juicio de certeza, sino de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho delegado o discutido en el proceso principal. (Rioja, 2007)

Para ALFARO, Toda concesión de una medida cautelar, implica una anticipación de la opinión del juez (quien está prejuiciado) sobre lo que va a resolver después de recorrido todo el proceso en la sentencia (es decir, el juez por la apariencia del derecho se siente persuadido para otorgar dicha medida cautelar. (Alfaro, 2009)

Para CARRION consiste en que, Cuando se dicta una medida cautelar, el juez, en cierta forma se adelanta a la decisión que debe emitir al final del proceso, anticipa su decisión que debe dictar al resolver la causa, en base naturalmente a la fundamentación del petitorio y a las pruebas aportadas que hacen vislumbrar la probabilidad del derecho invocado por el solicitante. (Carrión, 2009)

PELAEZ, para dictar la medida cautelar el juez no necesita prejujgar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal, si es necesario persuadirse que el derecho (pretensión principal), respecto del cual se pide cautela, es verosímil; vale decir que el juzgador a través de una “cognición sumaria” y de

un calculo de probabilidades, debe valorar convenientemente la existencia del derecho invocado y persuadido de ello, conceder la cautela solicitada. (Peláez, 2007)

4.2. Provisoria

Para MARIA LEDESMA, esta característica se basa en que, tiene una duración limitada a diferencia del proceso y porque está relacionada con el fallo definitivo. Lo provisorio de la medida justifica que esta desaparezca sea por sentencia o sin ella. (Ledesma, 2008)

TARAMONA, define que, Una medida cautelar tiene este rasgo en el sentido de tener una duración limitada en comparación con el proceso en que se ha expedido. Más aún su provisionalidad está directamente relacionada con el fallo definitivo. (Taramona, 1998)

MONROY GÁLVEZ, citado por Martel sostiene que “esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entendemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. (Martel, 2003)

SILVIA BARONA VILAR, citado por Martel afirma que mas medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas , por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas. (Martel, 2003)

Según CARRIÓN, Son provisionales en el sentido de que mantienen su vigencia en tanto subsistan las condiciones y los presupuestos que la generaron, pues, como se ha anotado, si por alguna circunstancia desaparecen esas condicones o presupuestos, la medida precautoria dictada y ejecutada deja de existir de pleno derecho, queda cancelada dice el código procesal civil.(art)630° del código procesal civil. (Carrión, 2009)

PELÁEZ, el carácter provisorio de la medida cautelar no supone de modo alguno apartarse del principio de preclusión, referido a la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales dentro de los términos de ley. Es provisorio en tanto y

en cuanto no se altere o modifique la situación que la generó. Ello no supone que la decisión cautelar no pueda ser susceptible de reexamen por estar consentida o ejecutoriada en razón de que no es aplicable a ella el principio de cosa juzgada y el de preclusión en resumen la medida cautelar, justamente por ser también provisoria, puede modificarse en todo tiempo e incluso puede ser sustituida o suspendida, pero siempre y cuando hayan cambiado las circunstancias condicionantes que determinaron oportunamente su otorgamiento. (Peláez, 2007)

4.3. Jurisdiccionalidad

Para MARIANELLA LEDESMA, Es jurisdiccional porque emana de una decisión judicial y porque busca asegurar la paz social a través de la eficacia de la sentencia. (Ledesma, 2008)

Para ARMANDO, Las medidas cautelares referidas son de naturaleza procesal y por ende jurisdiccional. En efecto no pueden ser consideradas resultantes de la actividad administrativa de los tribunales, por la circunstancia de establecerse inaudita parte, como luego veremos. Se vinculan con el conflicto a resolver por la justicia, y como se verá, no juegan sino al servicio de la expresión jurisdiccional máxima: la sentencia que resuelve acerca de la pretensión principal. (Armando, 2005)

Según PELÁEZ, explica a las medidas cautelares que, son de naturaleza procesal y, por ello mismo, de naturaleza jurisdiccional. No obedecen ni pueden tener su origen en la actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales. se originan y/o generan en el proceso, sin perjuicio de poderse dictar, ante un requerimiento cautelar, con anterioridad a dicho proceso, pero en ese caso condicionadas a la iniciación de éste, dentro de los diez días posteriores a la ejecución de la medida. (Peláez, 2007)

MORETTI, citado por Hinostroza explica que, la medida cautelar se caracteriza por su jurisdiccionalidad, porque emerge de una resolución dictada por el órgano judicial. Es, pues, un acto jurídico procesal del juez, quien expide su decisión cautelar a solicitud de parte. (Hinostroza, 2011)

HINOSTROZA define que, la medida cautelar implica, además, que el juzgador tiene la potestad o autoridad para asegurar su mandato final, anticipando todos o determinados efectos de la sentencia a dictarse en el proceso. Ello es entendible si se tiene presente que nunca se encuentra desligada de la jurisdicción el imperio (el poder del juez para materializar sus decisiones y hacer efectivo el derecho), porque de ser así, las resoluciones judiciales carecerían de ejecutabilidad. Se dice, entonces, que la medida

cautelar es jurisdiccional, porque se adelanta ciertos efectos del fallo (lo que representa en esencia una tutela mediata) con lo que se garantiza la aplicación material del derecho proclamado en él. (Hinostroza, 2011)

Para MONROY, Lo explica que solo existe como consecuencia de una decisión judicial. Asimismo, es instrumental, ya que se encuentra total y absolutamente subordinada al fallo definitivo. En cualquier caso su presencia sólo se justifica por lo que significa dicho fallo. (Monroy, 2004)

4.4. Instrumentalidad

Con esta característica alude en que su objeto será facilitar los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

PIERO CALAMENDREI, citado por MONROY PALACIOS, explica que: “La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una Instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento. (Martel, 2003)

Para ARMANDO, La Instrumentalidad se computa considerando la relación existente entre aquellos y la solución a adoptarse con respecto al derecho material exigido en el fallo definitivo; de tal manera, sirven básicamente, para asegurar la eficacia del fallo si este fuese favorable a quien lo obtuvo. (Armando, 2005)

Por otra parte LEDESMA, considera a esta característica como, El carácter instrumental de la medida recae en que nace al servicio del proceso definitivo. Está siempre subordinada a un fallo definitivo, aun cuando proceda el proceso. Se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia práctica de la sentencia. (Ledesma, 2008)

De otra manera explica RIOJA, Esta característica por cuanto no tienen fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen, y, a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Las medidas cautelares carecen de autonomía pues se encuentran vinculadas a un proceso principal al que se encuentran relacionadas pues se son útiles para garantizar la efectividad de los resultados del proceso. (Rioja, 2007)

La medida cautelar se decreta siempre a base de documentos que deben presentarse en autos para acreditar el derecho invocado que se trata de proteger mediante la medida cautelar. (Taramona, 1998)

Según PALACIO, citado por Hinostroza, “El proceso cautelar carece, en rigor, de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de instrumentalidad o subsidiaridad. Por ello se ha dicho que la tutela cautelar resulta configurada, con respecto a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz cumplimiento de ésta, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto”. (Hinostroza, 2011)

CARRION, define que, Las medidas cautelares sirven de instrumentales procesales, mediante las cuales se afectan generalmente bienes y derechos del obligado, por el propósito de garantizar el cumplimiento de la decisión final que se dicte en el proceso. (Carrión, 2009)

ARGÚELLO LANDATA, citado por Hinostroza explica que, La instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal. (Hinostroza, 2011)

El artículo 608 del código procesal civil plasma el concepto de Instrumentalidad al disponer que “todo juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste para asegurar el cumplimiento en la decisión definitiva “de modo directo y específico.

El Artículo 112° considera a la instrumentalidad como una de las características de aquellas: Toda medida cautelar importa un prejuizgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

La cancelación de pleno derecho, de las medidas cautelares, si la sentencia de primera instancia desestima la demanda es otra evidencia del carácter instrumental de aquellas (Art.630° del CPC)

En conclusión, el fallo definitivo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

4.5. Variabilidad

Se encuentra regulada en el artículo 617° del código procesal civil en los siguientes términos.

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

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

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

MARTEL explica que, con esta característica queda establecida que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, supuestos que, por lo demás, son considerados por el código procesal civil en el artículo 617°. Nótese que en todos los casos será el juez quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley procesal confiere a éste, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar, y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida. (Martel, 2003)

PELAEZ, Lo define de la siguiente manera en que, está referida a la variedad de modalidades al ejecutarse, atendiendo a la naturaleza del bien objeto de ejecución, y que el demandante puede disponer o solicitar con la presentación de la medida cautelar. Esta característica no solo está referida a que la medida puede ser variada en su modalidad, sino también a la oportunidad de su presentación, toda vez que la medida cautelar se puede presentar antes (medida cautelar anticipada), durante (medida cautelar dentro del proceso) y después de resuelto el proceso principal (en vía de ejecución de sentencia. (Peláez, 2007)

CALAMENDREI, citado por Taramona, explica a esta característica de la siguiente manera: “ también las providencias cautelares se pueden considerar como emanadas con la clausula rebus sie stantibus, puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada por esto, a permanecer a

través de la cosa juzgada, estaticamente fijada para siempre, sino que constituye, para proyectarla en el porvenir, una relación jurídica nueva relación cautelar, destinada a vivir y, por tanto a transformarse si la dinamica de la vida lo exige. (Taramona, 1998)

MONTERO AROCA, citado por Hinostroza explica que, las medidas cautelares son susceptible de modificación y alzamiento, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio rebus sic stantibus, cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su adopción. (Hinostroza, 2011)

HINOSTROZA dice que, la medida cautelar es variable, porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea, es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente. En consecuencia , se puede modificar la forma de la medida de cautela, variar los bienes sobre los que recae o su monto, y sustituir al órgano de auxilio judicial. (Hinostroza, 2011)

MONROY, lo define que la medida se va adecuando al avance del proceso. Bien puede ser que la pretensión principal no sólo se perfila mejor conforme avanza la etapa de prueba sino que haga aparecer insuficiente la medida concedida, por lo que debe ser ampliada; o tal vez la prueba actuada debilite la verosimilitud inicial de la demanda al punto de persuadir al juzgador la inconveniencia de mantener la medida. En cualquiera de ambos casos, cabe la modificación de la medida cautelar y su adecuación a la nueva situación procesal presentada. (Monroy, 2004)

OBANDO, explica que, tiene que ver en el hecho que conforme se va discutiendo la pretensión procesal en el proceso principal, allí en su interior puede producirse modificaciones. La variabilidad permite, tanto a las partes como al juez, pedir y ordenar respectivamente, la modificación o revocación de la medida durante la tramitación del proceso. Los supuestos de variación se dan cuando existe alteración de las circunstancias en la relación material o procesal. Así por ejemplo, en el caso de ampliación de petitorio, se podrá pedir la variación de la medida cautelar en cuanto de la afectación. (Obando, 2003)

5. Tramitación

5.1. Concepto

Para HINOSTROZA, El procedimiento cautelar representa una serie de actos procesales dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación y cancelación de alguna medida precautoria. Significa el conjunto ordenado y progresivo de

los diversos pedidos y providencias cautelares cuya sustanciación sumaria tiene lugar en cuaderno separado (o especial) sin interrumpir el desarrollo del proceso principal (ni influir su fase de cognición en él) el cual, no obstante, se encuentra vinculado por una relación de instrumentalidad. (Hinostroza, 2011)

Con la promulgación de la nueva ley N°29384 vigente desde la fecha 29 de junio del año 2009 por lo que se a producido transcendentales cambios en la tramitación de las medidas cautelares, entre otros, como es la eliminación del inaudita altera pars, así como la introducción de la oposición a la medida cautelar está redactada de la siguiente manera.

Artículo 637.- del CPC después de la modificatoria.

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

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

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.”

COMENTARIO

- *Se puede concluir con esta nueva modificatoria en que el afectado con la medida cautelar, solo puede oponerse en el plazo de 5 días más no especifica en que el afectado puede plantear el recurso de apelación. Solo le faculta apelar una vez que la oposición sea rechazada más no puede apelar sin previamente oponerse.*
- *Por otra parte, en lo que respecta a la notificación al afectado, no hace mención de cuando tomaría conocimiento de la medida cautelar, para que de esa manera se pueda computar el plazo de los 5 días que especifica la norma, que parámetros tomaría el juez para contabilizar el plazo para poder plantear la oposición y en qué*

momento puede rechazarlo y darlo por agotado el tiempo necesario que estipula la norma en mención.

- *Según dicho artículo el procedimiento es de la siguiente manera:*

SOLICITUD / CONCESIÓN / NOTIFICACIÓN / OPOSICIÓN, Y EN PARALELO A ELLO EJECUCIÓN

Artículo 637° del CPC antes de la modificatoria.

La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso a interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.

COMENTARIO

Anteriormente La solicitud cautelar se atendía inaudita parte, sea por el juez de primera instancia o por el juez superior en caso de denegatoria de aquella. La norma ha sido más específica en lo que respecta a la notificación del afectado con la medida cautelar en que se notificaba una vez ejecutada la medida cautelar. Por lo que en ese momento recién podía el afectado apersonarse al proceso e interponer apelación.

- *Es así que el procedimiento ha sido de la siguiente manera.*

SOLICITUD / CONCESIÓN / EJECUCIÓN / NOTIFICACIÓN/ APELACIÓN.

6. Variación de la medida cautelar

De acuerdo en lo normado en el artículo 617 del código procesal civil, la medida cautelar es susceptible de variación en cualquier estado del proceso pudiendo ésta concretarse con:

- La modificación de su forma.
- El cambio de los bienes sobre los que recae.
- El aumento de su monto.
- La reducción de su monto.
- La sustitución del órgano de auxilio judicial (depositario, custodio, interventor recaudador, interventor informador o administrador).

Para LEDESMA, una de las características de la medida cautelar es su variabilidad. Ello implica que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza. Magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes puedan buscar modificarla, a través de la mejora, ampliación, reducción y sustitución de la ya ordenada medida cautelar. (Ledesma, 2008)

HINOSTROZA Lo explica que, En virtud del principio de igualdad procesal, la parte afectada con la medida cautelar puede también solicitar su variación en cuanto a la forma, bienes, monto y órgano de auxilio judicial. De la solicitud de variación que presente el demandado se correrá traslado al solicitante de la medida preventiva y, absuelto el mismo o en su rebeldía, será resuelta por el juez, quien en esta hipótesis, así como en la del pedido de variación formulado por el peticionante de la medida, decidirá atendiendo a las circunstancias particulares del caso. (Hinostroza, 2011)

CAPITULO II

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Medida cautelar Genérica

La medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese un modo específico que satisfaga la necesidad de aseguramiento. Es aquella que no se encasilla o se ubica en los tipos de medidas ya existentes.

Para RIVAS, esta medida debe construir una suerte de parte general de la materia, sin embargo ocurre que se busca relegar lo genérico a un papel subsidiario. La medida genérica no debe ser utilizada en reemplazo de las específicamente reguladas, cuando esas son suficientes para asegurar el derecho de quien la requiere. Si las tipificadas no cubren todas las necesidades del pretendiente, no hay ningún inconveniente en recurrir a las genéricas con la misma amplitud con la que deben usarse aquellas. Al final señala el autor pueden ser variantes de alguna medida tipificada que mantiene a su presencia esencial, resultar de la combinación de más de una medida tipificada y constituir una figura totalmente diversa a las previstas. (Ledesma, 2008)

Se trata de medidas cautelares atípicas puesto que carecen de regulación de una manera específica en nuestro ordenamiento jurídico, puede ser solicitada y concedidas teniendo como única condición que aseguren del modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva, así lo señala el artículo 629° del código procesal civil.

2. Medidas cautelares específicas

Las medidas cautelares específicas son las que se encuentran previstas para cada caso particular y de manera expresa, en el código procesal civil. Este tipo de cautela

denominada también típica se encuentra contemplada y regulada en la norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica determinada; caso diferente al de la medida cautelar genérica, que de acuerdo a la propia previsión que hace el código se mantiene en una relativa. (Peláez, 2007)

Finalmente se puede concluir que este tipo de medidas son aquellas que son nominadas y típicas que tienen una normativa propia. Este tipo de medidas son las más comunes en nuestro código civil regula los siguientes tipos de medidas específicas: para futura ejecución forzada (embargo, secuestro, anotación de demanda) temporales sobre el fondo, innovativas y de no innovar.

2.1. Medida cautelar para futura ejecución forzada

Según PELÁEZ, Son aquellas que tienen como finalidad asegurar la posibilidad de ejecución forzada ante el incumplimiento real y voluntario de obligaciones de dar suma de dinero, de dar bien mueble determinado, de obligación de hacer o no hacer, ordenadas mediante sentencias. En casos como el de anotación de demanda, tienden además a asegurar la decisión final de las pretensiones declarativas o constitutivas. (Peláez, 2007)

Para ARMANDO, se trata de medidas cautelares que, de no cumplirse voluntariamente con la sentencia, llevarán a la subasta de bienes y pago de la obligación en dinero efectivo o, según el caso. Son las de embargo y secuestro, sin perjuicio que por vía de las cautelares genéricas podrá configurarse una situación que lleve también a similar objetivo. (Armando, 2005)

Para HINOSTROZA, “Las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación a que se le condenará al vencido mediante el correspondiente fallo jurisdiccional. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización. (Hinostroza, 2011)

Finalmente se puede concluir que Estas medidas cautelares son denominadas de mero aseguramiento, pues están destinadas precisamente a asegurar la ejecución forzada ante el incumplimiento de obligaciones pecuniarias.

2.2. El Embargo

2.2.1. Concepto

HINOSTROZA, El embargo es el acto procesal de naturaleza preventiva encaminado a la inmovilización jurídica de los bienes del obligado, con la finalidad que el acreedor

pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago. (Hinostroza, 2011)

PODETTI, citado por Marianella Ledesma, lo define al embargo como “La medida cautelar que afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquellos y limita las facultades de disposición y de goce de este mientras se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal. (Ledesma, 2008)

Para CARRIÓN el embargo, Es una figura legal consistente en la aprehensión, ocupación o retención real o simbólica de los bienes de una persona, por mandato judicial, para obtener el cumplimiento forzoso de una obligación cuando ésta no se haya cumplido en tiempo y forma. (Carrión, 2009)

Para PELÁEZ, Consiste en la afectación jurídica de determinados bienes o derechos que pertenecen al patrimonio del presunto obligado o deudor, a fin de garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso sobre pago de dinero. Conforme lo expresa el Art.642 del código procesal civil, cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con la reservas que para este supuesto señala la ley. (Peláez, 2007)

2.3. Clases de Embargo

2.3.1. Embargo en forma de depósito y secuestro

Según el Art.549 del código procesal civil, cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negase a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos procediéndose de la manera que se indica en el párrafo siguiente.

Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos serán depositados a la orden del juzgado. En este caso, el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del juez, sin poder invocar derecho de retención.

Para LEDESMA, El depósito al igual que el secuestro judicial es una medida conservativa de un bien específico. Como tal garantiza la integridad del bien hasta el final del proceso, para hacer posible la ejecución específica de la sentencia. (Ledesma, 2008)

Por otra parte explica PÉLAEZ que, El embargo en forma de depósito constituye pues la afectación jurídica de los bienes del deudor (bienes debidamente individualizados) con la finalidad de garantizar su conservación para una futura ejecución. Estos bienes, conforme lo dispone el artículo glosado, quedan depositados a la orden del juzgado que dictó la medida cautelar, teniendo el depositario la función material de realizar actos de vigilancia o guarda de la cosa embargada; siendo el depósito de los bienes embargados el elemento esencial de la medida. (Peláez, 2007)

DE LÁZZARI, citado por PELÁEZ, refiere que una de las consecuencias jurídicas del embargo en forma de depósito, es la indisponibilidad del bien afectado, reduciendo sensiblemente las potestades de su titular, quien a partir de la ejecución debe abstenerse de todo acto jurídico o físico que disminuya la garantía que el bien significa, es decir – no se puede enajenar como libre- bajo pena de incurrir en ilícito previsto en el derecho penal, por lo que su titular no puede desarrollar su normal poder de disposición. (Peláez, 2007)

Para GONZÁLES GONZÁLES, citado por Hinostroza dice que, el depósito judicial en el acto por el cual el tribunal hace entrega, previo inventario, a la persona designada al efecto, llamada depositario, de los bienes muebles e inmuebles, pertenecientes a las partes litigantes, que son objeto de las medidas preventivas o en ejecución de sentencia, a fin que las guarde y conserve a disposición de aquel. (Hinostroza, 2011)

2.3.2. Embargo en forma de inscripción

Para MARIANELLA LEDESMA, El embargo en forma de inscripción se orienta a inmovilizar jurídicamente los bienes del deudor para evitar que estos se dispersen. En el caso específico del embargo en forma de inscripción, el bien está registrado y por tanto, en atención al principio de la publicidad, se pone en conocimiento erga omnes la afectación del bien por un monto determinado. Ello no impide la transferencia del bien, solo comunica la existencia de la medida cautelar, de tal manera que, quien lo adquiere asume los efectos jurídicos de dicha medida. (Ledesma, 2008)

HINOSTROZA, Es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, naves, aeronaves, vehículos automotores, etc.) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el registro público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos. Si bien no impide la transferencia del bien, trae como consecuencia jurídica que el adquirente del mismo asuma la carga de la medida preventiva hasta por el monto que ella alcance,

sustituyéndose aquél al deudor para tales efectos, salvaguardándose así los intereses del titular de la medida. (Hinostroza, 2011)

El Art. 656 del código se refiere a esta modalidad de embargo, señalando que, tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose al momento de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la patible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral se la inscripción se agrega al expediente.

2.3.3. Embargo de inmueble no inscrito

Cuando se trata de inmueble no inscrito (art.650 del C.P.C.), la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.

Este artículo 650 prevé la medida cautelar de inmueble no inscrito, que se ejecuta en este caso nombrándose necesariamente como depositario al propio obligado, lo que supone que no puede designarse como órgano de auxilio judicial a terceros. (Peláez, 2007)

2.3.4. Embargo en forma de retención

PARA MARIANELLA LEDESMA, señala que “El embargo en forma de retención presupone la existencia de derechos patrimoniales a favor del afectado con la medida, los que pueden ser reales o personales. El artículo 657 del CPC hace referencia a ambos, al permitir que la medida pueda recaer sobre “derechos de crédito u otros bienes cuyo titular es el afectado con ella”. En este caso, el retenedor es el futuro deudor del embargado (creditos, alquileres,etc.) a quien se le notifica para que retenga y deposite, todo o parte de lo que debe abonar al embargado, siendo considerado como órgano de auxilio, aun cuando cumpla sin mora con el depósito en el Banco de la Nación y no se hubiere desempeñado como depositario de la prestación debida. (Ledesma, 2008)

HINOSTROZA, La retención es una obligación que por mandato judicial se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor

reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva (Hinostroza, 2011)

MONROY GÁLVEZ, citado por Hinostroza, señala que “a través del embargo en retención se solicita a este deudor (se refiere al tercero) del deudor mantenga en su posesión el bien del deudor embargado. Tratándose de una medida cautelar, nos encontramos ante un mandato judicial que debe ser necesariamente cumplido por este tercero que pasa a ser el retenedor, quien queda sujeto a la decisión judicial respecto del destino del bien retenido. (Hinostroza, 2011)

2.3.5. Embargo en forma de intervención en recaudación

Para LEDESMA, La intervención judicial es la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea formal o informal, para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes. (Ledesma, 2008)

En opinión de PALACIO, citado por Marianella Ledesma explica que las intervenciones tienen una cobertura mayor, que “aun cuando solo persiga en forma inmediata preservar la inalterabilidad de una situación de hecho, siempre sirve, en definitiva, como todas las medidas cautelares al resultado práctico de un proceso cuyo objeto consiste en una pretensión o en una petición encaminada a dividir o adjudicar bienes, a reconocer derechos reales sobre estos o a reemplazar a la persona o personas que lo administran e incluso a liquidar y distribuir la totalidad de un patrimonio. (Ledesma, 2008)

Para GONZÁLES, citado por Hinostroza en que, la intervención en recaudación, “se trata de una medida complementaria del embargo aplicable con relación a ingresos percibibles en forma periódica, verbigracia: alquileres, entradas a espectáculos públicos, ganancias de un comercio, etcétera”. (Hinostroza, 2011)

Según QUIROGA CUBILLAS, citado por PELAEZ, refiere que el interventor recaudador es el órgano de auxilio judicial que el juez designa para materializar la recaudación de ingresos y carece de injerencia en la administración de la persona intervenida, al no poder interferir ni interrumpir sus labores propias. En la misma

resolución cautelar el juez deberá precisar el nombre del interventor, que deberá ser una persona idónea para el desempeño eficaz del cargo, vale decir con conocimientos necesarios relativos a las actividades a las que se dedica el afectado. (Peláez, 2007)

2.3.6. Embargo en forma de intervención en información

Según PALACIO, citado por Marianella Ledesma explica que, “esta clase de intervención tiene por objeto que la persona designada por el juez ejerza vigilancia sobre la gestión administrativa desarrollada en una sociedad o asociación respecto de bienes litigiosos, o sobre el estado en que estos se encuentran, dando cuenta a aquel de las circunstancias comprobadas a raíz de tal actividad”. Mediante esta medida cautelar, el designado por el juez llamado interventor, actúa juntamente con el administrador o administradores de una empresa, en lo estrictamente comisionado, sin desplazarlo. (Ledesma, 2008)

MONROY GALVEZ, citado por Hinostraza, define a esta medida por finalidad que el interventor informante nombrado por el juez, entere al juzgado, con la periodicidad que se fije en la providencia cautelar, sobre el estado de los bienes que se negocian, sobre las operaciones comerciales que se realizan, en definitiva, sobre todo aquello que pueda ser trascendente para el progreso y que se presenta en la actividad comercial. (Hinostraza, 2011)

MARTINES BOTOS, citado por Hinostraza, dice de la intervención con fines de control e información que “ esta intervención conlleva la injerencia en la sociedad o persona física afectada con el objeto de investigar el estado de bienes, negocios, operaciones o actividades, pero sin importar interferencia en la administración”. (Hinostraza, 2011)

Para PELÁEZ, esta medida cautelar supone necesariamente la intervención en la empresa afectada, a efecto de investigar el estado de bienes, negocios, operaciones o actividades. Este hecho no significa interferencia en la administración. La finalidad de esta medida es la fiscalizar y efectuar un control diario de todas las operaciones comerciales, pudiendo igualmente encargarse al interventor informador a que efectúe comprobaciones sobre otros temas que tengan relación directa con el derecho que se pretende preservar o asegurar y que formen parte de la materia controvertida. (Peláez, 2007)

2.3.7. Embargo en forma de administración de bienes

Para LEDESMA, El código procesal hace referencia a dos supuestos de administración, la recogida bajo el procedimiento no contencioso (artículo 769 del CPC) y el artículo 669 del CPC. En este último caso, se parte de un supuesto, “ la presencia de bienes fructíferos que se afectan con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”. En un sentido amplio se puede considerar como fruto a todo rendimiento o utilidad que produce una cosa , y por lo tanto, los frutos son un accesorio de la cosa que lo produce y suponen un incremento de su utilidad para su titular y al mismo tiempo, una vez producidos, adquieren sustantividad propia independiente de la cosa que los ha producido (Ledesma, 2008)

MARTINES BOTOS, citado por Hinostroza explica que, la administración judicial “ se trata de la medida cautelar más grave que puede decretarse en materia de intervención judicial, ya que importa conferir al funcionario designado facultades de dirección y gobierno en sustitución provisional del administrador de la sociedad, asociación, ente colectivo o bien de que se trate”. (Hinostroza, 2011)

PELÁEZ, en la medida cautelar de embargo en forma de administración de bienes, se afecta bienes fructíferos (inmuebles o muebles) con la finalidad de que el administrador recaude los frutos que produzcan, sean estos naturales, industriales y civiles (Peláez, 2007)

2.4. El secuestro

2.4.1. Concepto

UGO ROCCO citado por Peláez, considera que el secuestro “ es una orden con la que el órgano jurisdiccional competente, a solicitud de un sujeto interesado, le quita la disponibilidad de un bien, mueble o inmueble o de una universalidad de bienes, o de una hacienda, a otro sujeto que lo detenta o de una cosa que constituye una prueba real preconstituida proveyendo a la custodia de ellos, de forma que quede inmodificada la situación de hecho o de derecho evitando el peligro de que por hechos naturales o voluntarios sean suprimidos o eliminados o restringidos los intereses del derecho sustancial o procesal. (Peláez, 2007)

HINOSTROZA, el secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente – como en el embargo- un determinado bien mueble (registrado o no) para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente. Implica la desposesión del bien de su tenedor (que puede ser el afectado o un tercero, si no estuviese en poder del primero) y entrega a un órgano de auxilio judicial denominado

custodio, para que lo guarde y conserve a orden del juzgado hasta que se decida en definitiva el asunto principal (si acaso el levantamiento, sustitución o variación de la medida precautoria no se produce antes. (Hinostroza, 2011)

El Art.643 del código procesal civil se refiere a esta medida para futura ejecución forzada expresando que, cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez.

2.4.2. Clases

2.4.2.1. Secuestro Judicial

Esta forma de secuestro se ordena cuando existe donde se dilucida sobre la propiedad y posesión de un bien determinado, sea este mueble o inmueble.

FERNÁNDEZ VARGAS, citado por Peláez, señala a esta medida en que se le conoce en doctrina como “ secuestro en sentido propio”, porque su finalidad es cautelar la cosa misma, que es objeto de controversia; y porque tiende además a la preservación de la existencia e integridad del bien o bienes (muebles o inmuebles) que en si mismos constituyen el objeto del litigio ya promovido o que se habrá de promover, sustrayéndolos de la disponibilidad material y jurídica de toda persona. (Peláez, 2007)

Para MARIANELLA LEDESMA, El secuestro judicial es una medida cautelar de conservación de un bien específico. Como tal garantiza el mantenimiento de la integridad del bien de litis hasta el final del proceso, para hacer posible la ejecución específica de la sentencia. La medida se instrumentaliza desapoderando al poseedor del bien y entregándolo a un tercero, quien se convierte en cutodio. La idea central en este tipo de medida es que la acción que se ejercite en el proceso principal esté dirigida a obtener la entrega de una cosa específica o determinada, como consecuencia de haberse dilucidado el derecho de propiedad o posesión sobre un bien determinado. No se trata de pretensiones dinerarias sino de declarativas de derechos (Ledesma, 2008)

LINO PALACIO, citado por Hinostroza, nos informa que “ este tipo de secuestro tiene a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o futuro y recae, por lo tanto, sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya interpuesta o que se ha de interponer. (Hinostroza, 2011)

En opinión de NELSON MORA, citado por Hinostroza “el secuestro judicial es un acto procesal por el que el juez (o en su nombre el secuestre removido) entrega un bien a un secuestratario, quien adquiere la obligación de cuidarlo y guardarlo y finalmente restituirlo en especie, cuando así se le ordene”. (Hinostroza, 2011)

2.4.2.2. Secuestro conservativo

PELÁEZ explica que, Este tipo de secuestro recae sobre cualquier bien o derecho del deudor y tiende a asegurar un mandato ejecutivo. Al igual que en el secuestro judicial, en éste también opera el desapoderamiento del bien sobre el cual recae el secuestro, disponiéndose el nombramiento de un tercero en calidad de custodio, quien con responsabilidad, derechos y obligaciones ejerce la posesión del bien o bienes secuestrados, los que oportunamente se pondrán a disposición del juzgado para efectos de ejecución forzada. (Peláez, 2007)

FRANCESCO CARNELUTTI, citado por Peláez señala, sobre el secuestro conservativo debe estar o no limitado a la existencia de un proceso principal, refiere algo que resulta ilustrativo citar cuando afirma que “se podría proveer, estableciendo que el proceso cautelar no se pueda promover sino está ya pendiente el proceso definitivo: pero ésta sería una solución que no respondería al principio de la urgencia y de la sorpresa que son propios del proceso cautelar”. (Peláez, 2007)

RIOJA explica que, La necesidad impostergable del que la pide o por la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de esta. (Rioja, 2007)

Para MATTIROLO, citado por Hinostroza, el secuestro conservativo es aquella medida preventiva que constituye “...una garantía sobre los bienes muebles del deudor que el juez concede al acreedor...” (Hinostroza, 2011)

A criterio de REDENTI “...citado por Hinostroza define que, con este secuestro conservativo, no se trata ya de proveer a la custodia de cosas ciertas y determinadas, sino genéricamente de bienes patrimoniales, a fin de poderlos someter más tarde a un procedimiento de ejecución...” (Hinostroza, 2011)

SATTA citado por Hinostroza, opina que el secuestro conservativo “... tiende a asegurar la garantía del acreedor sobre los bienes del deudor, contra el peligro de sustracciones o enajenaciones de dichos bienes...” (Hinostroza, 2011)

Finalmente se debe precisar, conforme lo refiere la última parte del Art.643 del código procesal civil, que se aplican al secuestro, en cuanto sean compatibles, con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

2.5. Medidas cautelares temporales sobre el fondo

2.5.1. Concepto

MONROY GALVEZ, citado por Hinostroza, Lo denomina así a aquellas que anticipan exactamente lo que presumiblemente va a ser el pronunciamiento final del proceso principal. (Hinostroza, 2011)

Para HINOSTROZA, Las medidas temporales sobre el fondo son aquellas de carácter excepcional, cuyo objeto consiste en anticipar lo que va a ser materia de decisión en la sentencia final. A su carácter provisorio (propio de toda medida cautelar) se suma como nota singular el hecho de que, constituyendo tales medidas la pretensión misma (íntegra o parcial), su concesión y ejecución, pese a la referida coincidencia, no significan al amparo definitivo de la demanda –o reconvención, según el caso, sino la anticipación del fallo que ponga fin a la controversia. Se extinguirá su naturaleza cautelar una vez resuelto el proceso principal, pues prácticamente se fundirá con la pretensión reclamada. (Hinostroza, 2011)

Para MARIANELLA LEDESMA, La medida anticipada, o llamada por nuestro código medida temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia: de una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud, sino la casi certeza. y por otro lado, es urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama. (Ledesma, 2008)

Para ZAVALETA, este tipo de medida consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia en su integridad a sólo en aspectos sustanciales,

por necesidad impostergable del que la pide o por firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta. (Zavaleta, 2003)

Las medidas temporales sobre el fondo han sido contempladas en nuestro código procesal civil en cinco supuestos: alimentos, conflictos familiares, administración de bienes, desalojo y despojo.

2.5.2. Asignación anticipada de alimentos

El proceso de alimentos se orienta a satisfacer un derecho personalísimo dirigido a garantizar la subsistencia del titular de este. La calidad de vital que tienen los alimentos, se justifica porque de ellos depende la subsistencia del sujeto, en tanto no pueda valerse por sí mismo, determina que el derecho sea irrenunciable, pues abdicar a él equivaldría a abdicar de la vida.

PELÁEZ, lo define que, La razón fundamental para la asignación anticipada, en materia de alimentos, lo constituye la necesidad imperiosa del alimentista que no le permite esperar la expedición de la sentencia definitiva; esta demora injustificada e injusta se evitará precisamente con la asignación anticipada. (Peláez, 2007)

MONROY GALVEZ, citado por Hinostraza dice que, iniciado un proceso de alimentos, el actor puede –si por lo menos acredita la apariencia de su derecho- solicitar una asignación alimenticia provisional. Este es un acto típico de medida cautelar temporal sobre el fondo. En efecto, la pretensión en el proceso principal es que el órgano jurisdiccional fije una pensión alimenticia. A través de la medida cautelar se busca que, mientras dure el proceso, se fije una pensión alimenticia. En consecuencia , en ambos casos la pretensión es la misma por tanto, la medida cautelar sólo anticipa lo que puede ser pronunciamiento final, si la demanda es amparada. (Hinostraza, 2011)

Nuestro código regula el tratamiento a las pretensiones por alimentos, como proceso sumarísimo, en los artículos del 560 al 572 del CPC. Dos son los presupuestos que permiten el amparo a los alimentos : un estado de necesidad de quien los pide y la posibilidad económica de quien debe prestarlos. (Ledesma, 2008)

2.5.3. Asuntos de familia e interés de los menores

El artículo 677 del código procesal civil prevé que cuando la pretensión principal está referida a la separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor,

tutela y curatela, resulta procedente la ejecución anticipada de la futura decisión final, considerando de manera preferente el interés de los menores. Asimismo, la misma norma faculta al juez adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, pudiendo hacer uso de las facultades coercitivas que le otorga el Art.53 del código procesal civil, imponiendo una multa compulsiva o disponiendo la detención si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución del cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar (Peláez, 2007)

En los procesos en los que se discute la separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, no concurren intereses privados sometidos al poder de disposición de sus titulares, como en la generalidad de los procesos civiles, sino que sobre dichas situaciones jurídicas subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas por estos.

2.5.4. Administración de bienes

Para PELÁEZ, lo explica de que, Se trata de una medida de carácter excepcional, que está dirigida a evitar un perjuicio irreparable. Para otorgarla el juez debe valorar debidamente lo expuesto en la solicitud y las pruebas presentadas (Peláez, 2007)

La administración judicial que acoge el artículo 678 del CPC opera como expresión de cautela anticipada proveniente de una declaración de certeza sin litigio. Estamos ante la administración como expresión de la tutela cautelar anticipada, pero deriva del procedimiento no contencioso sobre administración judicial, en la que se consagran dos supuestos: el nombramiento y la remoción de administradores de bienes, por mandato judicial. Dicha designación aparece regulada en el artículo 769 del CPC, como un proceso no contencioso.

2.5.5. Desalojo

HINOSTROZA, explica que, el proceso de desalojo se asegura la protección de los derechos de uso y disfrute de determinados bienes, especialmente cuando son detentados sin ningún título (o habiendo vencido éste). De esta manera el bien objeto de controversia es sustraído del poder de quien lo posee contra la voluntad de la persona que tiene derecho legítimo sobre él, contando el demandante con el auxilio de la fuerza pública si el caso lo amerita. (Hinostroza, 2011)

Para la procedencia de la tutela anticipada en este caso es necesario que exista una demanda de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega. Por otro lado, el solicitante de la medida debe acreditar de manera indubitable su condición de titular del bien que le permita estar legitimado para actuar. En ese sentido, la redacción del artículo 586 del CPC precisa quiénes pueden demandar el desalojo: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que salvo lo dispuesto en el artículo 598 del CPC, considere tener derecho a la restitución del predio. (Ledesma, 2008)

2.6. Medidas cautelares innovativas

2.6.1. Definición

Para MARIANELLA LEDESMA, La medida cautelar innovativa se orienta a provocar un cambio de la situación existente, cuya alteración vaya a ser o sea ya el sustento de la demanda. Es una medida bastante intrépida porque sin mediar sentencia consentida, se ordena que “alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente”, esta suspensión de la actividad que realiza una parte en perjuicio de la otra, implica una innovación en el statu quo. (Ledesma, 2008)

Según PEYRANO, citado por Marianella Ledesma, es una medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; es una medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (Ledesma, 2008)

RAMOS MENDEZ; citado por ANGELES JOVE, explica que, “una medida cautelar puede anticipar en toda su extensión los efectos de una ejecución futura y no limitarse exclusivamente a la conservación de una determinada situación jurídica o de hecho(...)aunque se anticipen en todas las ventajas propias de las medidas ejecutivas,

dicha anticipación no pierde su carácter cautelar precisamente por las notas de instrumentalidad y temporalidad que la acompañan". (Hinostroza, 2011)

HINOSTROZA, La medida precautoria llamada innovativa es aquella diligencia cautelar de carácter excepcional, ordenada de oficio o a petición de parte, cuyo objeto es reponer un estado de hecho o de derecho, siendo menester que se despliegue una actividad (innovativa) que modifique nuevamente el mundo exterior para lograr así tal reposición, representando la alteración de dicho estado la causa que hace nacer la pretensión principal del actor. (Hinostroza, 2011)

Para MONROY, Es quella medida concedida por el órgano jurisdiccional y que contiene la orden de que se modifique el estado material (situación real) que rodea el proceso. Se trata de una medida entonces que tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición y ejecución. Esta modificación o variación se produce sea ordenándose que alguien deje de hacer algo o que se empiece a hacer algo que no se viene ejecutado. (Monroy, 2004)

Para ARMANDO explica que, son medidas especificas que pueden tener sentido cautelar, pero que si significan satisfacer provisoriamente la pretensión, entran en categoría distinta como lo es la actividad jurisdiccional anticipatoria. (medidas temporales sobre el fondo). (Armando, 2005)

Según CARRIÓN, Este tipo de medida, constituye, pues, una medida precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente al momento de formular el pedido de su dictado, medida que debe de traducirse en la injerencia del juez en la espera de la actividad de los justiciables, no sólo a través de la orden de que cese una actividad, según la afirmación del actor, contraria a derecho, sino también para que se retrotraigan las cosas al estado anterior a inminencia de la producción de un perjuicio irreparable en contra del demandante. (Carrión, 2009)

2.7. Medidas cautelares no innovativas

2.7.1. Definición

Según RIVAS, citado por Marianella Ledesma explica que, con la prohibición de innovar se busca mantener el statu quo evitando que su variación produzca algún daño. Su finalidad mediata es la de evitar un daño irreparable, que se originaría en la imposibilidad que la sentencia sea dictada como corresponde o, más aún, que se tornara su ejecución en ineficaz o de cumplimiento imposible. Para evitar esta situación extrema,

fin último de la cautela, ha de disponerse, ante el peligro que ello suceda, la inmovilización fáctica o jurídica, a determinado momento, constituyéndose ello en el medio, en orden a que el perjuicio irreparable, casi de seguro a producirse, sea conjurado. (Ledesma, 2008)

Para MONROY, es aquella medida cautelar que, tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición y ejecución. Esta modificación o variación se produce sea ordenándose que alguien deje de hacer algo o que se empiece a hacer algo que no se viene ejecutando. (Monroy, 2004)

HINOSTROZA, la medida cautelar de no innovar o prohibición de innovar está dirigida a mantener el estado de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda (de lo que se infiere que puede tratarse de una medida fuera o dentro del proceso), para así garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse posteriormente. (Hinostroza, 2011)

Para ALSINA, citado por Hinostroza “la prohibición de innovar puede ser definida como la medida precautoria por la cual se tiende al mantenimiento de la situación de hecho o de derecho al momento de ser decretada. (Hinostroza, 2011)

CARRIÓN, La no innovación de los hechos y casos tienen por objeto el de asegurar la igualdad de las partes en litigio, pues, es regla de derecho procesal que, pendiente en pleito, no pueda cambiarse el estado de las cosas objeto precisamente del proceso para que no sea obstaculizada la acción de la justicia. (Carrión, 2009)

Como se aprecia de la redacción del artículo 687 del código procesal civil, para que se ampare la medida cautelar de no innovar se requiere del “perjuicio irreparable e inminente por tal motivo lo que se busca es conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. lo irremediable del perjuicio está en función de un bien jurídico protegido que se deteriora irreversiblemente hasta tal punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

CAPITULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El artículo 15 del código Procesal constitucional regula la tramitación de la medida cautelar en los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y cumplimiento. Luego de su más reciente modificación, publicada el 24 de diciembre del año 2006, dicho artículo quedó como sigue:

Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que le da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

COMENTARIO.

Como se puede analizar en este artículo, es que el legislador no hace mención a la oposición, la norma específica que el afectado con una medida cautelar directamente puede apelar sin previamente oponerse. Mientras que el artículo 637 del código procesal civil específica que el afectado con una medida cautelar primero tiene que oponerse para que después pueda apelar. En dicho trámite de las medidas cautelares en los procesos civiles y constitucionales su trámite es distinto.

Después de hacer un pequeño comentario al trámite de las medidas cautelares en los procesos constitucionales, se va a desarrollar los procesos de amparo, Hábeas Data y de cumplimiento:

1. ACCIÓN DE AMPARO

Según ORTECHO VILLENA, La acción de amparo, es una acción de garantía, que se desenvuelve mediante un proceso constitucional con sus propios objetivos, características y procedimiento. (Ortecho, 2007)

1.1. Aspectos conceptuales

El profesor mexicano IGNACIO BURGOA, citado por Gutiérrez, explica que la acción de amparo es el derecho público subjetivo (característica genérica), que incumbe al

sujeto físico o moral víctima de cualquier contravención o alguna garantía individual cometida por cualquier autoridad estatal mediante una ley o un acto (stricto sensu), o aquél en cuyo perjuicio tanto la federación como cualquier estado, por conducto de la realización de un acto concreto o la expedición de una ley, hayan infringido su respectiva competencia como entidades políticas soberanas (sujeto activo o actor), derecho que se ejercita en contra de cualquier autoridad, de la federación o de las autoridades locales, en sus respectivos casos (sujeto pasivo demandado), y con el fin de obtener la restitución del goce de las garantías violadas o la anulación concreta del acto (lato sensu) contraventor del régimen de competencia federal o local, por conducto de los órganos jurisdiccionales federales. (Gutiérrez, 2007)

Según ORTECHO VILLENA, El amparo es una acción que da lugar a un proceso. Constitucional sumario, que se sigue ante el juez civil o ante la sala civil de la corte superior correspondiente, dirigida a restituir cualquier derecho reconocido por la constitución a excepción de la libertad personal y de los derechos informáticos; que haya sido vulnerado o amenazado por cualquier autoridad, funcionario o persona. (Ortecho, 2007)

Según, LINARES QUINTANA, citado por Ortecho Villena, puntualiza lo siguiente: “el recurso de amparo tiene por finalidad asegurar a los habitantes el goce efectivo de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal otros particulares, con excepción de la libertad física ya amparada por el Hábeas Corpus” (Ortecho, 2007)

Según RODRÍGUEZ, El proceso de amparo es el conjunto de actos que realizan las partes y el órgano jurisdiccional, para la protección de todos los derechos constitucionales reconocidos por la constitución que no están protegidos para el habeas corpus y data, se inicia con el ejercicio de la acción mediante la demanda y concluye cuando se ejecuta la sentencia. (Rodríguez, 2006)

Para ALFARO, Es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona con excepción de los que protegen el Hábeas corpus, Hábeas Data y el de cumplimiento ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular (el amparo protege derechos como, por ejemplo el derecho de asociación, a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso) lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre. Si el juez comprueba, efectivamente, afectaciones a derechos constitucionales, ordena con la sentencia que los actos lesivos se suspendan inmediatamente y se materialice el “ fin restitutivo o restitutorio” de los procesos

constitucionales (es decir , que los hechos se retrotraen hasta antes de la lesión del derecho constitucional. (Alfaro, 2009)

1.2. Características

Podemos puntualizar las siguientes características de la acción de amparo:

1.2.1. Es una acción de garantía constitucional

La constitución la denomina acción de garantía: es un mecanismo procesal que implica una demanda y el desenvolvimiento de estudios con una determinada sentencia. De allí que. Resulta incorrecto hablar de un recurso, como se ha denominado anteriormente, tanto en el Perú como en otros países. (Ortecho, 2007)

1.2.2. Es de Naturaleza Procesal

Al igual que la acción de hábeas corpus, no constituye un derecho, sino un mecanismo procesal que se tramita para proteger los derechos constitucionales. Su naturaleza no es, por consiguiente, de derecho sustantivo, sino de procedimiento y por tanto de medio idóneo para la defensa de los indicados derechos. (Ortecho, 2007)

1.2.3. Es de Procedimiento Sumario

Dada la naturaleza e importancia de la materia en discusión como son los derechos y libertades constitucionales, el procedimiento es sumario, es decir, breve. Busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado, en forma rápida, para ello sus términos son cortos, no se admiten articulaciones y los jueces están obligados a darles trato preferente (Ortecho, 2007)

Sin embargo, debemos admitir que en la práctica, las acciones de amparo se prolongan más allá de los términos que señala el código procesal, particularmente en las instancias superiores y en el tribunal constitucional, que están llamados no solamente a controlar la labor jurisdiccional del inferior, sino también la mentalidad de nuestros jueces, que están acostumbrados a los tramites de largos de la vía civil. (Ortecho, 2007)

1.2.4. Defiende los Derechos Constitucionales, a excepción de la libertad Personal y los Derechos informáticos

A diferencia de épocas anteriores es que el amparo no existía en la legislación peruana en forma independiente y se insumía dentro del hábeas corpus, a partir de la constitución de 1979, quedaron perfectamente delimitados los campos de aplicación para el hábeas corpus y el amparo, correspondiéndole al primero la protección y defensa de la libertad y seguridad personales, dejándole a la acción de amparo la defensa de los demás derechos constitucionales. Y una segunda delimitación se da a partir de la constitución de 1993, con la acción de habeas data para la cual deja los derechos informáticos. (Ortecho, 2007)

1.3. Competencia

“Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

En el proceso de amparo, habeas data y el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. (Ortecho, 2007)

1.4. Plazo de interposición de la demanda

Lo que anteriormente se le denominaba caducidad, ahora se denomina simplemente plazo para interposición de la demanda, lo que legalmente viene a ser un término de prescripción, que la priva de la acción a aquella persona que no obstante habersele agredido un derecho, negligentemente no reclamo a tiempo. (Ortecho, 2007)

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. (Ortecho, 2007)

2. HÁBEAS DATA

2.1. Definición

Para RODRIGUEZ , la acción de hábeas data es una acción nominada. es el derecho que tiene toda persona de acudir al órgano jurisdiccional para solicitar la protección de los

derechos consagrados por los incisos 5 y 6 del artículo 2° de la constitución, es decir, para obtener información de las entidades estatales y evitar la difusión de información que consta en los archivos públicos o privados que afecte la intimidad personal o familiar. (Rodríguez, 2006)

GOZAINI, la define como un proceso constitucional especial de protección a la persona agredida o amenazada por los bancos de datos que aprovechen la información personal que le concierne, sin embargo, esta definición no puede ser concluyente pues ha ido variando de una a otra realidad.

Desde el ámbito de acción que contempla nuestra *lex legum*, podemos decir que el hábeas data es un proceso constitucional por medio del cual se protegen dos derechos específicos. el primero referido al acceso a la información de las entidades públicas, y el segundo, a la autodeterminación informativa contemplados en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la constitución, ejercitándose cuando mediante un hecho u omisión se vulneran o amenazan los derechos precitados (Gutiérrez, 2007)

2.2. Características

2.2.1. Es una acción de garantía Constitucional

Sus alcances son proteccionistas y pretende dar seguridad para los nuevos derechos informáticos. (Ortecho, 2007)

2.2.2. Es de Naturaleza Procesal

Para ORTECHO, citado por GUTIÉRREZ representa un mecanismo procesal, que se encamina mediante estadios hasta alcanzar una resolución que ampare o no la pretensión del accionante, esta característica implica la intervención de un accionante y la de un demandado, en este caso la autoridad o funcionario que ha vulnerado o amenazado uno de los derechos específicos de tipo informático. Y lógicamente, requiere la intervención de un órgano jurisdiccional competente, la medida proteccionista. (Gutiérrez, 2007)

2.2.3. Es de procedimiento Sumario

Su trámite es breve y sus términos son del mismo carácter, muy semejantes al procedimiento de la acción de amparo, bajo el mismo espíritu que inspira las otras garantías constitucionales, de dar protección oportuna a los derechos fundamentales de la persona. (Ortecho, 2007)

2.2.4. Defiende Derechos Constitucionales informáticos

Los que están comprendidos en el art.2, incs.5 y 6 de la constitución del estado, frente a vulneraciones o amenazas. (Ortecho, 2007)

3. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido esta institución desde la carta de 1993, denominándole “acción de cumplimiento” e incorporándolo como “garantía constitucional” con presencia autónoma respecto a los procesos constitucionales.

3.1. Definición

según REY CANTOR, citado por Ortecho Villena, es la acción destinada a brindarle al particular, la oportunidad de exigir de las autoridades, la realización del deber omitido, a través de la facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del estado de derecho, como es el de que el mandato de la ley o lo ordenado es un acto administrativo que no puede dejarse a un simple deseo y que tenga en cambio, concreción en la realidad. (Ortecho, 2007)

La Corte Constitucional de Colombia ha definido al proceso de cumplimiento como una “ acción destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización de deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del estado de derecho, como es el de que el mandato de la ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad. (Gutiérrez, 2007)

VALLE RIESTRA, citado por Gómez explica que, constituye un importante avance en el fortalecimiento del estado democrático de Derecho, desde que con ella se pretende dotar a los ciudadanos de un instrumento procesal sumarísimo, ágil y expeditivo, distinto del contencioso administrativo y, a su vez, del proceso de amparo (Gómez, 2008)

3.2. Objeto

La acción de cumplimiento, pretende que se haga efectivo el cumplimiento de las obligaciones y deberes contenidos en una ley o un acto administrativo, y en segundo lugar, para hacer efectivo dicho cumplimiento, el juez ordene en la respectiva sentencia, a la autoridad renuente, el cumplimiento del deber omitido.

Si bien el artículo 66° del CPCo. Establece el objeto de protección del proceso de cumplimiento, creemos que este excede el marco expuesto en dicho artículo. Por ello, nos permitimos desarrollar el objeto de protección de este proceso a través del principio de eficacia y del contenido expuesto en el mencionado. (Gómez, 2008)

3.3. Naturaleza

Según GOMEZ, El reconocimiento que nuestro ordenamiento jurídico brinda al cumplimiento como un proceso constitucional no ha sido óbice para que existan criterios encontrados sobre la naturaleza de este proceso. (Gómez, 2008)

El profesor CARPIO MARCOS, citado por Gutiérrez, "la Naturaleza del proceso no puede derivarse del hecho que haya sido creado por la constitución, sino de la materia que en su seno se resuelve, y que no es otro que el control de la inactividad administrativa , donde la controversia no gira en términos de derecho constitucional, sino en términos de derecho administrativo. (Gutiérrez, 2007)

3.4. Características

del texto constitucional y del texto de la ley 26301, que adelanta el procedimiento de la acción de hábeas data y de cumplimiento, en tanto no se de la ley específica de desarrollo constitucional sobre la materia, podemos deducir las siguientes características:

3.4.1. Es una acción de garantía Constitucional

Es una acción porque implica la formulación de una demanda específica y concreta, que tiene como propósito inmediato el pronunciamiento de la autoridad judicial. Implica pues un proceso constitucional que ha de desarrollarse con sus propias particularidades. Y es de tal importancia, debido a que está facultada por la constitución para defender el cumplimiento de la legalidad y la efectividad de los actos administrativos. (Ortecho, 2007)

3.4.2. Es de Naturaleza Procesal

Debido a que se encamina mediante un procedimiento especial con sus etapas o estudios correspondientes, dando intervención al perjudicado para el cumplimiento de la legalidad y comprende a la autoridad implicada que debe comparecer como demandado y tener la posibilidad de alegar a su favor las razones de su incumplimiento. Naturalmente este procedimiento se ventila ante un órgano jurisdiccional, como es el juez en lo civil.

3.4.3. Es de procedimiento sumario

Es explicable la brevedad explicable del procedimiento, dada la importancia que se concede a los derechos ciudadanos y si bien en la acción de cumplimiento no se cautela directamente en derecho constitucional, sí se lo cautela indirectamente. Pues debemos suponer que el interesado ha empleado previamente, el derecho de petición frente al cual la autoridad o funcionario se ha tornado renuente. Y es bien sabido, el derecho de petición sí es un derecho constitucional. (Ortecho, 2007)

3.4.4. Sirva para cumplir la ley o las disposiciones Administrativas

Esta nueva acción de garantías, protege a las personas, frente a dos dificultades, que muchas veces se tornan no solamente problemáticas sino endémicas, el no acatamiento de la ley y el incumplimiento de disposiciones o actos administrativos que se han dictado con toda legalidad. (Ortecho, 2007)

CAPITULO IV LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

1. Concepto

MICHELLI, citado POR HINOSTROZA, explica en que, Son instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión del juez, y este control es, en general, encomendado a un juez no solo distinto de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en verdadera y propia relación jerárquica con el primero. No se excluye, sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juez que ha pronunciado la sentencia objeto de control. (Veramendi, 2011)

Son los actos que procesales que se caracterizan por ser formales y motivados, representan manifestaciones de voluntad realizadas por las partes (aún por terceros legitimados) a demostrar situaciones irregulares vicios o errores que afecta a uno o más

actos procesales, y a solicitar que el órgano jurisdiccional revisor proceda a su revocación o anulación eliminándose de esta manera los agravios inferidos al impugnante derivados de los actos del proceso cuestionados por él. (Rioja, 2011)

2. Finalidad

CARRIÓN, LUGO, explica que, La finalidad general de los medios impugnatorios es el control general de la regularidad de los actos procesales, la finalidad específica es el control de la actividad de los jueces, fundamentalmente de sus resoluciones. Esta tiene por finalidad restablecer los derechos violados, conculcados, que causan agravio a alguna de las partes o a terceros legitimados. se conciben también como mecanismos de saneamiento procesal, pues tienen como misión evitar los errores y arbitrariedades del juzgador en la sustanciación del proceso, propiciando con ello decisiones legales y justas. (Veramendi, 2011)

3. Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil Peruano

El código procesal civil peruano (en adelante CPC) regula los medios impugnatorios en el título XII , artículo 355 y siguientes. Establece que los medios impugnatorios tienen por finalidad anular o revocar, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado con vicio o error. Los medios impugnatorios se dividen entre remedios y recursos. (Veramendi, 2011)

Para, RAMOS, los remedios se formulan contra actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales; son remedios: la tacha, oposición, Nulidad. Los recursos. Pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución judicial, pudiendo ser parte en el proceso o tercero legitimado, para que luego de un nuevo examen de la decisión se subsane el vicio o error alegado o denunciado; son recursos: reposición, apelación, casación, queja. Estas pueden ser recursos ordinarios o extraordinarios.

Según nuestro código adjetivo la oposición constituye un remedio y la apelación un recurso. Dado que sobre la decisión y ejecución de la medida cautelar se regulan por estos medios impugnatorios. (Veramendi, 2011)

4. LA OPOSICIÓN

4.1. Definición

Según MARCONE, define a la oposición como, la manifestación de voluntad destinada a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. (Marccone, 1995)

Según RIOJA, es el Medio impugnatorio destinado a cuestionar determinados medios probatorios que han sido propuestos por las partes en el proceso, con la finalidad de que estos no sean incorporados al proceso y por ende evitar su correspondiente actuación y eficacia probatoria al momento de emitir la resolución final. (Rioja, 2011)

Para PAREDES INFANZON, citado por Veramendi, es definida como la manifestación de la voluntad dirigida a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto. (Veramendi, 2011)

Se puede definir como la manifestación de voluntad por parte del afectado para que se llegue a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento.

4.2. En qué momento se notifica la resolución cautelar

La notificación al afectado del trámite de la medida cautelar es importante para que pueda defenderse formulando oposición, de ser el caso. o formulando recurso de apelación en caso se haya confirmado o revocado la decisión cautelar, el artículo vigente a pretendido corregir las interpretaciones equivocadas que realizaban los magistrados con la anterior redacción de la norma en mención. No obstante ello, consideramos que el artículo 637° del CPC no precisa en que momento debe de notificarse al ejecutado la resolución que resuelve la medida cautelar, exigencia que se desprende del artículo 155° del CPC. Ahora bien, considerando que la norma indica que una vez dictada la medida cautelar el afectado puede formular oposición dentro del plazo de cinco días desde que toma conocimiento. (Veramendi, 2011)

ROLANDO MARTEL CHANG, citado por Veramendi, señala que: la falta de precisión sobre el momento que debe notificarse la resolución cautelar puede complicar la ejecución de la medida, se pone en riesgo su ejecución, al abrir la posibilidad de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida. Más allá de ello, la opción de notificar la resolución antes de ejecutarse ha quedado albergada dentro de la norma actual, lo que incluso podría ser solicitado por el afectado que ya se informó de la existencia de la medida. (Veramendi, 2011)

4.3. La Oposición del afectado en el trámite de la medida cautelar

RAMOS MANUEL, citado por Veramendi, La formulación de la oposición por el afectado contra el concesorio. Resulta una novedad dentro del procedimiento cautelar (art.637 del CPC). El escrito de oposición debidamente fundamentado y prueba anexa está dirigida a obtener el alzamiento (o modificación) de esta por no concurrir los requisitos de admisibilidad, presupuestos de la medida cautelar, o los requisitos especiales de la medida. Esto implica que quien se opone a la medida no introduce un objeto procesal nuevo, distinto a la pretensión inicial de la medida. Sino se limita a pedir la declaración negativa de lo pretendido por el demandante (Veramendi, 2011)

Mediante el expediente N°1247-2010, de 22 de setiembre de 2010 en la ciudad de Lima ,explica a La oposición en que, no puede fundarse en los aspectos fácticos y jurídicos planteados, correspondiendo en ese caso el recurso de apelación.

En tal sentido, cuando en vía cautelar se formula una oposición contra la medida dictada, los argumentos que sustentan dicha oposición no pueden fundarse en la realización de un nuevo examen de los aspectos fácticos y jurídicos que oportunamente fueron planteados y a la vez evaluados en la resolución que la concedió, puesto que en tales casos el mecanismo procesa idóneo y legalmente previsto es el recurso de apelación.

5. LA APELACIÓN

5.1. Concepto

Para FALCÓN, El recurso de apelación es un medio de impugnación de resoluciones que tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que en el siguiente grado el tribunal pertinente las revoque total o parcialmente por haber incurrido el juez a quo en un error de juzgamiento. (Falcón, 2005)

Para VERAMENDI, La apelación es un recurso, por el recurso de apelación el órgano jerárquicamente superior revisa los errores *in indicando*, sean de hecho como de derecho, también los errores *in procedendo* relacionados con la formalidad de la resolución impugnada con la finalidad de anularlos, revocarlos o confirmarlos. Nuestro ordenamiento exige para su admisibilidad y procedencia la fundamentación, indicación de los errores de hecho y derecho y de los agravios que le causa al impugnante (arts.364 y siguientes del CPC), estas reglas también serán aplicables a la apelación en el trámite de la medida cautelar. (Veramendi, 2011)

Para CABANELLAS, Es un recurso que la parte, cuando se considera agraviada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad judicial superior; para que, con el consentimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada, pueden apelar, por lo general, ambas partes litigantes. el que interpone la apelación se llama apelante, y apelado se denomina al litigante vencedor, contra el cual se apela. (Cabanellas, 2002)

Para Távara, El recurso de apelación es, por decirlo así, el recurso más “común”. Y ello es verdad, pues la gran mayoría de resoluciones expedidas en un proceso judicial son, en la práctica, atacadas por apelación. Este recurso es ordinario y propio, y ataca autos o sentencias, salvo que otros medios impugnatorios sean los adecuados o, en todo caso, que aquellas resoluciones no sean impugnables. La interposición del recurso de apelación puede o no generar efectos suspensivos, esto es, que la eficacia de las resoluciones impugnadas esté sujeta a la resolución del recurso, o que sea plenamente eficaz. cabe resaltar que la apelación será suspensiva solo cuando la ley así lo determine, debiendo entenderse que en los demás casos será sin eficacia suspensiva. (Távara, 2009)

Para COUTURE, citado por Rioja, la apelación viene a ser el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior. (Rioja, 2011)

La pluralidad de la instancia no es solamente un principio y derecho de la función jurisdiccional, sino también una manifestación implícita del derecho constitucional que tiene toda persona al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 6 de la constitución. Al apelarse una sentencia no solo se está ante un trámite de apelación cualquiera, sino que, debido a que puede poner fin al proceso, se abren las puertas de la segunda instancia para buscarse un nuevo examen de la decisión tomada, con respecto de la pretensión contenida en la demanda. (Jurídica, 2008)

6. APELACIÓN U OPOSICIÓN

ARIANO EXPLICA que, la redacción de este segundo párrafo provoca perplejidad, por cuanto una cosa es sustituir la apelación por la oposición (lo cual puede estar bien) y otra muy distinta establecer lo que se ha regulado en él. Pues deja inferir que tan pronto se emita la resolución concesoria de tutela cautelar se deba dar “conocimiento” a la parte afectada, sin que se precise el que antes se haya dado ejecución a la resolución, es decir, el que la tutela cautelar se haya ya perfeccionado. De ser realmente así, se habría

desnaturalizado por completo la ratio de la concesión *inaudita altera pars*, pues esta alteración de la regla maestra del proceso (cuál es el contradictorio previo a la adopción de cualquier resolución judicial) encuentra su normal justificación en el que la audición previa de la contraparte podría perjudicar – como dicen los españoles- “ el buen fin” de la tutela cautelar, es decir, la “ ejecución “ de la cautela, momento en el cual queda recién constituida la “ situación cautelante. (Ariano, 2014)

LEDESMA, explica que, Una vez establecida la naturaleza de la oposición es menester efectuar una aclaración, que, si bien ha sido legislativamente solucionada, en la práctica la magistratura aún incurre en equívocos, y esto es si al momento de ser notificado con el mandato cautelar se puede interponer indistintamente una apelación o una oposición.

La oposición así entendida constituye un medio de defensa de favor del demandado con la finalidad de que la concesión de la medida cautelar pueda ser sometida a revisión por parte del propio juez que la expidió, y no por el superior jerárquico como anteriormente se establecía. Conforme establece la propia norma, la resolución que resuelve la oposición puede ser apelada. En efecto, en caso de que el juez declare fundada la oposición, el juez además deberá dejar sin efecto la medida cautelar ordenada, ante lo cual, el demandante podrá apelar. En caso de que el juez declare infundada la oposición, el afectado puede impugnar la decisión del juzgador mediante el recurso de apelación. (Ledesma, 2013)

TÍTULO III

METODOLOGÍA

1. Material

Libros, artículos y sentencias y la ley N° 29384

2. Tipo de investigación

- ✓ Por su profundidad

La presente investigación es **descriptiva explicativa** porque al desarrollar los objetivos planteados se hallan conocimientos relevantes que son interpretados y cuyos resultados se analizan a fin de extraer generalizaciones que contribuyan al conocimiento.

- ✓ Por su Finalidad

La presente investigación es **básica** en la medida que el principal objetivo es dar a conocer el problema presentado en el trámite de las medidas cautelares en que el afectado con una medida cautelar, puede apelar sin previamente oponerse.

3. Método

Para toda la investigación se utilizó el **método científico**, entendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos lógicos que sigue la investigación para descubrir las relaciones internas y externas de los procesos de la realidad natural y social, método utilizado al momento de formular el problema y construir los objetivos.

Métodos Lógicos

- Método inductivo deductivo

El método inductivo consiste en ir de lo particular a lo general mientras que en lo deductivo, va de lo general a lo particular. Suele emplearse la deducción para elaborar las hipótesis y la inducción para confrontar los hallazgos.

En la presente investigación se utilizó el método inductivo al buscar la solución al problema planteado.

- Método analítico

Este método de investigación, Consiste en la extracción de las partes de un todo, con el objeto de estudiarlas y examinarlas por separado.

- Método sintético

Este método consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, en el presente trabajo fue empleado este método en el resumen de toda la información recolectada.

- Método Histórico

En este método está vinculado al conocimiento en sus distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, y así poder utilizar el empleo en los antecedentes del presente trabajo de investigación.

3.1. Métodos Jurídicos

- Método hermenéutico

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método hermenéutico, entendiéndose a éste como el estudio de la coherencia interna de los textos y de la coherencia de las normas y principios.

- Método exegético

Es el método de interpretación por el cual se estudia artículo por artículo, de las normas jurídicas, en tal sentido sólo puede ser utilizado para estudiar o interpretar normas legales y no otras fuentes o partes del derecho.

- Método doctrinario

Este Método es utilizado para seleccionar la información con bases doctrinarias, extraído de las distintas posturas sobre el tema en cuestión de autores nacionales que cuestionan a la modificatoria del nuevo trámite de las medidas cautelares.

- Método interpretativo

Mediante este método empleado sirvió para desentrañar la significación lógica de la norma jurídica. En la investigación para delimitar conceptos y obtener conclusiones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos.

4. Técnicas e instrumentos de investigación

Técnicas para la colecta de datos:

- **De la observación no conductiva**, porque estará centrada en la revisión de libros, revistas, y otros documentos que tengan relación con la investigación.
Los instrumentos empleados fueron los senso perceptuales.
- **Del Internet**, técnica empleada mediante el instrumento las páginas web y buscadores, que fueron de ayuda para recoger parte de la información incluida en los antecedentes.
- **Del fotocopiado**, técnica que mediante el instrumento fotocopia, permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y el procesamiento de la información.
- **De la recopilación bibliográfica**. Técnica empleada mediante el instrumento escáner, que ayudó a convertir la información fotocopiada de los libros en páginas

TÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

SUBTÍTULO I: RESULTADOS

A continuación, se presentan los resultados de acuerdo a la información recogida.

PRIMERO: En el caso de una medida cautelar que los magistrados concedan el recurso de apelación al afectado sin haber previamente interpuesto oposición, no afecta el debido proceso ya que es un recurso especial ya que así lo estipula el artículo 15 del código procesal constitucional, respecto del trámite de las medidas cautelares en los procesos constitucionales, y más aún en los procesos constitucionales no especifica a la

oposición solo le faculta al afectado con la medida cautelar, interponer el recurso de apelación.

SEGUNDO: En el presente trabajo se llega a definir en que en la modificatoria introducida al artículo 637° del código procesal civil, y mediante el análisis de diferentes autores lo interpretan en que la oposición es solo una alternativa al afectado con una medida cautelar más no se le puede restringir a que primero formule oposición para que después pueda apelar, no debe de ser interpretada como una traba para acudir a la segunda instancia mediante el recurso de apelación.

TERCERO: El artículo 637 del referido texto procesal, modificado por la ley N° 29384 no establece propiamente una claridad de la oposición, al regular el momento o instante en que se puede interponer la oposición: esto es, dictada la resolución cautelar, desde cuando se computa, el plazo y entre otros supuestos.

CUARTO: En el desarrollo del presente trabajo algunos autores cuestionan respecto a la notificación de la resolución cautelar, no definen en qué momento se computa el plazo de cinco días para oponerse, la alternativa que el autor, ROLANDO MARTEL CHANG, señala que: la falta de precisión sobre el momento que debe notificarse la resolución cautelar puede complicar la ejecución de la medida, se pone en riesgo su ejecución, al abrir la posibilidad de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida.

QUINTO: En lo referente a la posibilidad de formular oposición u apelación en una resolución cautelar, Es una facultad que tiene el afectado para formular dichos medios de defensa. Pero lo más idóneo sería en que dicho plazo de cinco días debe ser de 3 días ya que para apelar el plazo es de 3 días, por tal motivo en caso de que el afectado no apele durante el plazo de los 3 días, todavía tendría 2 días para oponerse por lo que la mejor alternativa sería el plazo de 3 días para ambos medios de defensa para que haya uniformidad.

SEXTO: En el análisis del trámite de las medidas cautelares en los procesos civiles y constitucionales, se da con el resultado en que, las medidas cautelares en los procesos constitucionales no hace mención a la oposición, la alternativa que tiene el afectado con una medida cautelar es que tiene la facultad para formular apelación en ese contexto no tiene una uniformidad con el trámite de las medidas en los procesos civiles ya que en este, lo que especifica es la formulación de la oposición más no hace mención de que el afectado puede apelar dicha resolución cautelar. lo que da a entender que una resolución

que concede una medida cautelar, primero se tiene que oponer para luego poder apelar en caso que la oposición sea denegada.

SUBTÍTULO II: DISCUSIÓN

Esta investigación tuvo como objetivo principal el Determinar si procede interponer recurso de apelación contra la resolución que concede una medida cautelar sin haber interpuesto previamente oposición.

Afirmar que no se le puede negar al afectado con una medida cautelar, para formular el recurso de apelación. Sin previamente oponerse tal como lo estipula el artículo 637 del código procesal civil.

Se presenta el aporte de autores al problema suscitado.

ARIANO DEHO cuestiona la redacción del segundo párrafo del artículo 637 del código procesal civil considera que provoca perplejidad, por lo que según su criterio explica que, en parte está bien y en otra distinta por el hecho en que según la norma deja inferir que tan pronto se emita la resolución concesoria de la medida cautelar, se deba dar conocimiento a la parte afectada, sin precisar en que antes se haya dado la ejecución de la resolución, es decir, el que la tutela cautelar se haya perfeccionado. De ser realmente así, se habría desnaturalizado por completo la ratio de la concesión *inaudita altera pars*, pues esta alteración de la regla maestra del proceso (cuál es el contradictorio previo a la adopción de cualquier resolución judicial) encuentra su normal justificación en el que la audición previa de la contraparte podría perjudicar – como dicen los españoles- “ el buen fin” de la tutela cautelar , es decir, la “ ejecución “ de la cautela, momento en el cual queda recién constituida la “ situación cautelante.

Para MARIANELLA LEDESMA, Esta en que, Una vez establecida la naturaleza de la oposición es menester efectuar una aclaración, que, si La oposición así entendida constituye un medio de defensa de favor del demandado, con la finalidad de que la concesión de la medida cautelar pueda ser sometida a revisión por parte del propio juez que la expidió, y no por el superior jerárquico como anteriormente se establecía. Conforme establece la propia norma, la resolución que resuelve la oposición puede ser apelada

Távora, El recurso de apelación es, por decirlo así, el recurso más “común”. Y ello es verdad, pues la gran mayoría de resoluciones expedidas en un proceso judicial son, en la práctica, atacadas por apelación. Este recurso es ordinario y propio, y ataca autos o sentencias, salvo que otros medios impugnatorios sean los adecuados o, en todo caso, que aquellas resoluciones no sean impugnables.

TÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERO. - El afectado con una medida cautelar tiene el derecho de interponer recurso de apelación, por lo que no afecta el debido proceso, ya que es un recurso especial, así lo estipula el artículo 15 del código procesal constitucional. Basado en el principio de doble instancia, su interpretación debe de ser como una alternativa para el afectado con una medida cautelar de oponerse u apelar.

SEGUNDO. - La oposición en la nueva reforma del artículo 637 del código procesal civil, se concluye en que el afectado con una medida cautelar tiene la posibilidad de oponerse

u apelar, más no se puede interpretar como una restricción de plantear el recurso de apelación.

TERCERO. - El momento que debe de notificarse la resolución cautelar no es específica, por lo que la manera adecuada de interpretarse es después de ejecutada la medida cautelar y así se evita la posibilidad de que el afectado con la medida cautelar ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida.

CUARTO.-Se concluye en que el plazo de las medidas cautelares en la apelación y oposición no es uniforme, ya que en la apelación el plazo es de tres días, en cambio la oposición con la nueva reforma del artículo 637 del código procesal civil es de 5 días. lo que se entiende que si el afectado con la medida cautelar no apela durante los tres días, tiene dos días para oponerse por lo que lo más adecuado es en que el plazo para oponerse debe de ser 3 días.

QUINTO.- El trámite de Las medidas cautelares en los procesos constitucionales como es en la acción de Amparo, Hábeas Data y acción de Cumplimiento, no hace mención a la oposición, el afectado con una medida cautelar directamente puede formular apelación. En cambio, en los procesos civiles el afectado con una medida cautelar tiene 5 días para oponerse a la resolución cautelar, más no especifica la apelación por lo que en los ambos casos el trámite es distinto.

RECOMENDACIONES

1. En este caso resulta necesario modificar el texto actual del artículo 637 del código procesal civil respecto a la tramitación de las medidas cautelares, porque en dicha modificación no precisa el momento en que se debe notificar al afectado. Por lo que lo más idóneo es que en dicha modificación se debe incorporar la fecha en que se debe contabilizar los 5 días resolución cautelar. Sin tratar de perturbar el cumplimiento de dicha medida cautelar.
2. El artículo 637 del referido texto procesal, modificado por la ley N° 29384 no establece propiamente una noción de la figura de la oposición; sino por el contrario,

se restringe a regular el momento o instante en que se puede interponer la oposición: esto es, dictada la medida cautelar, desde cuando se computa el plazo, entre otros supuestos. Lo que se propone es en que dicho artículo debe especificar que, una vez ejecutada la medida cautelar se debe de notificar al afectado, para ejercer el derecho de defensa y así evitar la posibilidad de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida.

3. La restitución legislativa en el ordenamiento jurídico nacional de la figura de la “oposición” podría ser entendida como una correcta y justa forma de garantizar los derechos e intereses del sujeto pasivo de la relación procesal en el marco de la tutela cautelar, no obstante, consideramos que si no se hace una correcta interpretación y aplicación de esta, puede conllevar a que sea indebida e impropriamente utilizada por algunos litigantes maliciosos, pudiendo degenerar en un efecto contrario al que se pretendió; es decir, por querer garantizar el derecho de contradicción del demandado, se podría terminar por afectar los del sujeto activo(demandante); hecho que sin duda debemos rotundamente rechazar.

Bibliografía

- Alfaro, R. (2009). *Guía Rápida del Proceso constitucional de amparo*. Lima: Grijley. E.I.R.L.
- Ariano, E. (2014). *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Armando, A. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Carrión, J. (2009). *Tratado de Derecho Civil proceso único de ejecución*. Lima: Grijley.
- Falcón, E. (2005). *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Astrea.
- Gómez, F. (2008). *Proceso de Cumplimiento*. Lima: Grijley.
- Gutiérrez, G. (2007). *Todo sobre el Código Procesal Constitucional*. Lima: MFC. Editores E.I.R.L.

- Hinostroza, A. (2011). *Proceso Cautelar*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Jurídica, G. (2008). *Proceso de Cumplimiento*. Lima: El búho E.I.R.L.
- Jurídica, G. (2008). *Proceso de Hábeas Data*. Lima: El búho E.I.R.L.
- Ledesma, M. (2008). *Los Nuevos Procesos de ejecución cautelar*. Lima: El búho E.I.R.L.
- Ledesma, M. (2013). *Las medidas cautelares en el Proceso Civil*. Lima: El búho.
- Marcone, J. (1995). *Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares*. Lima: A.F.A. Editores S.A.
- Martel, R. (2003). *Tutela Cautelar y medidas satisfactorias en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores.
- Monroy, J. (2004). *La formación del proceso civil Peruano*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Obando, V. (2003). *Temas del Proceso Civil*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Ortecho, V. (2007). *Procesos constitucionales y su jurisdicción*. Lima: Grijley.
- Peláez, M. (2007). *El Proceso Cautelar*. Lima: Grijley.
- Rioja, A. (2007). *El Nuevo Proceso de Amparo*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Rioja, A. (2011). *El Nuevo Proceso Civil Peruano*. Arequipa: ADRUS. S.R.L.
- Rodríguez, E. (2006). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Taramona, J. (1998). *Procesos de ejecución y Procesos Cautelares*. Lima: Huallaga.
- Távora, F. (2009). *Los Recursos Procesales Civiles*. Lima: El búho E.I.R.L.
- Veramendi, E. y. (2011). *Manual del código Procesal Civil*. Lima: El búho E.I.R.L.
- Zavaleta, W. (2003). *Código Procesal Civil Comentado*. Lima: Rodhas.

ANEXOS.