

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

CRITERIOS AXIOLÓGICO JURÍDICOS PARA UNA TEORÍA UNITARIA DE LA CONTRACAUTELA Y LA INDEMNIZACIÓN POR LA INTERPOSICIÓN INNECESARIA O MALICIOSA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. WILLIAMS VENTURA PADILLA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT@ 2021 by
WILLIAMS VENTURA PADILLA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**CRITERIOS AXIOLÓGICO JURÍDICOS PARA UNA TEORÍA UNITARIA DE
LA CONTRACAUTELA Y LA INDEMNIZACIÓN POR LA INTERPOSICIÓN
INNECESARIA O MALICIOSA DE LA MEDIDA CAUTELAR**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. WILLIAMS VENTURA PADILLA

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca

LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDUC/D

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 17:00 horas del día 13 de agosto de dos mil veintiuno reunidos a través de meet.google.com/yxm-nkba-qkt, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA** y **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**; y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **CRITERIOS AXIOLÓGICO JURÍDICOS PARA UNA TEORÍA UNITARIA DE LA CONTRACAUTELA Y LA INDEMNIZACIÓN POR LA INTERPOSICIÓN INNECESARIA O MALICIOSA DE LA MEDIDA CAUTELAR**; Presentado por el **M.Cs. WILLIAMS VENTURA PADILLA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de quince (15), la mencionada Tesis; en tal virtud, el **M.Cs. WILLIAMS VENTURA PADILLA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

Siendo las 18 horas con 07 minutos del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

A mis amadas hijas: Valeria e Ivania, quienes
son la fuente de mi motivación e inspiración.

AGRADECIMIENTO:

A la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, así como a los docentes del Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca por brindarme la oportunidad de obtener la información y los conocimientos requeridos en el mejoramiento de la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDO	vii
RESUMEN.....	x
<i>ABSTRACT</i>	xi
INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPÍTULO I	1
MARCO METODOLÓGICO.....	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	5
1.3. Justificación e importancia.....	5
1.4. Delimitación de la investigación.....	7
1.4.1. Espacial.....	7
1.4.2. Temporal	7
1.5. Limitaciones.....	7
1.6. Hipótesis	7
1.7. Categorías	8
1.8. Objetivos	9
1.8.1. General	9
1.8.2. Específicos	9
1.9. Tipos de Investigación	10
1.10. Métodos de investigación	11
1.10.1. Generales	11
1.10.2. Específicos	12
A. Dogmático.....	12
B. Exegético	13
1.11. Población, muestra, unidad de análisis y unidad de observación.....	13

1.12. Técnicas e instrumentos de recopilación de información.....	14
1.12.1. Técnicas de recolección	14
1.12.2. Técnicas de análisis	14
1.12.3. Instrumento.....	14
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	15
2.1. Estado Constitucional de Derecho y Neo constitucionalismo	15
2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN	32
2.2.1. Conocimiento previo de los paradigmas jurídicos	32
2.2.2. Enfoque Constitucional postpositivista.....	59
2.2. MEDIDA CAUTELAR	81
2.2.1. Maliciosa	83
2.2.2. Innecesaria.....	84
2.2.3. Tramitación de la ejecución.....	85
2.2.4. Desconocimiento normativo por parte de los abogados y sujetos .	93
2.3. CONTRACAUTELA	97
2.4. INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	98
CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	102
3.1. Protección del derecho a la tutela efectiva en su sentido amplio con la concentración de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa	102
3.2. La protección del derecho a la defensa con la unificación de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa	116
3.3. La erradicación del abuso del Derecho y el ejercicio irregular del mismo con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa	127

3.4. El favorecimiento que la teoría unitaria del resarcimiento proporciona a la eficacia de la disposición normativa vinculada a la ejecución de la contracautela o la indemnización por interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.....	130
CONCLUSIONES.....	135
RECOMENDACIONES.....	137
PROPUESTA NORMATIVA.....	138
Proyecto de ley que modifica los artículos 613 y 621 de la Resolución Ministerial 010-93-JUS, TUO del Código Procesal Civil	138
LISTA DE REFERENCIAS METODOLÓGICAS Y EPISTEMOLÓGICAS.....	154

RESUMEN

El propósito de la investigación es la definición de los criterios axiológico jurídicos para proponer una teoría unitaria de la caución y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano; para conseguir el mismo se ha establecido como tipología la investigación básica, pues busca determinar los elementos de una teoría que servirá como base para una futura regulación normativa, el nivel o alcance de la misma es explicativo-propositivo y el análisis de tipo cualitativo; la única técnica utilizada para la recolección de los datos es la observación documental que ha sido aplicada utilizando las hojas guía; en cuanto al análisis e interpretación, se han utilizado los métodos genéricos como el análisis, la síntesis, la deducción, el método estructural funcional y el dialéctico; en cuanto a los métodos específicos, se ha utilizado la dogmática, para efectos de la construcción de la nueva teoría jurídica y la hermenéutica para comprender el contenido de las disposiciones normativas relativas al tema. Al respecto, se ha concluido que la única teoría unitaria que debería aplicarse es la de la responsabilidad civil, pues la interposición de la medida cautelar maliciosa o innecesaria, no calza con la naturaleza y contenido de la contracautela, ni con la naturaleza y contenido de la indemnización.

Palabras clave: Medida cautelar maliciosa o innecesaria, contracautela, indemnización, responsabilidad civil.

ABSTRACT

The purpose of the investigation is the definition of legal axiological criteria to propose a unitary theory of the bond and compensation for the unnecessary or malicious interposition of the precautionary measure in the Peruvian legal system; in order to achieve this, basic research has been established as a typology, since it seeks to determine the elements of a theory that will serve as a basis for future normative regulation, the level or scope of which is explanatory-proactive and the analysis of qualitative type; the only technique used for data collection is the documentary observation that has been applied using the guide sheets; In terms of analysis and interpretation, generic methods such as analysis, synthesis, deduction, functional structural method and dialectic have been used, in terms of specific methods, dogmatics has been used for the purpose of constructing the new legal theory and hermeneutics to understand the content of the normative provisions related to the subject. In this regard, it has been concluded that the only unitary theory that should be applied is that of civil liability, since the filing of the malicious or unnecessary precautionary measure does not fit with the nature and content of the countercaution or with the nature and content of the compensation.

Key words: *Malicious or unnecessary precautionary measure, countercaution, compensation, civil liability.*

INTRODUCCIÓN

La pregunta de investigación que contiene al problema central de la misma, ha surgido a partir del antecedente comprobado en un anterior trabajo del investigador, acerca de la ineficacia del articulado correspondiente a la contracautela y la indemnización por la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria; es por ello que, se ha formulado la siguiente cuestión a resolver: ¿Cuáles son los criterios axiológico jurídicos para proponer una teoría unitaria de la caución y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano?.

Con lo dicho, el objetivo general se determinó de la siguiente manera: Definir los criterios axiológico jurídicos para proponer una teoría unitaria de la caución y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano; del cual se desprendieron las siguientes categorías primarias u originarias: 1) Contracautela; 2) Indemnización; 3) interposición maliciosa o innecesaria de la medida cautelar; 3) Teoría Unitaria.

Dichas categorías han determinado los objetivos específicos de la investigación: 1) Correlacionar el contenido y finalidad de la contracautela con los elementos y efectos de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria; 2) Correlacionar el contenido y finalidad de la indemnización con los elementos y efectos de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria; 3) Establecer los criterios axiológico jurídicos que sientan las

bases de la contracautela y la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa; 4) Proponer una teoría unitaria de la contracautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano.

La ejecución de estos objetivos ha requerido de una investigación de tipo básica, puesto que se pretende trabajar con contenidos netamente teóricos y dogmáticos relativos al desarrollo de la teoría unitaria antes dicha; para tales efectos, el nivel o alcance de investigación es el explicativo propositivo, pues el descubrimiento de los criterios axiológico jurídicos implica el trazado de una relación causal entre dichos criterios y los elementos de la teoría unitaria ya mencionada; así, el análisis requerido es de carácter netamente cualitativo, pues, se prescindirá de los estudios numéricos cuantitativos para preferir el estudio de los elementos, cualidades, características y funcione de cada una de las teorías y dogmas estudiados.

Con lo dicho, se tiene que la hipótesis trazada para la investigación es la siguiente: Los criterios axiológico jurídicos para proponer una teoría unitaria de la caución y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano: a) La protección del derecho a la tutela efectiva en su sentido amplio con la concentración de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa; b) La protección del derecho a la defensa con la simplificación de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición

de una medida cautelar innecesaria o maliciosa; c) La erradicación del abuso del derecho y el ejercicio irregular del mismo con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa; d) El favorecimiento a la eficacia de la disposición normativa vinculada a la ejecución de la contracautela o la indemnización por interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.

La contrastación o comprobación de la misma se ha llevado aplicando como única técnica de recolección de información a la observación documental que ha propiciado una revisión sistemática de fuentes primarias y secundarias, debidamente registradas según lo establecido en la hoja guía de análisis documental; luego de recabada la información, ésta ha sido analizada utilizando como principal método general a la deducción, puesto que se ha trabajado con teorías y dogmas jurídicos, pero además, para comprenderlos, se ha tomado nota del método analítico – sintético y los métodos específicos como la dogmática y la hermenéutica.

Luego de los cual, se ha logrado obtener como resultado que no existe razón para diferenciar procedimentalmente entre la contracautela y la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria y que ambas exigen la aplicación de los elementos de la Responsabilidad Civil para su determinación; situación que no alcanza a su ámbito sustantivo que, independientemente del procedimiento unitario, requiere de un análisis independiente, como todas las materias sometidas al procedimiento de la responsabilidad civil.

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema

El derecho en la actualidad es entendido como un conglomerado de normas, positivizadas o no, que conforman un sistema interconectado dotado de eficacia práctica. Con ello se quiere decir que la noción decimonónica de que el derecho se reduce a un sistema de normas positivizadas emanadas de la función legislativa ha ido perdiendo vigencia paulatinamente a lo largo del siglo XX y, definitivamente en el presente siglo.

El derecho no es únicamente el resultado de una labor legislativa, sino que, y sobre todo, es el producto de su aplicación por parte de los operadores jurídicos en general, tal y como lo señalaba Trazegnies Granda (1995), el legislador ha muerto para darle paso a la labor jurisdiccional, la cual guarda la responsabilidad de aplicar el derecho no nato en cada caso concreto, circunstancia que lo dota de vida.

En este entendido, es labor importante tanto del juzgador como de la función jurisdiccional asegurar que el sistema ideado legislativamente tenga una correcta aplicación materialmente y que su funcionamiento como sistema se encuentre asegurado en todos y cada uno de los casos presentados ante la judicatura.

Una de estas labores ocurre en los casos judiciales en los que, con el proceso principal, se presenta una medida cautelar que busca asegurar la eficacia de la última resolución emitida. Dicha habilitación formal la otorga el artículo 608 del Código Procesal Civil que faculta al Juez que conocerá de la causa es competente para dictar las medidas cautelares que se presenten, las mismas que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Y es que ocurre que la medida cautelar es un medio por el cual se protege al demandante ante una eventual actuación del demandado que lleve a causar la imposibilidad de efectivizar la sentencia dictada en su contra; sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional y el ordenamiento jurídico es imparcial, se ha ideado también la figura de la contracautela, como mecanismo que permite asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, tal y como puede constatarse en la redacción del artículo 613 del mismo cuerpo normativo ya señalado.

Es así que, el artículo 620 del Código Procesal Civil, refiere que cuando es “Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho”, lo cual resulta razonable debido a que se comprueba que el demandante actuó de buena fe y sin ejercer de manera abusiva el derecho, con la única intención de cautelar la ejecución de su derecho una vez que se haya obtenido la resolución que le dé la razón en el asunto de fondo.

Por otro lado, al artículo 621, prescribe como sanciones ante la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa, lo siguiente:

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados... (Ministerio de Justicia, 1993)

Siendo así, y aplicando una interpretación sistemática, se tiene que, para hacer efectiva la institución de la contracautela, la misma que no cuenta con regulación adicional para su ejecución cuando ha sido ofrecida a modo de caución juratoria; se advierte que el artículo en mención sobrepasa los límites del contenido de dicha figura y regula además la condena de costos y costas del proceso cautelar, una multa no mayor a diez unidades de referencia procesal y, a pedido de parte se podrá solicitar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Así tenemos que por ante el Tercer Juzgado Civil de la ciudad de Cajamarca, durante el año 2015, se han registrado 02 casos de esta naturaleza, de los cuales no se tiene registro alguno de que la parte afectada, con la medida cautelar, haya solicitado se efectivice la contracautela ofrecida.

Tal es el caso, en el expediente cautelar 288-2012-1, en el cual con fecha 04 de mayo del 2012, se declaró fundada la pretensión contenida en la medida cautelar en forma de anotación de demanda en la partida electrónica número 11025618 del registro de propiedad inmueble de

Cajamarca, teniéndose por ofrecida la contracautela, para luego en el proceso principal de nulidad de acto jurídico, con fecha 29 de abril del 2015 se haya declarado infundada dicha pretensión, la cual ha sido confirmada por la Sala Especializada Civil Permanente de Cajamarca, mediante sentencia de vista N° 127-2015-SEC de fecha 27 de noviembre del 2015.

De igual manera se tiene que, en el expediente cautelar 438-2010-16, con fecha 30 de junio del 2010, se declaró improcedente la medida cautelar temporal sobre el fondo, dictándose medida cautelar de no innovar, en consecuencia se ordenó a los demandados el cese de actos de perturbación y se abstengan de realizar edificaciones o plantaciones o derribar el cerco perimétrico que levante la entidad edil o destruir cercos de pencas que aún existan, para luego en el proceso principal de interdicto de retener, con fecha 10 de junio del 2015 se haya declarado infundada dicha pretensión, la cual ha sido confirmada por la Sala Especializada Civil Transitoria de Cajamarca, mediante Sentencia de Vista N° 0007-2016-SCT de fecha 18 de mayo del 2016.

Habida cuenta que todas las figuras jurídicas tienen un sustento y, en el caso de la contracautela, además de ser un requisito de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar, también es una institución jurídica que asegura el resarcimiento al afectado en caso de que ésta se haya interpuesto de manera innecesaria o maliciosa.

La identificación de las razones jurídicas de la ineficacia de dicha figura, contribuyen con las políticas legislativas y jurisdiccionales orientadas a la implementación de la contracautela como figura jurídica y a su correcta aplicación, razón por la que el problema de investigación es de suma importancia.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios axiológico – jurídicos para proponer una teoría unitaria de la contracautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3. Justificación e importancia

La razón por la que se pretende desarrollar la presente investigación redunda en la finalidad de dotar de uniformidad la ejecución de la contracautela y de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, establecer los procedimientos a llevar a cabo por el justiciable y asegurar la tutela jurisdiccional efectiva en este tipo de casos.

Dicho beneficio radicará en una correcta aplicación del articulado referido a las medidas cautelares, principalmente de parte de los abogados defensores que utilizan este mecanismo indiscriminadamente, incluso en los supuestos en los que no corresponde.

En igual medida, contar con las razones por las cuales los afectados con una medida cautelar maliciosa o innecesaria no hacen efectiva la contracautela ofrecida o ejecutan una indemnización, coopera positivamente para que disminuyan los casos de interposición indiscriminada de las medidas cautelares por parte de los litigantes, corrige la conducta de los abogados patrocinadores que suelen hacer uso de argucias legales con la finalidad de obtener algún beneficio en el marco del proceso y posibilita a los afectados con la medida cautelar para que vean resarcidos los daños tanto patrimoniales como extra-patrimoniales que se les ha causado con la interposición innecesaria o maliciosa de las medidas cautelares.

A nivel doctrinario, constituye un aporte en la delimitación del contenido de la contracautela, definiendo cuáles son los elementos que la componen, los alcances de su regulación y los procedimientos a utilizarse para su ejecución; dicho ejercicio es de suma importancia puesto que si bien se desarrolla en un plano abstracto – teórico, tiene finalidades prácticas que favorecen la ampliación de la prescripción normativa respecto del tema particular y, finalmente, su correcta aplicación de parte de los jueces, secretarios, abogados y usuarios de la administración de justicia en general.

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1. Espacial

La presente investigación, por ser básica y teórica y requerir de un análisis cualitativo, no cuenta con ámbito espacial.

1.4.2. Temporal

La presente investigación, por ser básica y teórica y requerir de un análisis cualitativo, no cuenta con ámbito temporal.

1.5. Limitaciones

La principal limitación que ha sufrido la presente investigación está en la inexistencia de literatura respecto de la posibilidad de modificar la contracautela y la indemnización por medida cautelar maliciosa a un sistema unitario de resarcimiento mediante la configuración de los elementos de la responsabilidad civil; puesto que, ésta es una posición esbozada recién en el presente trabajo de investigación.

1.6. Hipótesis

Los criterios axiológico–jurídicos para proponer una teoría unitaria de la contracautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano, son:

- A. La protección del derecho a la tutela efectiva en su sentido amplio con la concentración de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.

- B. La protección del derecho a la defensa con la simplificación de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.
- C. La erradicación del abuso del derecho y el ejercicio irregular del mismo con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.
- D. La teoría unitaria del resarcimiento favorece a la eficacia de las disposiciones normativas vinculadas a la ejecución de la contracautela o la indemnización por interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa a partir de la teoría unitaria del resarcimiento.

1.7. Categorías

- C1: Tutela efectiva en su sentido amplio con la concentración de los presupuestos y procedimientos.
- C2: Derecho a la defensa con la simplificación de los presupuestos y procedimientos.
- C3: Erradicación del abuso del derecho y el ejercicio irregular del mismo.
- C4: Favorecimiento a la eficacia de la disposición normativa vinculada a la ejecución de la contracautela o la indemnización a partir de la teoría unitaria del resarcimiento.

1.8. Objetivos

1.8.1. General

Definir los criterios axiológico-jurídicos para proponer una teoría unitaria de la contracautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano.

1.8.2. Específicos

- a. Correlacionar el contenido y finalidad de la contracautela con los elementos y efectos de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria.
- b. Correlacionar el contenido y finalidad de la indemnización con los elementos y efectos de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria.
- c. Establecer los criterios axiológico-jurídicos que sientan las bases de la contracautela y la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa a partir de la teoría unitaria del resarcimiento.
- d. Proponer una fórmula normativa que favorezca una regulación unitaria de la contracautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico peruano.

1.9. Tipos de Investigación

1.9.1. De acuerdo al fin que persigue

De acuerdo al fin que se persigue, la presente investigación es de carácter básica debido a que no se ha modificado ni manipulado variable alguna para obtener una discusión; es decir, la discusión que se genera producto de la revisión sistemática de fuentes teóricas y dogmáticas, por lo que la aplicación de las medidas cautelares, a pesar de llevarse a cabo en el contexto de un proceso jurisdiccional, no han sido revisadas directamente en su ámbito factual, sino desde los postulados doctrinarios, dogmáticos y teóricos que las sustentan.

1.9.2. De acuerdo al diseño de la investigación

De acuerdo al diseño de la investigación, el nivel o alcance que tuvo la investigación es el explicativo - propositivo, pues la doctrina, teoría y dogmática relativa a las medidas cautelares y las consecuencias de su interposición maliciosa o innecesaria, y la construcción de una teoría unitaria del procedimiento de resarcimiento por los daños causados en relación a la responsabilidad civil, requirió del desarrollo de criterios que sustenten tal modificación, es decir, que sean la causa de una modificación en las disposiciones normativas.

1.9.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el cualitativo habida cuenta que, la revisión sistemática ha consistido en el *over view*, es decir, el análisis de las características de cada uno de los elementos componentes de las figuras jurídicas inmersas, medida cautelar, interposición maliciosa o innecesaria, contracautela, indemnización y responsabilidad civil, de manera que, no hizo falta desarrollar estadísticamente ninguno de dichos elementos, sino comprender su contenido y la manera de interrelacionarse a fin de construir un nuevo procedimiento para el resarcimiento por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

1.10. Métodos de investigación

1.10.1. Generales

A. Método Deductivo

Dado que el análisis en la investigación ha utilizado conceptos generales, abstracciones que han generado nuevas abstracciones básicas para la comprensión del procedimiento unitario para el resarcimiento por la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria; en ese sentido, lejos está del estudio casuístico, sino que conforma propuestas acerca de la futura aplicación ordenada y uniforme de una figura jurídica.

B. Método de análisis – síntesis

Este método ha sido utilizado para el estudio específico de la responsabilidad civil y su relación con la contracautela y la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, pues, se tratará de descomponer su contenido y sus elementos mínimos, cada una de sus tipologías y, a su vez, los componentes y finalidades de éstas; con ello, se podrá diferenciar cada una de sus finalidades y correlacionar estas con las finalidades del derecho civil.

1.10.2. Específicos

A. Dogmático

La dogmática jurídica es la ciencia de un derecho positivo vigente. Investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto que todo ordenamiento jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner en relieve principios opuestos y delimitar su ámbito

de vigencia (Coing, 1981, p. 245). En ese sentido, ha sido utilizado para establecer la relación entre las figuras resarcitorias relativas a la medida cautelar innecesaria o maliciosas y la correspondiente contracautela que debe imponerse.

B. Exegético

Desde la perspectiva sistémica, cabe señalar que se hizo uso del método exegético (Sánchez Vásquez, 2012) para comprender la perspectiva del legislador al momento de dictar las normas relativas a la medida cautelar, su catalogación como maliciosa e innecesaria y la posibilidad de ejecutar la contracautela cuando se configuran dichas actuaciones, lo que se ha llevado a cabo mediante el estudio e interpretación de la exposición de motivos que dio lugar a su regulación.

1.11. Población, muestra, unidad de análisis y unidad de observación

Teniendo en cuenta el tipo de investigación, los métodos y las técnicas utilizadas, la investigación no cuenta con unidad de análisis, población o muestra.

1.12. Técnicas e instrumentos de recopilación de información

1.12.1. Técnicas de recolección

A. Observación documental

Debido a que el estudio fue cualitativo, la técnica de recolección de datos ha sido la revisión de documentos que contengan los expedientes generados por los procesos cautelares, la doctrina respecto al tema y las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales; que han sido mencionadas en el marco referencial y el marco metodológico, amén de otras propuestas que se vayan encontrando en el desarrollo de la tesis.

1.12.2. Técnicas de análisis

A. Argumentativa

Debido al carácter básico de la investigación según la cual se construyeron proposiciones dogmáticas para la implementación de la figura de la contracautela, se hace uso de la técnica argumentativa.

1.12.3. Instrumento

A. Hoja guía de observación documental

Este instrumento será utilizado para registrar la observación documental, tanto de las normas a revisar como de la doctrina.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Estado Constitucional de Derecho y Neo constitucionalismo

El Estado Constitucional de Derecho aparece con la primera Guerra Mundial, donde se critica al Estado legal de Derecho, cuya formalidad según los críticos, es un estado que se convierte en un defensor del orden y del sistema establecido para la protección de los intereses de la alta clase social, también se lo conoce como Estado burgués de Derecho, por lo que frente a ello es que se postula el Estado Derecho con un contenido social, buscando una justicia más justa para todos. Siendo que se abre paso a la consideración de la Constitución como una norma ciertamente legal y que se encuentre supeditada a las debidas garantías jurisdiccionales, es decir, para la postulación de un derecho ante cualquier tribunal debe estar establecido en la ley, de lo contrario no es un verdadero derecho. Por lo que ante este criterio es que se establecieron tribunales constitucionales, primero en Austria y, más tarde, en Checoslovaquia y España.

Cabe considerar, que después de la Segunda Guerra Mundial cuando ya se establecen en diferentes países europeos los tribunales constitucionales, se llega a consolidar lo que denominamos Estado Constitucional de Derecho, del mismo modo, no se podía mencionar de la propiedad del Estado legal de derecho, si no existía la jurisdicción contenciosa administrativa, tampoco se podía hablar de un Estado Constitucional de Derecho, si no existía Jurisdicción Contenciosa-

Constitucional. Evidentemente, el Estado Constitucional de Derecho, llega a adquirir una estructura diferente según las órdenes Constitucionales vigentes en cada país, así como también va a depender de las competencias de las que dispongan con Tribunales Constitucionales (Pelayo, 1991).

El Estado constitucional de derecho tiene como supuesto esencial la división de poderes, principio recogido del Estado de Derecho; la división de poderes, en especial entre el poder constituido y el constituyente, es parte fundamental de todo Estado debido a que no hay invasiones entre estos, por lo que tienen la libertad en sus decisiones, acciones y competencias; por lo que esta división de poderes surge como la garantía y custodia entre ambos poderes. Cabe resaltar una de las diferencias sustanciales entre el Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, siendo que en el primero, el derecho se reconoce con la ley o con normas dictadas en función de una ley, es decir, los derechos peticionados tan solo son reconocidos si están establecidos en una norma, ignorando de esa manera otros que no se encuentran dentro de la ley; en cambio en el Estado Constitucional de Derecho se eleva a la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias, por lo que no solo acoge el principio de la Supremacía de la Constitución sobre la ley y las demás normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, sino que también lo contempla de manera expresa en el texto Constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley, está sustentada en la doctrina propagada por

Hans Kelsen, en su libro Teoría Pura del Derecho, y hoy generalmente reconocida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico, es decir, reconociendo a la Constitución como la norma suprema de las demás normas según la jerarquía en la que se encuentren. Considerando de esa manera que el carácter jurídico de todos los actos encaminados a la creación del derecho, siempre deben estar inspirados en la Constitución, porque para su validez depende su adecuación a ella.

Pues, haciendo una consideración de lo desarrollado y desde la perspectiva de la historia vemos que nos encontramos con el principio escolástico de la unidad del orden expresado en la famosa fórmula *ad unum derivatur et ad unum reducitur*, es decir, que, en nuestro Estado, todo deriva de la Constitución y en efecto todo debe estar legitimado por su concordancia directa o indirecta con la misma. En este mismo entender de ideas, vale hacer una aclaración en el sentido que la primacía de la Constitución sobre la ley, no se justifica tan solo por la división de poderes entre el constituyente y el constituido, ni mucho menos por criterios lógicos sobre la estructura del orden jurídico, sino que se justifica con principio esencial que se encuentra dentro de todo ordenamiento jurídico, el cual es la seguridad jurídica, que es indispensable para la garantía de los derechos fundamentales de las personas (Pelayo, 1991).

El Estado Constitucional de Derecho, además de su particularidad respecto a la supremacía de la Constitución sobre la ley, también se

caracteriza porque los tres poderes públicos están sujetos a la Constitución, es decir, éstos siempre deben actuar, dentro de los límites de la competencia fundamental del Estado, sin poder invadir la esfera de autodeterminación de las personas ni la de autorregulación de la sociedad civil y dentro de las funciones específicas que a cada uno señala la Constitución, así como también a los demás órganos autónomos (Pelayo, 1991).

A continuación, es necesario desarrollar lo que en la actualidad se denomina Neoconstitucionalismo; esta teoría aparece, al igual que el Estado de Derecho, en los textos escritos después de la segunda Guerra Mundial, especialmente a partir del siglo XX, en donde cuyas normas ya no se están limitadas a regular la estructura del Estado y la competencia de los poderes, sino que regulan pautas de carácter sustantivo en donde se llegan a instituir fines y valores con el contenido de los derechos fundamentales, siendo que de esa manera condicionan, y en ocasiones limitan, el poder interno de las actuaciones del Estado; es así que como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y su resultado iluminador sobre las demás normas del ordenamiento jurídico; el neoconstitucionalismo ha establecido una modificación a los parámetros interpretativos estableciendo de esa manera estándares, una forma de interpretación a las normas para la justificación de las decisiones judiciales, es que se debe tener en cuenta los principios y valores que inspiran todo ordenamiento jurídico; es así que el neoconstitucionalismo está relacionado con un conjunto de “desarrollos teóricos novedosos”

(Rosa, 2010, pág. 45); que sirven para reflexionar sobre los fenómenos jurídicos, pero ello no solo queda en el simple análisis, sino que sirve esencialmente para el desarrollo de una mejor aplicación del derecho en situaciones concretas.

Para Ferrajoli citado por Carrillo de Rosa, precisa que el constitucionalismo, debe ser considerado como el nuevo modelo de derecho dentro de una democracia que está materializada en el nuevo prototipo del “Estado Constitucional de Derecho, como la superación del Estado Legislativo de Derecho” (Rosa, 2010, p. 46); siendo una de sus características principales, la existencia de un régimen de ligaduras centrales de las entidades del Estado con los principios y derechos fundamentales en las Constituciones que brotan después de la posguerra, donde se establecieron límites al legislador y a la mayoría de políticas eventuales.

En efecto, el constitucionalismo representa el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, donde no hay una mayor posibilidad a poderes soberanos, es así que todos se encuentran sometidos a la ley, la Constitución y esencialmente a los derechos fundamentales que deben ser garantizados; pues desde esta reflexión se constituyen técnicas y mecanismo idóneos para poder asegurar la eficacia en cuanto al cumplimiento de la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente.

En la actualidad se ha distinguido tres aspectos de análisis en el neoconstitucionalismo; el primero es el neoconstitucionalismo teórico; el segundo, una perspectiva ideológica y el tercero, una perspectiva metodológica, siendo así pasaremos a desarrollar cada uno de ellos; respecto al primer aspecto, lo que busca es describir los logros de la constitucionalización de los Estados modernos; el segundo, se ubica en un plano secundario el poder estatal, siendo que ubica a los derechos fundamentales como primer plano, en este entender el neoconstitucionalismo se vincula con el derecho procesal constitucional, por lo que llega a convertirse en una jurisdicción fuerte e independiente, en tal sentido, se considera el fundamento necesario para la garantía de la protección de los derechos fundamentales de la persona; respecto al último aspecto, éste percibe la existencia de una posible obligación moral de obedecer a la Constitución y demás normas acordes con el texto constitucional. Aunado a ello, reconoce a los principios constitucionales, así como a los derechos reconocidos que sirven como puente entre el derecho y la moral. De ello se puede extraer y determinar que hoy en la actualidad existe una convivencia entre el neo constitucionalismo positivo o teórico, el ideológico y el metodológico (Rosa, 2010, p. 47).

A manera de síntesis, el constitucionalismo, así, como el neoconstitucionalismo establecen un modelo conocido como Constitucional, es decir, el conjunto de preceptos legales e institucionales, ejecutados en un sistema jurídico-político históricamente establecido, que tienen como finalidad limitar los poderes del Estado protegiendo de esa manera los derechos fundamentales.

Cabe resaltar, que el neoconstitucionalismo en el derecho contemporáneo ha tenido rechazo como apoyo en las diferentes corrientes doctrinarias, debido a que para muchos críticos el derecho constitucional no ha sido innovado de tal forma que sobresalga por la teoría neoconstitucional, sino que más bien consideran que sigue siendo uno solo, porque de lo contrario esta nueva teoría tendría varias dificultades en la introducción del derecho moderno. El dilema se presenta de dos formas, en primer término, se critica al neoconstitucionalismo por que presenta una debilidad evidente en cuanto a la premeditada interpretación constitucional, que no tiene una coherencia con los esfuerzos de la parte orgánica de la misma. En segundo término, considerado de mayor incidencia que la anterior, es la excesiva entrega de responsabilidad y poder a los jueces al momento de emitir sus fallos, por otro lado, se ha criticado que la libertad de interpretación y aplicación constitucional estaría llevando una inseguridad respecto de los fallos. Sin embargo, los defensores del neoconstitucionalismo, tales como: Paolo Comanducci y Miguel Carbonell Sánchez, consideran que ésta teoría es algo nuevo para el derecho constitucional y las tres innovaciones esenciales son: los nuevos textos constitucionales, nuevas praxis jurisdiccionales y nuevos desarrollos teóricos, por lo tanto, todo el ordenamiento jurídico reposa sobre estos pilares (Rendón, 2014).

Cuando se habla de la constitucionalización del derecho, debemos tener en cuenta que el derecho se identifica por tener una constitución invasora, que condiciona a la legislación, a la jurisprudencia, la doctrina y los demás

comportamientos de los actores. En efecto la constitucionalización está conformada por diferentes rasgos primordiales de un ordenamiento jurídico, los cuales son: “la existencia de una constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la constitución, la sobre interpretación del ordenamiento constitucional, la aplicación indirecta de las normas constitucionales, la interpretación conforme a las leyes y la influencia de la Constitución en las relaciones jurídicas” (Rendón, 2014, pág. 49).

2.1.1. Presupuestos básicos del Estado Constitucional de Derecho

A. Evolución del Estado desde la Libertad hasta la Constitución

En efecto el estado Liberal se inicia en el siglo XVIII y XIX con la revolución Francesa, las funciones que tenía este tipo de Estado era administrar la justicia y garantizar la seguridad como un Estado mínimo, es decir, desde una esfera pública mínima y desde una esfera privada amplia; las instituciones del estado Liberal son: Constitución, división de funciones, los derechos fundamentales y la soberanía jurídico política.

Hablando de la Constitución, ésta viene a ser una norma política que es un pacto social que estructura cómo se dividen los poderes en el Estado. El estado es constitucional en doble sentido, el primero que está sometido a normas y éstas sirven para determinar la separación de los poderes y la organización del mismo.

En segundo sentido está estructurada de acuerdo a una Constitución que busca defender los derechos fundamentales de las personas; el Estado tenía las siguientes funciones; la función legislativa, que tiene una doble función o importancia, una viene a ser la voluntad de la sociedad que se expresa en la ley parlamentaria, y la asamblea Legislativa que viene a ser el órgano representativo y deliberante; función ejecutiva, encargada del cumplimiento de las normas, desarrollo de la leyes y la dirección de la administración, estando de ellos los diferentes tipos ejecutivos tales como: la monarquía, presidencia de la república y directorio; función judicial, se encargaba de la resolución de los conflictos planteados en la interpretación de la ley, conflictos entre ciudadanos y éstos con el Estado, en esta función el juez era la boca de la ley (Gámez, 2009).

En éste tipo de Estado la edificación del sistema liberal era la Supremacía de la ley, debido a que ésta era la expresión de la razón de la voluntad general de las personas, porque fija el bien común de los ciudadanos.

El concepto formal de la ley, era la norma abstracta, hecha por el parlamento y de aplicación general e igualitaria a todos los ciudadanos. Respecto al concepto material de la ley, ésta se basaba en dos principios que eran conocidos como “lo que a todos les interesa por todos de ser discutido” y la cláusula “libertad y propiedad” (Perez, 2011, p. 17).

La supremacía de la ley sirvió como triunfo a la clase alta o burguesa en el sentido que sólo se privilegió los intereses capitalistas disminuyendo el valor de la constitución y ser considerada como un mero documento político. Sin embargo, vale hacer mención que el carácter evolutivo del Estado liberal de un estado Oligárquico, se transformó cada vez más democrático.

El carácter evolutivo del régimen liberal, trae como consecuencias los movimientos obreros y próximamente la democratización. Trae la entrada del conjunto de ciudadanos en la lucha política rompiendo las bases sobre el que se formó el régimen liberal. Del mismo modo se rompe la estructura de la uniformidad de las asambleas liberales, típicas.

Luego el Estado liberal entra en crisis por múltiples razones, una de las tantas era, la lucha de las clases, la desigualdad del reparto de la riqueza, etc., generando un mal estar en toda la ciudadanía; luego de éste Estado pasamos al Estado Social de Derecho.

En el Estado Social de Derecho, se derrota a las experiencias totalitarias, se genera una transformación en cuanto a la forma de las relaciones entre la sociedad y el Estado. El Estado tiene una participación activa en la economía, se da la transformación de los valores liberales de la propiedad absoluta al sometimiento a la función social, se realiza un cambio de la seguridad jurídica a la

seguridad vital garantizando condiciones mínimas de vida a los ciudadanos, se corrige las desigualdades económicas, sociales, culturales, etc.; del mismo modo se reconoce la participación política como derecho no como función y se da el cambio de la organización del Estado convirtiéndolo en una organización básica (Díaz, 2013).

La transformación de estructura básica del Estado dentro del esquema de organización, da la separación de poderes, donde se evidencia la lucha contra la inestabilidad que mostraba el parlamento; por el contrario, existía una estabilidad del ejecutivo, dentro de este contexto se hacen una serie de cambios en cuanto al sistema electoral, estableciendo de esa manera una fuerte conexión con la mayoría parlamentaria y ejecutivo.

Por su parte el poder ejecutivo toma el manejo de la economía y dirección de la misma; luego al existir el predominio del parlamento sobre el ejecutivo se da la separación estricta de los poderes dejando esa conexión que los unía, pasa a formarse una cooperación entre ellos.

En el Estado social de derecho, se da el reconocimiento de la ley como norma suprema debido a que éste era elaborado por la expresión de la mayoría parlamentaria vigorosamente disciplinada y no como expresión general de la voluntad ni de la razón. Buscando de esa forma una nueva norma que exprese el acuerdo básico entre

los diferentes grupos políticos se llega a acuerdos mínimos para que la Constitución se convierta en la norma suprema y por lo tanto rija para todos los poderes públicos.

Como producto de la organización básica del Estado, del mismo modo se da la aparición de algunos derechos y libertades de los ciudadanos, tales como: aseguramiento de la igualdad material, es decir, se crearon normas que estaban orientadas al respaldo de los derechos de las personas, garantía de condiciones mínimas de vida y el reconociendo de los derechos sociales; considerándose de este modo como aquel “Estado que garantiza estándares mínimos de derechos, es de un lado y de otro lado, la adopción de garantías judiciales de rango constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución” (Betancur, 2019, p. 3).

Luego aparece el Estado de Derecho, el que representa la evolución histórica de las concepciones constitucionales, donde se da un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, dicho modelo de Estado no garantizaba del todo los derechos esenciales de las personas, puesto que sólo se reconocía derechos establecidos en la norma, en decir, para la protección de derechos que eran peticionados necesariamente establecidos en una norma, desconociendo de esa manera otros derechos.

Siendo que “la generalidad era la esencia de la ley en el Estado de Derecho” (Zagrebelky, 1995, p. 29); es así, como es que ha ido evolucionado el Estado hasta llegar al Estado Constitucional de Derecho actual.

2.1.2. Posturas relativas al Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo fue conocido por primera vez en el siglo XVIII, vocablo que fue utilizado para referirse a una serie de posiciones teóricas que estaban encaminadas de cierto modo a enfocarse en el derecho, que en su inicio se estaba delimitando y definiéndose, en efecto cuyas posiciones se encontraban contenidas de diferentes puntos de vista, posibles de poder unificarse y una vez unidas existía la posibilidad de poder formar una nueva teoría en derecho. Para que luego con el tiempo, esta corriente o pensamiento *iusfilosófica* se confrontaría con aquella corriente o escuela positivista, diferenciándose de la escuela iusnaturalista.

Es entonces desde aquel primer momento la palabra neo constitucionalismo ha tenido una difusión asombrosa en los diversos países de lengua española y la lengua europea. Cuando se comienza a utilizar dicho término, no sólo es utilizado para referirse a la filosofía constitucional, sino que en cierto modo se utilizaba para entender un cierto sistema jurídico, en particular se lo utilizaba para señalar aquel modelo de sistema jurídico proporcionado de una constitución larga, disciplinada y garantizada la cual se difundió en el siglo XX, en esencia el estado constitucional de derecho.

Una de sus características es el atipositivismo, debido a que algunos de sus críticos lo consideran como un movimiento incierto, más lo reconocen como familia de posiciones culturales, en lugar de una doctrina, olvidando sus aspectos útiles para implicar en la “insistencia de declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada de valores” (Pozzolo, 2015, p. 366).

El neoconstitucionalismo, ha realizado grandes cambios en cuanto al razonamiento jurídico, teniendo como finalidad de establecer límites al ejercicio del poder y las garantías individuales; en particular esta corriente *iusfilosófica* se caracteriza por el reforzamiento del carácter normativo que se le da a las Constituciones, es decir, las normas jurídicas contenidas en los textos constitucionales, aparte de ser consideradas norma de normas, también son consideradas principios, debido, a que las leyes están orientadas o inspiradas en la norma suprema, dándole de esa forma la validez que éstas necesitan.

Cuando se habla de principios a los que se ha identificado en el neoconstitucionalismo, se lo ha dividido en dos posiciones, una débil y otra fuerte; respecto a la primera, se afirma que los principios no son normas jurídicas, sino son normas extra sistemáticas que están más allá del derecho que sirven para ser utilizadas de manera auxiliar a las normas jurídicas en los casos complejos; a estas normas se las debe entender como principios del derecho natural.

En cuanto a la segunda, esta teoría, asume que dichos principios forman parte de la naturaleza de las normas jurídicas junto con las reglas, en la medida de un proceso de conjetura del propio ordenamiento jurídico; clasificándose esta postura en dos: “una posición fuerte-débil que ve en los principios normas jurídicas pero que sólo ejercen funciones subsidiarias, como la de interpretar, integrar y crear derecho” (Vélez, 2014, p. 35).

Como vemos los principios orientadores del neoconstitucionalismo, nacen de la objetividad moral, por lo tanto, para analizar dichos principios es necesario analizarlos en cada caso en particular desde un punto de vista ético. En efecto, ésta corriente filosófica, debe demostrarse como un pensamiento no positivista, pero alterna y externa al razonamiento entre positivistas y no positivistas debido a que intenta poner en discusión los propios presupuestos del razonamiento lógico deductivo, considerándose que “este es el modo correcto de interpretar la necesidad de «superar» las teorías tradicionales del Derecho” (Figueroa, 2017, p. 22)

2.1.3. Crítica al Neoconstitucionalismo

Dentro de las críticas más fuertes, que se ha hecho al Neoconstitucionalismo, consisten en que la mayoría de jueces, hacen una valoración de la ley sobre la base de sus criterios o de sus preferencias morales, siendo que, al desapegarse de la ley existe la posibilidad de generar una inseguridad jurídica.

Por otro lado, se cuestiona que el iusnaturalismo o principalísimo, esta incrustado en el llamado neoconstitucionalismo, teoría que, en el fondo, busca reconocer cada vez más derechos sin hacer una reserva técnica de la manera en que se van a ejercer los mismos o sin las correlativas obligaciones; la incorporación de derechos se da por la vaguedad que han sido redactadas las constituciones en cuanto a éstos.

En efecto las leyes no sólo deben estar acorde con la Constitución, sino también con el régimen imparcial de valores, que en puridad estarían por debajo de los enunciados Constitucionales, sin embargo, con el llamado Neoconstitucionalismo se crea una constitucionalización de cualquier derecho, es decir, “una suerte de canonización del orden jurídico. Las normas jurídicas deberían estar de acuerdo con la “moral constitucional”. El problema es determinar cuál es la moral constitucional a la que se hace referencia y cómo se conoce esa moral constitucional” (Correa, 2013, p. 2).

Por consiguiente, la falencia del neoconstitucionalismo consiste en determinar que en el Estado Constitucional de Derecho, existe una conexión necesaria entre el derecho y moral, otro de los puntos débiles, radica en hacer una distinción entre reglas y principios, llegando de esa manera a dar una amplia discrecionalidad en cuanto a la interpretación de las normas constitucionales.

Por otro lado, mediante esta corriente iusfilosófica se ha establecido reglas y principios que se debe tener en cuenta para la aplicación en la defensa de un derecho, lo cual trae una fuerte confusión a los operadores jurídicos debido a que la mayoría de jueces no entienden con nitidez en que momento aplicar una regla o principio, olvidando en tal sentido que éste tipo de criterio tan sólo se debe aplicar a casos muy difíciles donde existe la necesidad de hacer una ponderación, de los derechos en cuestión (Marcos, 2015).

En cuanto al neoconstitucionalismo principialista, ésta choca de plano con la advertencia que hacen los positivistas porque establecen que no deben existir principios abstractos en las mismas normas, ya que a su criterio, dichos principios no agregan nada al estado de Derecho, por el contrario en la justicia constitucional pueden jugar un rol extremadamente peligroso, en la medida que el Tribunal Constitucional, es llamado a decidir sobre una norma si es declara inconstitucional o no, podría anularla a una concepción de un principio Constitucional, que para el pueblo, no puede estar acorde con la necesidad y para la mayoría parlamentaria sí, generando en efecto una discusión insoportable en toda la ciudadanía (Casas, 2015).

2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Conocimiento previo de los paradigmas jurídicos

La discusión *iusfilosófica* comienza con el desarrollo de la doctrina *iusnaturalista* que se preocupó por encontrar y justificar aquel valor teleológico llamado justicia a través del respeto de los derechos naturales que eran obtenidos en base al razonamiento humano; sin embargo, esta concepción cambió radicalmente a partir del planteamiento de nuevas posturas que buscaron reducir el derecho a una fórmula matemática, a simples prescripciones escritas que están por sobre todos los demás institutos, normas de convivencia, ética y valores fundamentales de una sociedad, se realizó una exaltación excesiva de la ley razonando en la aplicación del derecho de una forma fría sin ninguna consideración moral, esta visión se apartó de concepciones religiosas, morales o subjetivas.

Sin embargo, el derecho no es solo norma (además hecho y valor) y por otra parte el ordenamiento jurídico no es un fin en sí mismo sino una vía para hacer de la convivencia humana una que apunte a la paz y la justicia. Esta doctrina aún subsiste hasta la actualidad y que, tal y como lo argumentaremos, es la causante de la ineficacia del concepto de contracautela.

No podemos dejar de reconocer que estos planteamientos surgidos ya en el siglo XX, dotaron a la ciencia jurídica de cierto orden sistemático con el que no contaba anteriormente con los planteamientos iusnaturalistas, es más, han logrado calar tan hondo que hasta ahora gozan de existencia en el subconsciente de los operadores jurídicos.

Tan es así que los procedimientos civiles y penales principalmente actúan con especial respeto de principios tales como el “principio de legalidad”, “interpretación de la ley”, entre otros, lo que es totalmente válido, siempre y cuando sean ejercidos de conformidad con los principios constitucionales.

Éste es el principal error de los procesalistas penales, magistrados y abogados en general, por lo menos los que se formaron el siglo pasado, anteponen la Ley a la Constitución, las formalidades a las finalidades, a pesar de contar con artículos expresos que indican lo contrario en el Nuevo Código Procesal Penal.

Por ello, a fin de comprender los postulados vigentes y los que no lo están más de la doctrina positivista, hemos creído conveniente analizar el pensamiento de uno de sus más grandes exponentes: Herbert Lionel Adolphus Hart (1983) quien ofreció una filosofía del Derecho, alternativa a la de Kelsen (1960), rechazando muchos

de los dogmas o prejuicios que atenazan la obra de éste, tales como el irracionalismo ético, el esquematismo reduccionista en cuanto a la concepción de las normas jurídicas, y sobre todo, el voto de pureza.

También se proclama positivista, como Kelsen (1960), y nunca renuncia a esta profesión de fe, se inspira en tradiciones propias y distintas pero sus posturas marcadamente distintas, aunque sin habérselo propuesto, son el punto de partida para que años después su propio estudiante, Ronald Dworkin (1984), funde las bases de la corriente constitucionalista como producto de la discusión doctrinaria que mantendría con su maestro.

Dos son las corrientes de pensamiento que influyen y confluyen en la obra de Hart (2012): la primera es la peculiar filosofía del Derecho positivista inglesa, conocida como Jurisprudencia analítica (p. 94), que tiene su principal precursor en Thomas Hobbes en lo que respecta a la comprensión del Derecho como el producto de una convención de hombres (2017, p. 141), su fundador en Jeremy Bentham desde su revisión de la teoría general del derecho en "*Of laws in general*" (1970) y su sistematizador más conocido en Austin también desde la perspectiva de la jurisprudencia analítica en general relacionada con la teoría del Derecho (1880), estos dos últimos filósofos jurídicos reconocidos de proclamada tendencia positivista y, el

primero, un ideólogo cuya tendencia no podría ser catalogada como positivista puesto que sus aportes son anteriores al nacimiento de la misma, aunque sí como un precursor.

Hart, constante admirador y estudioso de la obra de Bentham (2012), concibe su propio pensamiento como una versión corregida y actualizada de aquella vieja escuela positivista, de la que se considera heredero y continuador (p. 270).

Quizá sea por eso mismo, porque él concibe su misión filosófico-jurídica como una especie de puesta al día de la Jurisprudencia analítica, por lo que mantiene imperturbablemente su fidelidad a la causa positivista pese a que, como lo hemos señalado y sostendremos con mayor detalle en adelante, la lógica interna de su propio pensamiento parece empujarle más allá del positivismo.

La otra gran corriente de pensamiento en la que Hart (2012) participa directamente y de la que toma las herramientas conceptuales que le permiten reconstruir críticamente el positivismo jurídico inglés es, como bien se sabe, la filosofía analítica del lenguaje ordinario que tuvo una extraordinaria floración en Inglaterra, sobre todo durante las décadas centrales del pasado siglo XIX (p. 271).

Curiosamente, Hart se introdujo en los cenáculos de esta nueva filosofía durante la Segunda Guerra Mundial y después de ésta, trabajó durante algunos años como profesor de filosofía colaborando estrechamente con John Langshaw Austin, una de las figuras más influyentes en el pensamiento inglés de la post-guerra (Lacey, 2004, p. 69).

Muchos de los conceptos o ideas que Hart (2012) extrae de la filosofía analítica del lenguaje y con los que intenta corregir y actualizar el viejo positivismo jurídico inglés son, en el fondo, incompatibles con esta corriente iusfilosófica e introducen en ella una especie de bomba de relojería que explica su crisis posterior.

Así como las investigaciones filosóficas que concordaba en buena medida con el positivismo radical del empirismo lógico, las aportaciones de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, que se mueven en la misma línea, difícilmente podían apuntalar y no desmoronar una teoría del Derecho estrictamente positivista e incluso empirista, como la de Bentham y Austin (Orrego, 1997, p. 10).

En aras de la agilidad expositiva, imprescindible cuando se trata de realizar un balance general, destacaremos, como apoyo de la afirmación anterior, sólo tres conceptos, aunque conceptos claves, de la teoría del Derecho de Hart, que permiten apreciar tanto su trascendencia como sus tensiones y debilidades en cuanto teoría que pretende seguir siendo positivista.

El primero de estos conceptos tomados de la filosofía analítica del lenguaje es el de la dimensión interna del Derecho, que, para mantenerse en la línea del positivismo, Hart (2012) la relaciona con la dimensión típicamente normativa.

Dicha dimensión supone, la distinción entre dos posibles actitudes o puntos de vista frente a las normas, que se reflejan en diferentes formas de hablar.

El punto de vista externo es el adoptado por quienes sólo captan las regularidades de comportamiento provocadas por las normas, es decir, por quienes sólo describen fenómenos empíricamente verificables. Y no se olvide que la Teoría del Derecho de Bentham y Austin se construye exclusivamente a partir de este tipo de fenómenos. Fenómenos tales como los de mandato, amenaza, probabilidad de sufrir un castigo, hábito de obediencia, etc.

Desde un punto de vista puramente externo, como éste, es imposible, reconoce Hart (2012), comprender adecuadamente la realidad del Derecho. El otro punto de vista es el interno, el punto de vista del partícipe en la vida del Derecho, el punto de vista de quien acepta o interioriza las normas como pautas de conducta recíprocamente exigibles entre los miembros del grupo social, y se apoya en ellas para expresar críticas hacia las conductas desviadas o para reclamar a cualquiera el comportamiento correcto.

La reflexión sobre las implicaciones del aspecto interno del Derecho permite a Hart (2012) aclarar conceptos o fenómenos jurídicos que el positivismo decimonónico inglés explicaba de manera insatisfactoria, por ejemplo, la noción del deber jurídico, concebida como la probabilidad de sufrir los males o castigos previstos por las normas jurídicas en caso de incumplimiento.

Esta concepción confunde, según advierte agudamente Hart (2012), lo que es tener una obligación con lo que es verse obligado (en el sentido de coaccionado).

Para Hart (2012), sólo existe una verdadera obligación cuando está justificada la exigencia y hasta la imposición de una determinada conducta, y lo está porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento inter-subjetivamente exigible. Pero ¿qué implicaciones tiene tal aceptación? ¿Qué implicaciones tiene la dimensión interna del Derecho?

Muchos sostienen que implica, entre otras cosas, el reconocimiento de que existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral, porque la razón por la cual se acepta el orden jurídico como conjunto de pautas vinculantes no puede ser otra que el reconocimiento de su valor moral.

Relación que el propio positivismo se ha empeñado en negar y vetar, puesto que al ser la moral muy difusa y ser sus principios

extraños a la coacción estatal no puede influir de ninguna manera en el círculo jurídico debido a que se correría el riesgo de que tal inestabilidad resulte afectándolo.

Es por ello que Hart (2012), y cualquier otro positivista, rechazan la conclusión de que el derecho y la moral se encuentran íntimamente relacionados, es más, propugnan un divorcio entre estos dos ámbitos sociales, tesis central del positivismo jurídico.

A su juicio, las razones por las que se adopta el punto de vista interno respecto al Derecho (o para ser más precisos, la razón por la que lo adoptan los jueces respecto a la regla de reconocimiento, aceptándola) pueden ser muy variadas. Pueden ser razones morales, en efecto, pero también puede aceptarse el Derecho por inercia, por miedo, por intereses egoístas, etc. (Hart, 2012, p. 53).

Esta explicación, que puede describir de manera realista las diversas actitudes subjetivas eventualmente adoptadas por los ciudadanos frente a las normas jurídicas, no resulta válida para justificar la adopción de una actitud normativa.

En efecto, no parece aceptable que la actitud típicamente interna o normativa de exigir una conducta a otro o criticarle por no haberla realizado, especialmente cuando es un juez quien la

adopta al condenar a una persona por infringir alguna norma, se pueda apoyar legítimamente en el interés egoísta o en el miedo o en cualquier otra razón carente de fuerza justificatoria.

Si alguien aceptara el carácter vinculante de las normas jurídicas por su propia conveniencia egoísta, en todo caso tendría que fingir que la razón es otra, de tipo moral, puesto que mal podría exigir a los demás la conducta correcta apelando a su propio interés, dado que las infracciones de los otros también obedecerán a motivos interesados. Quiere esto decir que las diversas razones extra morales que apunta Hart son parasitarias o dependientes de la razón moral, porque de un modo u otro la presuponen o necesitan.

Seguramente es verdad que muchos individuos, quizá la mayoría, acepta las normas por inercia, irreflexivamente, pero si reflexionaran y se preguntaran por la razón que justifica su actitud, tendrían que acudir a una razón moral, porque solo las razones morales tienen capacidad para justificar últimamente las exigencias o las críticas a la conducta de otro (Delgado Pinto, 1991, p. 7).

Parece difícil, en definitiva, ahondar en la dimensión interna del Derecho sin terminar descubriendo importantes conexiones del mismo con la moral. Al colocar en el centro mismo de su teoría el peculiar sentido que el Derecho tiene para el partícipe, para quien

lo acepta como orden vinculante, y especialmente para el juez, Hart ha enriquecido extraordinariamente nuestra comprensión del fenómeno jurídico, pero ha debilitado las defensas del positivismo.

Dichos postulados, entonces, a pesar de ser el resultado de un razonamiento muy agudo que buscaba salvar la irracionalidad de los demás postulados positivistas que eran sumamente cerrados, terminó por dar armas a los críticos positivistas, entre ellos Ronald Dworkin (1984), para proponer nuevas posturas más racionales y, sobretodo, reales.

A manera de acotación, hemos de señalar que toda argumentación acerca de un divorcio entre el derecho y la moral, termina por destruir el concepto y contenido de la norma constitucional que es el resultado de la recopilación de los principios morales de cada sociedad que han de ser protegidos por el derecho; todo pensamiento contrario terminaría por reconocer únicamente la validez jurídica de las leyes por encima de cualquier otra norma, incluso las normas constitucionales, lo que significaría un craso error.

El derecho cuenta con una dimensión normativa, pero ésta supera a la dimensión legal, por tanto, en el caso judicial, si hay que tomar una decisión en un caso concreto en el que se encuentren en colisión una norma legal y una constitucional, debe preferirse a la segunda.

Notemos que esta contraposición no siempre es expresa, es decir no siempre está la norma "A" en contraposición con la norma "B", sino que la utilización de la norma "A" podría terminar por lesionar un mandato constitucional o, peor aún, un derecho fundamental, por lo que el magistrado debe tener especial cuidado al respecto, lo que implica que si en el caso concreto ha de tomar una decisión acerca de la restricción o inaplicación de un derecho fundamental, siempre debe ser en virtud de una ponderación; de otro lado, si es que se ha lesionado un derecho fundamental dentro del proceso, el Juez tiene la obligación de asegurar el cese de la lesión y la reposición al estado anterior.

La posibilidad de estas circunstancias nunca fue admitida por la doctrina positivista, afectando gravemente la verdadera eficacia del derecho y la consecución del fin último del derecho.

Algo similar ocurre con el segundo concepto que vamos a destacar del pensamiento de Hart, y que también procede de la filosofía analítica del lenguaje. Nos estamos refiriendo a la idea de la textura abierta del Derecho, una idea que parece haber extraído de la obra de F. Waismann (Hart A. , 1958).

Según esta explicación, el Derecho tiene textura abierta porque se expresa mediante un instrumento que también la tiene: El lenguaje. Es decir, las normas jurídicas contienen términos

generales que designan tipos abstractos de cosas, actos o hechos. Anotamos que esta nueva formulación del positivismo de Hart también resulta limitada pues los casos reales, los actos y hechos jurídicamente relevantes que se producen en la vida social son actos o hechos concretos, con sus rasgos propios y específicos, y no siempre es posible saber con certeza si cada hecho real es o no reductible o subsumible en el hecho tipo fijado por la norma, es en este momento de la subsunción que cobra importancia la participación del Juez y, consiguientemente, el Derecho mismo.

La razón de lo anteriormente señalado es que toda norma jurídica tiene, junto a un núcleo de significado más o menos claro, una zona de penumbra en la que resulta difícil determinar en qué sentido debe aplicarse, esta zona de penumbra anula la pretensión de dotar al derecho de la exactitud de las ciencias matemáticas que involucra el propósito positivista.

Es cierto que a través de las técnicas ordinarias de interpretación se pueden mitigar muchas de éstas incertidumbres, pero nunca pueden eliminarse completamente; es por esto que no puede asegurarse que el derecho ya exista a partir de la existencia de las normas y que se agote en ellas puesto que estaríamos hablando de un derecho expectante, puesto que en muchos de los casos las normas nunca cobran vigencia real o eficacia y

nunca constituyen un aporte para el Derecho como organizador de la sociedad, cuya dimensión es real y no formal.

El reconocimiento de la textura abierta o porosa del Derecho positivo es el reconocimiento de su carácter inevitablemente limitado o insuficiente como orden regulador de la vida social; adolece de una profunda indeterminación, y gran parte de los conflictos que se plantean ante los tribunales son por ello lo que se ha dado en denominar “casos difíciles”. Con la idea de la textura abierta, indeterminada o incierta del Derecho, Hart corrige las deficiencias del positivismo legalista o formalista del siglo XIX, que concebía el Derecho como un orden completo y cerrado de normas, mediante cuya aplicación mecánica el juez podía resolver todos los problemas jurídicos que se le plantearan.

Frente a esta concepción insostenible, Hart (2012) reconoce plausiblemente el carácter abierto del sistema jurídico; cosa que parece de sentido común, pues el Derecho no puede operar en el vacío al margen de los otros subsistemas del sistema social.

Pero omitió reconocer que ese sistema jurídico está compuesto no solamente de leyes, sino de normas en general, que inclusive pueden no encontrarse reguladas en ningún documento formal.

Pero si el Derecho es un sistema abierto y tiene necesidad de que otros sistemas normativos, básicamente la moral, lo complementen, pelagra otra vez la tesis positivista de la desconexión entre el Derecho y la moral. De nuevo advertimos cómo el pensamiento de Hart abre caminos que parecen alejarse del positivismo jurídico.

Pero una vez más se niega a explorarlos refugiándose ahora en una de sus doctrinas más controvertidas: la doctrina de la discrecionalidad judicial, que él declara positivista seguramente porque le permite mantener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. La doctrina es bien conocida. Dado que el Derecho es incapaz de ofrecer una solución precisa para muchos conflictos jurídicos, el juez goza de libertad para resolverlos a su modo.

La discrecionalidad judicial creadora de Derecho, que hoy se presenta como una de las tesis básicas del positivismo jurídico, es en realidad de un positivismo bastante dudoso. En primer lugar, porque histórica o tradicionalmente, como se mencionó anteriormente, el positivismo jurídico (al menos el continental) comenzó defendiendo todo lo contrario, y en segundo lugar porque traiciona el valor positivista por excelencia, el valor de la certeza.

Obviamente, si la decisión de una parte significativa de los conflictos jurídicos depende de la discrecionalidad de los jueces, poca certeza y poca seguridad jurídica cabe esperar del Derecho. Pero hay algo peor que ser una doctrina de dudosa estirpe positivista, y es ser una doctrina escasamente convincente. No es casual que en esta doctrina se haya cebado exitosamente el ataque de Ronald Dworkin (1984, pp. 83 y 130).

Hart no deja de advertir, es cierto, que la discrecionalidad atribuida por él a los jueces no equivale a capricho irracional o mero arbitrio. La decisión del juez, aunque no pueda apoyarse en el Derecho, tendrá que apoyarse, según dice, en alguna buena razón que la justifique (2012, p. 312). Notemos en este punto el mal uno o la errada concepción que tenía el positivista acerca de lo que es el derecho, es decir, creían que las normas formalizadas agotaban su concepto.

La principal deficiencia de las propuestas de Hart (2012) es que no profundiza en el examen de esas razones en las que el juez habrá de apoyarse, pero si lo hiciera, probablemente volvería a tener problemas para mantener el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral, porque difícilmente podría evitar la conclusión de que o bien esas razones son elegidas caprichosamente por el juez (en cuyo caso, volveríamos al arbitrio judicial, aunque algo disimulado o enmascarado) o bien son razones que se imponen por su propio valor, en cuyo caso sólo

cabe hablar de discrecionalidad en un sentido débil, que equivale a simple ejercicio del juicio para hallar la razón más adecuada, que lógicamente será una razón moral, puesto que sólo desde la moral se pueden justificar decisiones que afecten a los derechos y los deberes de las personas.

Con ello podemos notar el principal error en el que incurrieron las antiguas doctrinas jurídicas, creer que únicamente sus postulados son los correctos y deben permanecer disociados de lo que aseveraban sus contendores o, lo que es lo mismo, las demás doctrinas.

En cualquier caso, es difícil negar la incomodidad provocada por la imagen del Derecho que resulta de combinar la tesis de la textura abierta con la tesis de la discrecionalidad judicial puesto que más parece un intento por ocultar las severas deficiencias que cada una trae consigo al ser aplicadas al derecho que una aportación en sí.

Es por eso que hemos indicado que Hart (2012), sin estar consciente de ello, plantó la semilla para el desarrollo del actual constitucionalismo al intentar salvar las deficiencias del llamado “derecho muerto” con la actuación judicial, en esa imagen, otorga a los jueces, al menos en alguna medida, el papel de inventores o creadores del Derecho; un papel que, como el propio Hart reconoce expresamente, los tribunales siempre niegan

desempeñar, insistiendo en que su tarea es la de hallar y aplicar el Derecho existente y no la de crearlo.

El tercer concepto clave de la Teoría del Derecho de Hart que me propongo repasar de forma tan esquemática como los anteriores, es el de la regla de reconocimiento (Ramos Pascua, 1989).

Esta regla, en la medida en que sirve para identificar las normas válidas del sistema jurídico, funciona como una especie de centinela o cierre de seguridad del mismo frente a las intromisiones de otros sistemas normativos.

La idea de semejante regla, que tan buenos servicios presta a la concepción positivista del Derecho, parece inspirada más en la obra de otros destacados iusfilósofos positivistas, como Bentham o Kelsen y su famosa norma fundamental, que en la filosofía analítica del lenguaje, aunque su configuración concreta como práctica social de identificación de normas válidas tiene algo que ver con las especulaciones de Wittgenstein y sus seguidores sobre lo que implica seguir una regla y sobre las diferentes funciones de las reglas.

El principal es que, tal y como Hart parece configurarla, resulta incapaz de identificar la validez o relevancia jurídica de ciertos elementos del Derecho que, como los principios o valores superiores, no pueden identificarse mediante criterios puramente

formales o “de pedigrí”, sino que requieren procedimientos más complejos, que incluyen valoraciones morales.

En sus réplicas a la crítica de Dworkin, Hart advierte, entre otras cosas, que la regla de reconocimiento puede contener también criterios materiales o de contenido. Una regla de reconocimiento podría exigir como requisito de validez, por ejemplo, y no se trata de un ejemplo de ciencia-ficción sino de algo que vemos en todos los modernos Estados constitucionales, que las normas jurídicas respeten el valor de la dignidad de la persona o los derechos humanos.

También admite Hart que por muy complejo y consistente en valoraciones morales que sea el procedimiento necesario para identificar los principios jurídicos, la regla de reconocimiento podría perfectamente incluirlo entre sus requisitos o criterios de validez. Con estas importantes concesiones se plantea de nuevo el problema de la evidente conexión entre Derecho y moral que implica una regla de reconocimiento así concebida.

Pero una vez más Hart encuentra el modo de salir del trance sin dejar de ser positivista, argumentando que se trataría de una conexión sólo contingente y no necesaria.

Después de darle muchas vueltas a este argumento en el que Hart termina enrocándose siempre que ve peligrar el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral, hemos llegado a la convicción de que estamos ante una especie de falacia o sofisma, una especie de truco de prestidigitación filosófica que impone la aceptación de una tesis contraria a la evidencia y al sentido común, la tesis de la separación entre Derecho y moral, por la sola razón de que la tesis contraria podría ser imprecisa en algún caso.

Rememorando a Bentham, que, como otros hacen con las mariposas, gustaba de cazar y clasificar falacias, consideraré el argumento de la contingencia y no necesidad de las relaciones entre Derecho y moral como una manifestación de la que llamaré “falacia de o todos o ninguno”. Según esta falacia, debe excluirse de la concepción o caracterización de un fenómeno cualquier rasgo del mismo cuya presencia no se pueda constatar en absolutamente todas las manifestaciones de ese fenómeno.

No importa que sea un rasgo clave para la comprensión del fenómeno en cuestión. Si no comparece en todos los casos, debe excluirse por completo de la definición.

¿Puede esto considerarse aceptable? ¿El hecho de que existan caballos cojos nos obliga acaso a descartar la concepción del

caballo como un animal veloz? Pues lo mismo ocurre con los llamados Derechos inicuos. De igual modo que es perfectamente válido concebir a los caballos como animales bien dotados para la carrera, aunque esto no sea un rasgo necesario sino sólo contingente, puesto que puede haber caballos cojos, enfermos o agonizantes que sean incapaces de correr, también se puede concebir el Derecho como un orden estrecho y profundamente conectado con la moral aun cuando pueda encontrarse algún ejemplo en que esto no ocurra, como el Derecho de la Alemania nazi, que es el ejemplo al que suele recurrirse casi siempre en estos casos.

Un indicio más de lo rara avis que es un Derecho inmoral. Hay un pasaje muy revelador en el que Hart (2012) admite algo parecido a lo que acabo de afirmar. Dice literalmente lo siguiente:

La conexión entre Derecho y exigencias morales o principios de justicia es tan poco arbitraria y tan necesaria como la conexión entre el Derecho y las sanciones, y la búsqueda de respuesta a la cuestión de si esta necesidad es lógica (es decir, parte del significado del Derecho) o simplemente fáctica o casual bien puede dejarse como un inocente pasatiempo para los filósofos (p. 79).

No sé por qué olvidó Hart en sus escritos posteriores esta sensata conclusión. Quizá pensó que siendo también él un filósofo formaba parte de su papel seguir enredando con aquel inocente pasatiempo. Lo que hay detrás del inocente pasatiempo, insisto en ello, es un auténtico embrollo lingüístico provocado por el uso

de términos cargados de connotaciones lógicas y casi metafísicas, como contingencia y necesidad.

Tenemos aquí un buen ejemplo, a mi juicio, del tipo de problemas filosóficos que se resuelven, como decía Wittgenstein, enseñando a la mosca a salir de la botella. En este caso, renunciando a perseguir perfectas necesidades y contentándose con explicar las cosas como son, casi siempre irremediabilmente contingentes e impuras.

La conclusión que parece desprenderse de todo lo dicho anteriormente, es que Hart termina fracasando en su empeño por defender a toda costa la tesis de la desconexión entre Derecho y moral; lo cual es tanto como decir que su Teoría del Derecho, pese a sus muchas aportaciones de valor perdurable, también fracasa en cuanto teoría positivista.

Por lo demás, y volviendo al tema de las concesiones que hizo Hart al admitir que la regla de reconocimiento podía contener exigencias morales o de justicia como criterios de validez, hay que decir que tales concesiones configuran un nuevo tipo de positivismo jurídico, que él denomina blando, suave o flexible. En él se inspira la mayor parte de las versiones matizadas y más o menos claudicantes del positivismo jurídico que tanto han proliferado últimamente: positivismo incluyente, corregido, institucionalista, etc.

No vamos a detenernos en el examen de cada una de estas versiones blandas del positivismo. Muchas de ellas se pueden considerar razonables y hasta plausibles en cuanto a sus propuestas teóricas, pero resulta dudoso que se puedan seguir considerando auténticamente positivistas.

Como ha sido anteriormente explicado, la finalidad de la investigación proyectada es definir las razones jurídicas por las que una figura jurídica debidamente regulada en una norma con rango legal, válido y vigente, no alcanza eficacia en nuestra realidad socio-jurídica. Así:

La eficacia como propiedad es compatible con una ausencia ocasional de la eficacia como relación. Es decir, la falta esporádica de acatamiento o aplicación de la sanción en el contexto de las distintas condiciones de aplicación, no implica la falsedad del enunciado “la norma no es eficaz (Calvo Soler, 2007, p. 180).

Motivo por el cual, en relación con el tema en particular a ser estudiado en la presente investigación, habrá que determinar si la falta de acatamiento es o no esporádica, a fin de determinar la expulsión de la norma por desuetud o su mantenimiento con ciertas modificaciones.

La figura contenida en dicha norma es la contracautela, prevista en el ordenamiento procesal civil peruano y entendida tanto como un requisito de fundabilidad para el planteamiento de una medida

cautelar, pero también, y principalmente, como un elemento que lleva a asegurar la protección del patrimonio afectado con motivo de la referida medida cautelar.

Dicha discusión estriba en dos aspectos, el primero, meramente dogmático y redundante en la crítica a la deficiente regulación de la mencionada figura, la misma que de la lectura del artículo 613 del Código Procesal Civil, se concluye resarcitoria, pero que de una interpretación sistemática de este artículo 621 del mismo cuerpo legal, sugiere un contenido indemnizatorio, sin especificarse si dicha indemnización será reclamada a título de responsabilidad civil, cuál es el tipo de daño invocado, cuáles los procedimientos a llevar a cabo; esta discusión dogmática, genera otra de tipo sociológica-factual, cuál es la influencia que dichas deficiencias regulatorias tiene en la realidad jurisdiccional.

Problema que ha de ser interpretado teniendo en cuenta un enfoque jurídico determinado, aunque, es pertinente señalar que no todas las investigaciones jurídicas merecen una discusión *iusfilosófica* (Sánchez Zorrilla, 2011), posición con la que concordamos plenamente, para efectos del presente trabajo, nos embarcaremos en dicha complicada tarea.

En primer término, ha de señalarse que la disertación a realizarse en este punto tiene como protagonistas a las doctrinas positivista

y constitucionalista, habida cuenta que, se trata de las que mayor vigencia se puede invocar en la actualidad (Prieto Sanchís, 2015), con la atinencia de que los valores supremos y preexistentes que invocaba el iusnaturalismo, con ciertos nuevos matices, han sido recogidos ya por la segunda de las doctrinas señaladas.

Al respecto, la incertidumbre acerca del enfoque *iusfilosófico* que se ha de asignar al trabajo de investigación, se acentúa más, teniendo en cuenta las posiciones de entendidos acerca de que “con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, el positivismo jurídico – también sus variantes contemporáneas “incluyente”, “excluyente” y “axiológica” – habría agotado su función (Atienza y Ruiz Manero, 2014, pp. 151-152). Observamos que, desde la perspectiva de estos autores, el positivismo jurídico, como paradigma del derecho, se encontraría en decadencia y en camino a desaparecer.

Sin embargo, existen otras posiciones, como la planteada por Luis Prieto Sanchís (2015), quien señala que:

Sin duda, la muerte de la ley puede parecer obvia desde el instante en que se afirma la superioridad constitucional; pero en realidad no es así o, al menos, no basta dicha superioridad, sino que lo decisivo es la “sustancialización” o, como lo dice La Torre, la “rematerialización” de los documentos constitucionales, algo que viene a expresar una idea consolidada en la jurisprudencia alemana, la idea de que la Constitución encarna un “orden de valores” o una “unidad material” que incluso a veces se califica de previos al ordenamiento jurídico positivo (p.17).

Claro está, que dicha “rematerialización” u orden de valores no termina por eliminar el ordenamiento legal, infraconstitucional, sino que únicamente dota a la constitución de un alcance más allá de la sola distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales para asignarle una parte dogmática en la que contenga a los principios supremos según los cuales han de regirse la totalidad de las normas infraconstitucionales; entre éstas, la ley, principal protagonista de las doctrinas positivistas, las mismas que, por tal hecho no pierden validez ni vigencia y que, vistas desde su propio nivel o rango, continúan poseyendo las características que les fueron dotadas en épocas de positivismo puro.

Por tanto, nada obsta para afirmar que tanto constitucionalismo como positivismo, cada cual en su nivel, tienen perfecta coexistencia en la actualidad, tanto como tuvieron coexistencia en su generación coetánea, pues, a pesar de que existen autores que señalan que el positivismo surgió ya al final del siglo XIX e inicios del siglo XX con los postulados de Bentham, Kelsen, Hart, entre otros (Chiassoni, 2014), no hay nada más alejado de la realidad, pues tanto positivismo como constitucionalismo, guardan estrecha relación, incluso coetánea, ello se puede ver de la propia pretensión de supremacía de la ley en “El Espíritu de las Leyes” (Montesquieu, 2012) que es un tratado del siglo de la ilustración, postulados que, en conjunto con otros, tales como “El Contrato Social” o “El Gobierno Civil”, dieron origen al Constitucionalismo.

En consecuencia, la pretensión que se plantea en el trabajo de investigación, al pretender el estudio de la eficacia de una norma con estructura de regla (Prieto Sanchís, 2015, p. 29), y que por lo tanto requiere de una práctica subsuntiva del hecho en el supuesto de hecho en ella contenida, la misma que no se produce en nuestra realidad; es necesario otorgar al presente trabajo un enfoque positivista a fin de contrastar el cumplimiento de dicha práctica subsuntiva que se genera, “en sustancia, de la concepción kelseniana de las normas jurídicas, que son supuesto de hecho, cópula del deber ser y consecuencia jurídica” (Prieto Sanchís, 2015, p. 30).

La presente investigación toma como sustento fáctico la advertencia de la aplicación diversa que se da en la judicatura a la posibilidad de obtener una contracautela por la concurrencia de una medida en cuyo proceso civil principal se ha declarado infundada o improcedente la demanda.

Puesto que, existen casos en los que dicha contracautela no es ejecutada, asimismo, los supuestos de su otorgamiento en otros casos son diversos, tal y como se podrá corroborar en los casos tipo recolectados para la ejecución de la tesis; en ese sentido, a fin de dotar de uniformidad la aplicación de este tema particular del ámbito jurídico se hace necesario realizar un estudio explicativo acerca de la naturaleza de la referida contracautela y

su similitud o diferencia con la indemnización regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil que sirva de parámetro a los operadores jurisdiccionales.

Ahondando al respecto, en el caso de la Contracautela, el referido artículo 613, fija claramente los procedimientos a seguir en caso de su ejecución, “se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte”; sin embargo, en el caso de la indemnización regulada en el artículo 621, únicamente se señala que el trámite se inicia “a pedido de parte (...) y (...) dentro del mismo proceso”, no así, si se llevará a cabo en el cuaderno principal, cuaderno cautelar, cuaderno incidental; asimismo, tampoco se señalan los presupuestos específicos para su solicitud, más que la existencia de una sentencia que declara infundada la demanda.

En ese sentido, queda al completo albedrío del juzgador determinar los presupuestos que deben acompañar a la solicitud de indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

Dicho vacío normativo lleva a la confusión entre contracautela e indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, más aun si el propio artículo 613 señala que “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el

resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”; sin embargo, el resarcimiento de daños y perjuicios se reclama a través de un indemnización por dicho concepto, consecuentemente, ¿es acaso la indemnización regulada en el 621 un tipo de contracautela?, o debe ser entendida como un tipo de responsabilidad civil extracontractual.

Con lo dicho, podemos aseverar que la presente investigación presenta utilidad teórica en cuanto pretende aclarar la naturaleza que mantiene la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria y, utilidad práctica dado que pretende llevar a cabo una nueva formulación de la norma o, en su caso, una correcta interpretación de la misma.

2.2.2. Enfoque Constitucional postpositivista

Existe una muy difundida discusión respecto de la naturaleza del Derecho y lo cierto es que, al tratarse de una ciencia social, inclusive su naturaleza ha ido variando conforme lo ha hecho la sociedad.

Han explicado dicha naturaleza posturas iusnaturalistas que conciben al hombre en un “estado de naturaleza” anterior a toda forma de organización política, estado que contiene un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo), y que tiene

validez por sí mismo dado que es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo (Bobbio, Norberto; Bovero, Michelangelo, 1986, p. 273).

Con la prevalencia del paradigma iusnaturalista, la sociedad se tornó idealista y sus pensadores rendían culto a seres superiores y omnipotentes; cuando dicha ontología resultó insuficiente, se varió la concepción hacia una perspectiva materialista, cuya confianza se depositó en los formalismos y las prescripciones, contrario a lo que sucedía en las épocas del iusnaturalismo en esta etapa histórica, se apostaba por una regulación de normas creadas por hombres, se negó la idea de la fundamentación en un ser superior o divino para apostar por una regulación, el principio de legalidad informaba todo el sistema, se legisló mediante la técnica de la codificación, agrupando leyes, prescribiendo supuestos y “sancionando” con una consecuencia jurídica (Lacey, 2004, p. 35).

Sin embargo, este iuspositivismo resultó insuficiente para resolver aquellos hechos que no habían sido contemplados en los supuestos; es por ello que contemporáneamente las teorías se orientan hacia el respeto de los principios y valores contenidos en las Constituciones Jurídicas de los Estados o Comunidades, esta nueva visión es el denominado Neo-constitucionalismo. En el cual

no basta con una visión meramente natural, pues con ello como sucedió en el pasado se puede llegar a imponer valores generales en una sociedad a todas vistas plural, con valores y ética distinta en sus grupos, a la vez que la concepción de un “soberano arbitrario” por considerarse de procedencia divina no conviene a los fines de la nueva concepción de Estado Social y Democrático de Derecho (Matteucci, 1963, p. 1046).

A su vez la cuota que aportó el positivismo en el desarrollo científico de nuestra rama (Derecho) fue asombroso, sobretudo en cuanto hacemos referencia al principio de legalidad, sin embargo, como sucede con todo instrumento mal usado el abuso del mismo y su consideración sin medida provoca una superposición de valores menores a otros fundamentales y a los cuales intenta proteger, nos referimos a los derechos constitucionales, fundamentales o humanos.

Así por ejemplo, si bien con las garantías de ley escrita, ley previa, ley cierta y ley estricta, se pretende proteger la libertad de las personas al normar taxativamente la posibilidad de solicitar la ejecución de la contracautela ante la interposición maliciosa o innecesaria de una medida cautelar comprobada cuando se declara infundada o improcedente la demanda, su eficacia es muy poca, es decir que no basta con la mera regulación de una mera jurídica, sino que la aplicación del derecho debe estar orientada a

su cumplimiento en un plano real, tal y como lo plantea la doctrina del constitucionalismo, pues, a pesar de contar con principios fundamentales que son desarrollados en normas de carácter legal e infralegal, este sistema positivizado no sirve de nada si no es aplicado por el órgano jurisdiccional.

Todo ello, a partir de un estudio histórico de las teorías surgidas con respecto a la naturaleza del derecho, desde el iusnaturalismo hasta el Constitucionalismo; deteniéndonos en la transformación del positivismo hacia el constitucionalismo a partir de las doctrinas de Hart y Dworking.

Una vez comprendido el fenómeno evolutivo de las teorías respecto a la naturaleza del Derecho, realizamos una explicación acerca de las nuevas concepciones del Constitucionalismo y su relación con la contracautela, la subordinación de los códigos a las normas constitucionales y, por consiguiente la obligación de los operadores jurídicos de tener en cuenta ello para su debida interpretación.

Como hemos detallado en el acápite anterior, el derecho en la actualidad es entendido como un conglomerado de normas, positivizadas o no, que conforman un sistema interconectado dotado de eficacia práctica. Con ello se quiere decir que la noción decimonónica de que el derecho se reduce a un sistema de

normas positivizadas emanadas de la función legislativa ha ido perdiendo vigencia paulatinamente a lo largo del siglo veinte y, definitivamente en el presente siglo.

El derecho no es únicamente el resultado de una labor legislativa, sino que, y sobre todo, es el producto de su aplicación por parte de los operadores jurídicos en general, tal y como lo señalaba Trazegnies Granda (1995), el legislador ha muerto para darle paso a la labor jurisdiccional, la cual guarda la responsabilidad de aplicar el derecho no nato en cada caso concreto, circunstancia que lo dota de vida.

En este entendido, es labor importante tanto del juzgador como de la función jurisdiccional asegurar que el sistema ideado legislativamente tenga una correcta aplicación materialmente y que su funcionamiento como sistema se encuentre asegurado en todos y cada uno de los casos presentados ante la judicatura, dicha posición es planteada por las actuales posturas constitucionalistas que postulan que la Constitución es el parámetro para la aplicación del resto de la normatividad del ordenamiento jurídico, todo ello desde el punto de vista material.

Una de estas labores se presenta en los casos judiciales en los que, con el proceso principal, se presenta una medida cautelar que asegure la eficacia de la última resolución emitida. Dicha

habilitación formal la otorga el artículo 608 del Código Procesal Civil que faculta al Juez que conocerá de la causa es competente para dictar las medidas cautelares que se presenten, las mismas que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Y es que ocurre que la medida cautelar es un medio por el cual se protege al demandante ante una eventual actuación del demandado que lleve a causar la imposibilidad de efectivizar la sentencia dictada en su contra; sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional y el ordenamiento jurídico es imparcial, se ha ideado también la figura de la contracautela como mecanismo que permite asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, tal y como puede constatarse en la redacción del artículo 613 del mismo cuerpo normativo ya señalado.

2.2. Teoría de los Derechos Fundamentales

La teoría de los derechos fundamentales, aquella que constituye, sin ninguna incertidumbre una de las obras básicas de los derechos constitucionales; la importancia radica en haber sabido relacionar y componer tres dimensiones de análisis de los derechos humanos que suelen darse por separado, los cuales tenemos: “la de la dogmática jurídica y en particular la dogmática Constitucional la de la teoría del Derecho y la de la filosofía práctica” (Alexy, 1993, pág. 2); de lo

mencionado nos trae como noción que, el núcleo de los derechos fundamentales son los principios jurídicos, pero según la teoría de Alexy, define que, al tratarse de una concepción principialista de los derechos fundamentales no implica el reduccionismo de los derechos. Pues dicho autor en su obra, la teoría de los derechos fundamentales no define de manera cerrada un modelo puro de principios, es decir, no aprecia que la norma que se establecen los derechos fundamentales sean netamente principios o que éstos deben ser comprendidos o manejarse presidiendo de otros tipos de normas.

En efecto, la idea de principios tampoco se contrapone al valor o fin; por lo que se considera que valor y principios vendrían a ser una misma realidad, ello visto desde el plano deontológico, es decir, el deber ser y el axiológico, el ámbito de lo bueno. En tal sentido, el autor lo ha explicado de la siguiente forma, “una teoría- una jurisprudencia - de principios es por ello compatible – incluso exige – una teoría – una jurisprudencia valorativa y finalista” (Alexy, 1993, pág. 4). En tal contexto vale hacer la diferencia que, la norma de derecho fundamental y derecho fundamental no es lo mismo, lo que existe entre ambos conceptos es la conexión primordial en el supuesto que, siempre que alguna persona posea un derecho fundamental, existe una norma legítima, de derecho fundamental que otorga ese derecho; pues bien, Alexy estima que no hay la posibilidad de la existencia de un solo tipo de normas, sino que dentro del género común de las normas, es necesario hacer una distinción entre reglas y los principios. Siendo que,

desde su punto de vista, esta distinción constituye la base iusfundamental, siendo en sí misma el punto neurálgico para la solución de las dificultades de la dogmática de los derechos fundamentales; puesto que sin ella es imposible sostener una teoría idónea de los límites, ni mucho menos agradable de la colisión y menos aún una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

A continuación vamos a resumir la diferencia entre principios y reglas; las reglas lejos de constituir una categoría, una estructuralmente uniforme que pueden ser acción o de fin, ello va a depender según la situación que nos encontremos, es decir, aquellos enunciados que califican deónticamente una determina conducta de una persona o en su defecto la obtención de una situación de cosas. Por su parte los principios, en su ordenación mantienen una estructura condicional que guarda una similitud con las reglas de acción, las directrices, por el contrario conservan una organización parecida a la de las reglas de fin.

En cuanto a las distinciones con las reglas, los principios establecen el caso de forma abierta, es decir, para su aplicación no es necesario establecer condiciones. No obstante, dicha afirmación resulta tener un alcance diferente para uno y otro tipo de principio, de modo que resulta aplicable tan solo para las directrices dicha teoría tal como lo define Alexy, de los principios como mandato de optimización por lo que la ser así, tan solo se cumpliría en la presente categoría “que aparecen

configuradas la forma abierta tanto de las condiciones de aplicación cuanto al modelo de comportamiento descrito frente a las reglas de fin, las condiciones de aplicación aparecen configuradas de forma abierta y el fin debe cumplirse” (Barranco, 2009, pág. 82).

Por consiguiente, la caracterización de los principios frente a las reglas como razones para la acción en el aspecto práctico, es conveniente resaltar con carácter previo, que algunos autores consideran que el proceso mediante el cual el derecho guía las decisiones de los órganos al momento de su aplicación, coexisten dos niveles, en un primer momento se da cuando los operadores deben considerar o no las razones que el mismo derecho les impone a tener presente y en qué medida y en segundo lugar, si se debe entender que las reglas establecen sus condiciones de aplicación de forma cerrada (Barranco, 2009); pues de esta forma se observa que las reglas son razones autónomas de su contenido y su contenido terminante. Por su parte, los principios explícitos vienen a ser las razones también libres de su contenido, pero no perentorias.

A manera de conclusión, la relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar también analizando el papel que ejerce el Tribunal Constitucional en la propagación, publicación y en la protección de los derechos reconocidos y tutelados como derechos fundamentales (Rolla, 2008)

2.3. El Proceso Judicial

Para un mejor entender es necesario hacer un breve recuento de la evolución del proceso civil, pues el proceso civil nace en Roma con dos grandes sistemas procesales, el ordinario y el extraordinario; el ordinario, históricamente aparece desde los orígenes de roma, en el siglo III a.c. Dentro del mismo cabe mencionar las dos fases; las de las leyes acciones que estuvo vigente hasta el siglo II a.C y el procedimiento formulario, que la ubicamos entre el siglo II a.c. hasta el siglo II d.c.

De ello se puede advertir que el proceso romano empieza con una característica de justicia privada, es decir, la acción era directa y el tipo de tutela lo ejercía el propio titular, pero ésta a su vez se dividía en dos aspectos: la venganza privada y por otro lado la venganza privada de los derechos. A fines de la República, el ejercicio de la violencia por parte del titular del derecho, se va reduciendo al mínimo con la Ley Julia de Vi Pública et Privata, dicha ley fue dada durante la época de Augusto, en donde se empezó a castigar con la pérdida de su acreencia si éste utilizaba la violencia para cobrar la deuda.

Con respecto al sistema extraordinario de justicia, conocido también como el procedimiento extraordinario, este sistema se caracteriza porque no presenta dos etapas procesales, es decir, no está presente el (in iure y apud in iudicem), solo tenía un sistema, por otro lado se caracteriza, porque la organización judicial se rige directamente por la

ley tributaria que era manejada directamente por el poder central; del mismo modo se nombran jueces competentes para solucionar los conflictos que se generaban. En este sistema el juez, ya era funcionario de Estado como ocurre en la actualidad, lo mismo ocurría en las diferentes ciudades existían otros funcionarios como el prefecto de la policía y los gobernadores de provincia. Cabe precisar que ambos procesos tuvieron vigencia de manera simultánea. Por otro lado cabe destacar que el proceso extraordinario carecía de límites de lugar y tiempo, por ejemplo, todos los días era hábil. Luego durante la época de Constantino se prohibió la actividad judicial los domingos (Gálvez, 2007).

A continuación, tenemos el proceso en Hispania, Provincia de Roma; donde nos encontramos con una expresión procesal más avanzada, siendo que el proceso extraordinario fue expandido por pueblos que también tenían sus propios métodos de solución de conflictos y sistemas normativos. Por otra parte, resulta correcto y necesario mencionar que ese derecho romano propagado por todos los pueblos invadidos, sufren una profunda transformación con la invasión de los pueblos germánicos los mismos que imponen su propio derecho; realizándose una mezcla por llamarlo así, maravillosa de las dos corrientes distintas en tanto al pensamiento jurídico. Las diferencias más resaltantes entre las dos corrientes de pensamientos jurídicos radican, en que, el derecho romano está edificado metodológicamente de lo particular a lo general, es decir, su descripción y su comentario lo

construyen al derecho, en cambio el derecho germánico forja su construcción a partir de la búsqueda de normas genéricas de la aplicación universal. En otros términos, mientras aquellos inducen, estos deducen (Gálvez, 2007).

A continuación, tenemos la llamada Partida III, siendo quizás uno de los documentos procesales más importante y de mayor influencia en Latinoamérica. El orden procesal que se desarrolla en la Partida III, deja de ser un producto combinado del proceso romano y germánico, trayendo dicho documento procesal el retorno total y definitivo a las fuentes romanas.

Luego tenemos las reformas procedimentales significativos en España en materia procesal después la Partida III, dicha reforma se da con la Ley de Toledo de 1480 que crea un proceso civil cabal y rápido, siendo estas las Ordenanzas Reales de Castilla emitidas por los reyes Católicos, considerándose dichas leyes mediocres porque no daban resultado, próximamente Felipe II en 1567 hace una recopilación el cual tampoco fue terminado dicho proyecto, por lo que para dar una mayor seguridad jurídica se volvió a los principios del derecho romano. Luego en el año 1680 Carlos II promulgó para América Colonial la Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias, siendo esta la ley más importante, pero en este punto vale hacer una acotación, del valor jurídico que tenían los aportes procesales producidas por las Cortes de Cádiz, precisamente la Constitución forjada el 19 de marzo de 1812, la

que declaró la uniformidad procesal para todo el reino de España, pero lo más resaltante, es la creación del Supremo Tribunal de Justicia. Otro hito muy importante de la historia del proceso judicial, es la ley de enjuiciamiento Civil en 1855 que trae la unificación de la normatividad procesal. En España Existe hasta la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 siendo considerado el ordenamiento civil el de más influencia en los Códigos Sudamericanos en la mitad del siglo XX (Gálvez, 2007, p. 75).

En el Perú el proceso Civil, se regía por el Código de Enjuiciamiento Civil de España hasta el año 1852, que se promulgó el primer código Civil Peruano, luego tenemos el Código de 1912, el de 1936 y el actual Código del 1984.

A manera de conclusión respecto a la historia del proceso, se puede decir que la historia del proceso ha ido evolucionando a medida de la evolución de la humanidad, por lo que ninguna sociedad en el mundo puede separarse del desarrollo cultural de la actividad procesal.

En éste acápite desarrollaremos de manera precisa lo concerniente al proceso civil en el Perú.

a) **Teoría del Proceso o derecho procesal;** para Monroy Gálvez, cuando se habla de proceso o del derecho procesal, no hay que debe entender que dicho estudio se va realizar tan solo de una norma procesal o de una institución, sino que se debe considerar

aquellos temas o instituciones que llegan a homogenizar el concepto del proceso como una expresión única común y sólida. En otras palabras, cuando se habla del estudio del proceso como una abstracción, es que se quiere dar a entender que proviene de aquello que es común en la diversidad de las diferentes manifestaciones que se dan en las instituciones jurídicas. En este contexto, es preciso mencionar que la teoría del proceso es el conjunto de conocimientos que están destinados a explicar la disciplina jurídica que tienen por objeto estudiar la función de los órganos especializado del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, en específico del método utilizado para conducir el conflicto a una solución adecuada (Gálvez, 2007, p. 77).

- b) **Naturaleza del Derecho Procesal;** al respecto existían dos posiciones, en la doctrina una que consideraba que el derecho civil tiene carácter público y otros que tiene un carácter privado; siendo que a la actualidad dichas dificultades o posturas ha sido superadas; siendo que la función jurisdiccional es un actividad especializada, única, irrenunciable y exclusiva del Estado, en efecto cuya naturaleza es derecho público. Tal vez, la discusión que aún persiste es la distorsión respecto a la paradoja que dentro del proceso se discute en cuanto a la eficacia de la aclaración, constitución y reconocimiento, ello respecto a los derechos materiales, que regularmente son de naturaleza privada (Monroy, 2003, p. 83).

El proceso en sentido estricto, viene a ser el conjunto de actos coordinados para producir un fin, es decir, viene a ser una serie o conjunto de actos, cuya finalidad es resolver un conflicto de incidencia jurídica a través de una providencia, la sentencia, en la cual se manifiesta la soberanía de aplicar el derecho.

2.3.1. **Clasificación de los procesos:** que a continuación mencionamos, tal como lo han delimitado los autores (Chang y Rolando , 2015, p. 92).

- a) **Según su finalidad o función;** pueden ser: de conocimiento, en este proceso se parte de una situación iusmaterial de inseguridad, la que queda zanjada con la sentencia; Ejecución, tiende a juzgar lo resuelto, puede estar precedido de un proceso de conocimiento que ya se encuentra en una fase de ejecución o en su defecto de ciertos títulos ejecutivos. En estos procesos se parte de una situación de seguridad, es decir, una de las partes tiene a su favor un derecho ya reconocido. En su desarrollo no hay en estricto igualdad, sino superioridad; cautelar, que busca asegurar el resultado final de otro proceso en trámite o por tramitarse, sea de conocimiento o de ejecución. Yendo al plano teleológico, el proceso cautelar goza de autonomía, más no lo es en el plano legal y procedimental donde solo tiene un carácter instrumental y sirviente de otro proceso principal.

b) Según su estructura; pueden ser simple, se considera como tal, cuando tiene una estructura contradictoria por lo que el juez, antes de resolver escucha a las partes; ordinario, tiene ésta característica, cuando se sigue todos los mecanismos comunes, o sumario si los trámites son más abreviados; monitorio, en este proceso se invierte el orden del contradictorio, es decir, el juez una vez de haber oído a una de las partes el demandante puede acoger su demanda y solo después oye al demandado, tal como se puede notar antes de todo, se da el contradictorio.

2.4 Tutela Jurisdiccional Efectiva

Cabe mencionar que el derecho a la tutela jurisdiccional, viene a formar parte de un derecho fundamental que toda persona tiene, por lo tanto, tiene protección especial al igual que los demás derechos fundamentales, con la salvedad que ningún derecho es absoluto a pesar de tener esa calidad.

Dentro del estudio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, los estudiosos del derecho, en particular del tema, en sede nacional no se han puesto de acuerdo sobre la relación que existe con el debido proceso; por lo que en la doctrina existen dos concepciones al respecto, una parte señala que el debido proceso con respecto al tutela jurisdiccional viene a constituir una manifestación de ésta última, mientras que otra parte considera que solo existe un orden secuencial, en tanto, que primero

opera la Tutela Jurisdiccional efectiva y en segundo lugar el debido proceso, en tanto para algunos autores coinciden en aseverar que las dos instituciones son sustancialmente lo mismo; tan solo que ambas manifestaciones son de tradiciones distintas, el debido proceso proviene de la tradición jurídica del *common law*, y la otra tiene sus bases en la tradición romano-germánico.

Lo cierto es que ambas instituciones no son aisladas entre sí, más bien se complementan, siendo que no es admisible entender que una tutela judicial es efectiva, si en realidad ésta no ha sido otorgada por el Estado con el otorgamiento de las garantías mínimas para las partes dentro de un proceso, en efecto, el debido proceso sirve para legitimar al Estado para el otorgamiento de la Tutela.

De ahí se podemos entender que el debido proceso forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, pero no como aquel derecho de menor rango Constitucional sino como aquel derecho que hace posible el otorgamiento del mismo dentro de un proceso a los justiciables. En dicho contexto resulta difícil admitir la tutela jurisdiccional sin la presencia de un debido proceso, en consecuencia existe tutela jurisdiccional efectiva si está presente el debido proceso (Reyes, 2009).

El derecho a la tutela jurisdiccional tiene dos categorías, la primera antes del proceso y la otra dentro del proceso; en referente a la primera, consiste en “exigir al Estado que provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos tanto materiales y jurídicos indispensables

para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias” (Gálvez, 2007, pág. 454); lo trascendente de esta definición consiste en que el Estado siempre debe estar en aptitud de proporcionar a los ciudadanos las posibilidades de un tratamiento adecuado e cuanto a las pretensiones postuladas en el proceso, cumpliendo de esa manera con las exigencias de la justicia.

En cuanto a las segunda categoría, consiste en que una vez la persona se ve “involucrada en un proceso voluntaria u obligatoriamente, es Estado debe asegurarle que durante la tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de los decidido en definitiva” (Gálvez, 2007, p. 458); de lo que se extrae del concepto es que este derecho implica que el juez, que debe resolver el conflicto de intereses tiene que ser imparcial, tener conocimiento de la discusión, ser competente (juez natural) y además de ello aplicar el derecho que corresponda al caso en particular.

2.4.1. Acceso a la Jurisdicción

Cuando hablamos de jurisdicción hay que entender que en el lenguaje jurídico aparece con distintos términos, en los países de nuestra región es entendido de cuatro concepciones, la primera como sinónimo de ámbito territorial, la segunda como sinónimo de competencia, en tercer lugar, como el poder que se le ha concedido a una autoridad para administrar justicia y en por último como la función pública de hacer justicia.

Para algunos autores como Couture lo define a la jurisdicción como aquella función pública realizada por diferentes órganos competentes del Estado, bajo los supuestos establecidos en una ley, siendo que en virtud de ello se logra solucionar conflictos entre las partes. Otra de sus consideraciones es considerar a la jurisdicción como la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado de los diferentes tipos de procesos que corresponde a los jueces y a los tribunales determinados por las leyes de cada país. Por último, la jurisdicción viene a ser el poder del Estado que ejerce sobre los ciudadanos; en tanto, la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más elemental de una sociedad (Chang y Rolando, 2015).

Sobre la naturaleza de la misma se han postulado las algunas teorías tal como: la teoría Organicista, la cual establece o define que solo los actos que se desprendan de una autoridad judicial conforman actos jurisdiccionales; la teoría subjetiva, mediante esta teoría se busca la protección de los derechos subjetivos de los particulares; la teoría objetiva, propone una actuación de acuerdo a derecho en cada caso concreto; y la teoría de la sustitución, se entiende que la jurisdicción aplica la norma de derecho para la dilucidación de los conflictos de interés y se hace porque quien debió cumplirlo no lo hizo.

Por su parte Couture, sostiene que la jurisdicción es un deber poder; es un deber bajo el supuesto, que esta facultad tan solo lo tiene el Estado para que a través de un órgano jurisdiccional pueda administrar justicia; es un deber, porque el Estado bajo ningún supuesto o circunstancia debe renunciar a la facultad de solucionar los conflictos de las personas (Reyes, 2009).

La tutela jurisdiccional se llega a materializar en el derecho de acción, considerándose como aquel derecho fundamental de las personas.

2.4.2. Resolución Fundada en Derecho

En principio debemos entender que, cuando se habla de una resolución judicial viene a ser la forma como el juez, se comunica con las partes procesales, sin embargo, nos podemos dar cuenta que la definición viene a ser un término polisémico, por lo que es necesario entender a la resolución de dos formas, una como documento y como acto procesal; respecto a la primera se lo entiende tal manera porque hace referencia a un conjunto de normas jurídicas por un órgano jurisdiccional; respecto al segundo término, viene a ser un acto procesal, un hecho jurídico voluntario practicado en un proceso cumpliendo una eficacia en sí mismo (Cavani, 2017).

A partir de la diferencia que se hizo, ahora vamos a definir aquellas resoluciones sin contenido decisorio y las que están inmersas de un

contenido decisorio; las resoluciones con contenido decisorio, son aquellas en donde se da respuesta a lo que las partes solicitan, salvo aquellos casos donde el juez, actúa de oficio, en este entender vale aclarar que no todos los pedidos son merecedores de una decisión; en un sentido estricto, viene a ser un juicio que resuelve un conflicto bajo los cánones de la ley.

Dichos juicios pueden ser de procedencia o de mérito. Un juicio es de procedencia cuando se hace un análisis de los requisitos del pedido y es de mérito cuando el examen que se hace es respecto al contenido del pedido, es decir en este supuesto se le puede dar la razón o no al que solicita la protección del derecho invocado.

Para emitir un pronunciamiento bajo dichas consideraciones es necesario, hacer un análisis profundo de los hechos y de las normas pertinentes al caso; sin embargo, para hablar de una decisión fundada en derecho hay que tener presente, si el proceso se ha desenvuelto de acuerdo a derecho con las exigencias de la norma fundamental que respalda los derechos fundamentales de las personas, es decir, estar motivadas tanto en la forma como en el fondo de su contenido, ello a la luz de las normas y principios del ordenamiento jurídico, sin incurrir en los errores tales como, la motivación aparente, insuficiente e indebida motivación, por lo que al estar una resolución inmersa de tales vicios se estaría vulnerando otro derecho a la motivación de las resoluciones (Cavani, 2017).

A manera de conclusión nos atrevemos a decir, que, si una resolución no cumple con las exigencias de la ley y de los derechos, los peticionantes dentro de un proceso, no se estaría cumpliendo con el principio que constituye el elemento imprescindible para la construcción dogmática del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.4.3. Ejecución de Resolución

Cabe mencionar que las sentencias y demás resoluciones judiciales, vienen a formar parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; siendo que dicho derecho, no sólo radica en que sea reconocido, sino que además el derecho peticionado debe hacerse efectivo, de lo contrario se estaría afectando el derecho al debido proceso; las modalidades de la ejecución pueden ser directas o indirectas, “son directas cuando el juez o un tercero sustituyen a la administración y son indirectas, cuando se utiliza la fuerza para forzar la voluntad del obligado que responda por su actuar, que ha dañado al accionante” (Galeno, 2017).

Siendo que el “incumplimiento y/o cumplimiento parcial o tardío o defectuoso de un mandato judicial firme vulneran frontalmente este derecho constitucional en su contenido esencial ya sea por inejecución o ejecución defectuosa” (Rivadeneira, 2010, p. 1). Pues lo que se puede extraer de la definición es, que la tarea del Estado no basta tan sólo con emitir mediante sus órganos jurisdiccionales una sentencia en derecho, sino más que eso, es un deber primordial

promover el bienestar general en que se fundamenta la justicia tal como establece nuestra norma suprema.

2.2. MEDIDA CAUTELAR

Los procesos judiciales pueden clasificarse según diversos criterios, siendo el más difundido y aceptado aquel que los clasifica por su finalidad, o criterio de función: de cognición y de ejecución (Diez Picazo y Gullón Ballesteros, 2018, p.75).

Pueden ser clasificados también según la naturaleza de la pretensión: declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia (Fairen Guillén, 1992, p. 145)¹. Debemos precisar que, aun cuando en doctrina subsista alguna discusión sobre la naturaleza del proceso cautelar como proceso o procedimiento, en este estudio optamos por considerarlo como un mero procedimiento.

Para fundamentar de mejor modo la anterior afirmación retomemos nuestra definición de proceso y las características que emanan de ella. Hemos indicado que proceso es el conjunto de actos que tiene por objeto la solución de un conflicto o litigio, de lo que se desprende su naturaleza eminentemente teleológica: alcanzar la solución de un conflicto (paz social, según nuestro modelo procesal).

¹ Este autor desarrolla la posición tradicional que concibe al procedimiento cautelar como proceso, la que sin embargo, desechamos en el presente trabajo.

Esta finalidad determina una necesaria jerarquización de las actuaciones de los sujetos procesales; mientras más directa sea la actuación para la prosecución de los fines del proceso mayor relevancia obtiene el sujeto procesal y la actuación que realice (Monroy Gálvez, 2007, p. 103).

En este caso, el instrumento de mayor importancia es el proceso mismo. En el desarrollo de éste se instrumentalizan actos sucesivos para objetivos cortos: procedimientos.

Ello será mucho más claro cuando consideremos los principios propios de la tutela cautelar y sean comparados con los fines del proceso, ya que nuestro Código Procesal Civil ha asignado una finalidad específica al procedimiento cautelar (artículo 608), lo que confirma que es correcto el criterio de considerarlo como procedimiento, antes que como proceso y a la vez determina el decurso que seguirá nuestra investigación (Martel Chang, 2003, p. 90).

Es pertinente en este punto hacer una reseña de lo establecido por el artículo 612 del Código Procesal Civil, que regula como características de las medidas cautelares el hecho de que “importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”. Sin embargo, dicha regulación encuentra mayor desarrollo en el ámbito doctrinario en el cual se atribuyen otras características a esta institución jurídica.

En el sentido anteriormente acotado podemos afirmar que el procedimiento viene a ser la forma de materializar los actos previstos en la norma respectiva; implica seguir, paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo de un acto procesal determinado y a la vez implica que tal procedimiento tenga ciertas características, las que en el caso del procedimiento cautelar, son: Reservado²; *inaudita et altera pars* (sin oír a la parte contraria); rapidez; autonomía; instrumentalidad (Monroy Palacios, 2002, p. 164).

2.2.1. Maliciosa

Las características del procedimiento cautelar anteriormente señaladas, involucran la posibilidad de dominio del hecho de parte del solicitante de la medida, puesto que al tratarse de un procedimiento reservado sólo éste y el operador jurisdiccional tienen la posibilidad de conocer su existencia, así como, en un primer momento, por ser *inaudita et altera pars*, las afirmaciones vertidas en la solicitud no pueden ser contradichas por el afectado (Barona Vilar y Gómez Colomer, 2021, p. 84).

Ello podría propiciar un abuso de la posición de dominio que ostenta temporalmente el solicitante y, consecuentemente, su

² Artículo 637. Trámite de la Medida: "La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido, sin embargo, pueden excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta la pretensión principal.

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

actuación lesionando principios jurídicos tales como la veracidad presentando una apariencia de verosimilitud, obrando así con la intención de perjudicar a la parte contraria en el litigio principal (Bordalí Salamanca, 2019, p. 58).

La señalada intención, configura la malicia en el proceder del solicitante y podría superar incluso la negligencia en la revisión del juzgador y, consecuentemente, el perjuicio de los intereses del afectado con la medida cautelar de una manera irreparable.

Es cierto que la característica de la rapidez del procedimiento cautelar, no exime de verificar la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y del ofrecimiento de contracautela (Bordalí Salamanca, 2019, p. 80). Sin embargo, la malicia con la que podría actuar el solicitante de la medida podría dar la apariencia de verosimilitud y anulando la posibilidad del juzgador de descubrir la verdadera intención al solicitarla.

2.2.2. Innecesaria

El mismo efecto perjudicial que supone la actuación maliciosa también lo tiene la interposición innecesaria de la medida cautelar que también importa una actuación de parte del solicitante, pero según la cual no realiza recoveco alguno para dar la apariencia de verosimilitud, sino que, a sabiendas de que la medida no es

necesaria, por no existir peligro en la demora, la presenta con la única intención de perjudicar al afectado con la medida (Tamayo Jaramillo, 2010, p. 304).

2.2.3. Tramitación de la ejecución

Independientemente del amparo o rechazo de la petición cautelar, una resolución judicial en dicho sentido no pone fin al procedimiento cautelar, sino que son los actos procesales posteriores los que la materializan; en el caso de concederse, su ejecución dependerá de actos posteriores.

Ante un pedido cautelar el Juez puede decidir admitirla o rechazarla, más en ningún caso estaremos frente a un supuesto de cosa juzgada, debido a que la decisión cautelar que concede la medida solicitada puede ser variada o modificada por actos procesales posteriores (más adelante incidiremos en su variabilidad).

En los casos de peticiones cautelares antes de proceso, el Juez no sólo cuida de las exigencias del Código Procesal Civil sino también del cumplimiento de las condiciones de la acción y los presupuestos procesales de forma que deben ser satisfechos por el demandante.

Debemos indicar además que la medida cautelar puede afectar bienes y derechos del obligado o de un tercero (siempre y cuando éste sea citado con la demanda y se acredite su interés en la pretensión), conforme se verifica de lo establecido en el Código Procesal Civil. En ambos casos, la posibilidad de defensa se halla debidamente garantizada.

El régimen de la impugnación de la resolución cautelar es relevante para los efectos de entender si el proceso cautelar peruano guarda o no armonía con su finalidad y con el valor de la eficacia.

El artículo 637 del CPC establece que “una vez dictada la medida cautelar la parte afectada puede formular oposición en el plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar”. Esta primera lectura puede conducir al lector a considerar que la notificación al deudor se efectuará luego de concedida la medida cautelar (sin requerir su ejecución), lo que haría necesario reformular totalmente el objeto de este estudio.

Sin embargo, la misma norma en comento da la solución a esta aparente confusión cuando refiere que “La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida”. Si bien la técnica legislativa empleada no es la mejor, es evidente que la *ratio legis* de la norma aludida está dirigida a permitir que el

deudor formule oposición a la medida cautelar, sólo una vez que se haya ejecutada ésta, ya que solamente así guardaría congruencia con la característica de la reserva del procedimiento cautelar (Peláez Bardales, 2007, p. 52).

Debemos indicar que, antes de su modificación, el artículo 637 del Código Procesal Civil establecía que al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso³.

Si bien este texto no se mantiene vigente, es indudable que la parte afectada podrá ejercer su derecho constitucional a la pluralidad de instancias en cuanto sea notificada con la medida cautelar -sin perjuicio de la oposición que corresponda- y siempre que se cumplan con los requisitos generales para tal fin⁴. Éste está íntimamente relacionado con la cautela y ésta a su vez con la prestación de la obligación.

Por ello, *a priori* no se puede afirmar que el agravio que expresado al sustentar un recurso impugnatorio sea el pagar la deuda, o su posibilidad. Más aún deviene en ridículo el ejercicio

³ Modificación por ley N° 29384 del 28-06-09.

⁴ Cabe indicar que no toda medida cautelar provoca agravio en el ejecutado. Únicamente, cuando exista un perjuicio directo en su patrimonio (v.g. el costo de oportunidad ante la inminencia de un próximo negocio) pero no en cualquier caso (v.g. embargo sobre depósitos a plazo fijo, cuyo origen implica un no uso por el deudor). En todo caso, ello debe observarse en cada proceso y según las circunstancias que la rodean. En caso contrario, dicho requisito ha venido a constituir un formalismo más en la interposición de los medios impugnatorios.

de un medio impugnatorio cuando no se ha cautelado la totalidad del contenido de la prestación porque ello presupone dos aspectos: la existencia de una intención para no cumplir la prestación y la posibilidad de haber transferido los bienes restantes para una ejecución de otra medida cautelar posterior⁵.

El recurso impugnatorio será interpuesto y concedido sin efecto suspensivo como lo prevé el artículo 372 del Código Procesal Civil. En suma, podemos decir que, al haberse establecido como regla general para impugnar la concesión de una medida cautelar, la apelación sin efecto suspensivo, se favorece la eficacia del procedimiento porque permite la continuación de los efectos de la tutela jurisdiccional efectiva.

Constituyen presupuestos para la ejecución de las medidas cautelares, los siguientes:

⁵ En el presente trabajo, consideramos que la conducta estratégica antes mencionada se ejercita cuando hay bienes suficientes para cautelar la decisión final hasta el monto indicado en la solicitud de medida cautelar pero no son afectados. Por lo que la notificación de la medida cautelar que comprende un monto menor al pedido implica alertar al deudor sobre la posible ejecución de una medida cautelar posterior. Ello pues no se prevé la posibilidad de seguir ejecutando la medida cautelar hasta que se hayan agotado todas las posibilidades reales y potenciales para perseguir dichos bienes restantes hasta el monto concedido en la decisión del juzgador. Ello amplía el ámbito de la medida cautelar por lo que en el mismo modo lo hacen los demás elementos como la contracautela.

A. Verosimilitud o apariencia del derecho invocado

Implica realizar un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante en relación al derecho que invoca en el proceso principal. Según Monroy Palacios (2002, p. 165) la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere si la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace, al menos, discutible.

Este requisito también llamado *fumus boni iuris* no exige comprobación de certeza, sino solamente de “humo” o apariencia de derecho, esto es, probabilidad. “Esta expresión significa apariencia del derecho o verosimilitud de éste, y está referida a que la medida cautelar se concede al demandante o actor no 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 Bardales, 2007, p. 44).

B. Peligro en la demora

La Doctrina que inspira nuestro Código Procesal Civil ha considerado que la sola duración del proceso importa peligro en la demora. Ello obedece porque el tiempo de duración del proceso principal puede hacer ineficaz el derecho del

accionante dada la coyuntura del sistema judicial peruano (Fairen Guillén, 1992, p. 63).

El peligro en la demora o *periculum in mora* puede derivar no sólo de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos o actos de mala fe del emplazado. Ellas están orientadas a dificultar o impedir la realización y cumplimiento de la pretensión del actor.

La doctrina distingue dos tipos de peligro en la demora: Peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. El primero, alude a una urgente necesidad de asegurar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final. El segundo, está referido a la "aceleración", en vía provisoria, de la satisfacción del derecho.

Esta tesis no es compartida por Monroy Palacios (2002, p. 185) quien en conclusión sostiene que existe un solo peligro en la demora, de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio – irreparable, o no, durante el transcurso del proceso.

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro ulterior de daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la

providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de un daño ulterior, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar (Calamandrei, 1945, p. 205).

C. La razonabilidad de la medida (falta desarrollar)

Este requisito establecido para las medidas cautelares, se desprende de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son de aplicación general en todo el Derecho, principalmente desde la óptica constitucional, motivo por el cual el Tribunal Constitucional lo ha desarrollado como un principio independiente de la proporcionalidad y ha reconocido como su contenido a la existencia de una “adecuada relación lógico – axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado” (Caso Juan Carlos Gallegari Herazo, 2004, fundamento 35).

Este concepto, aplicado al caso de las medidas cautelares, obligan al juez a la revisión de que se presente esta adecuación de la relación lógico – axiológica, entre el derecho que se busca reclamar dentro del proceso judicial, lo que determina el objeto de la medida cautelar, que es la tutela de antelada de dicho derechos del cual se cree ser titular y, en este sentido, la verificación de que la interposición y ejecución de la medida cautelar se va a convertir en un medio eficiente para conseguir tal finalidad.

Esta mirada tiene relación con el otro contenido planteado por el Tribunal Constitucional, según el cual gracias al principio de razonabilidad se “exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso (...) que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional” (Caso Grimaldo Saturdino Chong Vásquez, 2005, fundamento 6); en este sentido, si bien la ejecución de la medida cautelar va a posibilitar la restricción de un derecho de la parte que se verá afectada con ello, es tarea del juzgador cuidar que tal decisión tenga un interés mayor, la preservación de un derecho constitucional que se discute en el fondo del asunto y que, se encuentre directamente relacionado con la acreditación de verosimilitud.

Es así que para el caso específico de las medidas cautelares, el principio de razonabilidad, ya transformado en requisito de admisibilidad y procedencia puede ser tenida como “un requisito relacionado con la adecuación al fin, esto es, que la medida sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento” (Jiménez Vargas-Machuca, 2018, p. 3); situación que resulta sumamente relevante para verificar la necesidad de esta medida, así como, para determinar los presupuestos de fondo con los que, de ser el caso, se permita la identificación de la existencia de una medida cautelar

maliciosa por haber afectado a la razonabilidad en abuso del derecho.

2.2.4. Desconocimiento normativo por parte de los abogados y sujetos

En el caso de la medida cautelar interpuesta con abuso de derecho o de mala fe, se están vulnerando derechos y principios establecidos taxativamente en el ordenamiento procesal civil, claro está que no para el caso específico de las medidas cautelares, pero sí para efectos del proceso mismo. Dichos derechos subjetivos, principios y normas vulnerados son desconocidos por las partes en el proceso y dejados de atender por parte de los abogados que los patrocinan.

Respecto de la mala fe en el proceso, tenemos al artículo 46 que establece la multa para quienes comprobadamente han procedido de mala fe, los artículos 110 y 111 que regulan la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados para intervenir en un proceso; regulación que establece la responsabilidad para responder por los perjuicios que causen en sus actuaciones temerarias o de mala fe, pero restringe dicha responsabilidad al pago de las costas y a una multa procesal.

Sin embargo, en el caso de la medida cautelar, dicha concepción se amplía hacia una obligación de indemnizar, debido a que los daños ocasionados, como se refirió en el acápite anterior, no son únicamente de carácter público, sino y sobretodo, de carácter privado.

Los supuestos de temeridad o mala fe que podrían presentarse en las solicitudes de medidas cautelares podrían ser, en interpretación sistemática del artículo 112 del Código Procesal Civil y salvando la responsabilidad objetiva que será explicada más adelante, los siguientes:

a) Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad

El conocimiento de la situación fáctica en un proceso judicial es de entero conocimiento de las partes, eso hace responsable al solicitante de una actuación jurisdiccional por las aseveraciones que se realizan en su requerimiento, más aun, cuando se trata de una solicitud cautelar en la que el análisis jurisdiccional es a priori y se tiene en cuenta únicamente la apariencia del derecho, no se alcanza certeza alguna (Martel Chang, 2003).

Por lo que, la sola comprobación posterior de que los hechos alegados eran falsos, da cuenta de que se ha procedido con mala fe en la realización de la solicitud y, por tanto, que la conducta ha sido antijurídica y es susceptible de una sanción por responsabilidad civil extracontractual.

b) Cuando se utilice el procedimiento con propósitos dolosos o fraudulentos

Aunque el factor de atribución en el caso de las medidas cautelares innecesarias y maliciosas requiere de un análisis objetivo, la posterior comprobación de que la medida cautelar ha sido presentada con el propósito de retener un bien o disponer de un bien sobre el cual no se tenía derecho también se configura como actuación de mala fe y, por lo tanto, es pasible de sanción.

El abuso del derecho también es otro supuesto por el cual puede imputarse una actuación antijurídica de parte del solicitante de la medida cautelar, tan es así que, dicha figura ha sido regulada en el ordenamiento procesal civil como ejercicio abusivo de un derecho susceptible de causar un perjuicio (artículo 685), lo que implica que la actuación de este tipo, causa un daño susceptible de ser resarcido, pero que, además, contraviene el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, una actuación desleal de parte del solicitante de la medida cautelar no sólo contraviene las figuras mencionadas, sino que afecta además la finalidad abstracta del derecho procesal civil que es alcanzar la paz social en justicia, tal y como lo contempla el artículo III del Título Preliminar de la norma adjetiva.

2.3.4. No perder tiempo (apoteigma económico: “mayor resultado con menor esfuerzo”)

Dicho apoteigma económico puede ser utilizado en nuestra propuesta, aplicado a derecho, en el sentido de que la eficiencia que trae consigo favorece a los principios de celeridad y economía procesal, vistos desde la perspectiva de que en el mismo proceso a través de la contracautela se evitaría la necesidad de que el perjudicado con una medida cautelar maliciosa o innecesaria inicie un nuevo proceso por indemnización (Ortells Ramos, 2011, pp. 254-255).

Dicho apoteigma surgió de la proposición de Pareto, denominada Óptimo de Pareto, que señala “que cualquier cambio de situación afectaría a una economía sin perjudicar a otra. Es decir, las situaciones son eficientes, si al haber un cambio de esa situación, se beneficia a alguno, sin perjudicar a otro” (Miller, 1989, p. 74).

Es decir que, la mayor y mejor producción se consigue cuando se invierte la menor cantidad de materiales pero suficientes para mantener la calidad del producto, es decir, gastarlo menos posible en la producción sin afectar la calidad del producto.

Dicha proposición se amplió a los demás componentes de la producción, el tiempo, la mano de obra, las materia primas, obteniéndose así la formulación de obtener el mejor resultado realizando el menor esfuerzo.

La mencionada propuesta puede ser aplicada al derecho, en el caso particular a la posibilidad de accionar de parte del afectado con una medida cautelar en contra del solicitante que actuó de manera maliciosa o innecesaria.

2.3. CONTRACAUTELA

La contracautela, como su nombre lo sugiere, es la garantía -ofrecida por el solicitante de una medida cautelar- de resarcir los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar con la ejecución de la medida. Estos daños pueden ser ocasionados a terceros, por ejemplo, cuando se embarguen bienes que no pertenecen al deudor; y a la vez pueden ser ocasionados al propietario de los bienes afectados con la medida, por ejemplo, en el caso que la demanda sea desestimada y no se ampare la pretensión contenida en el proceso principal (Ortells Ramos, 2011, p. 295).

Sin embargo, la concurrencia de este requisito no debe evaluarse únicamente para los efectos de concederse la medida cautelar, sino también para regular su ejecución. Así fluye nítidamente del artículo 613 del Código Procesal Civil, coincidente con la doctrina en este aspecto. Además, la contracautela viene a constituirse en un cuasi derecho del ejecutado pues le proporciona seguridad al riesgo transferido desde el acreedor y el operador judicial al implementarse la medida cautelar.

Conforme lo establece el Código Procesal Civil, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, comprendiéndose en este último caso a la caución juratoria⁶, siempre que se encuentre debidamente fundamentada.

2.4. INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Se trata de dos categorías que teóricamente son distintas, pero que, a nivel regulatorio, principalmente en materia de contracautela, son tenidas como si se tratase de sinónimos, es decir que, se trata a la indemnización como una categoría que “tiene como objetivo volver las cosas al estado anterior al incumplimiento del contrato, o al daño causado extracontractualmente” (Coca Guzmán, 2020, p. 172); como es de verse en la concepción alcanzada, la indemnización puede constituir en la obligación generada del incumplimiento de una obligación previamente pactada o, en todo caso, tras el daño causado extracontractualmente; confundiéndose así con el concepto establecido para la responsabilidad civil.

De forma tal que, puede establecerse la existencia de una indemnización por la presencia de una responsabilidad civil contractual, así como, por una responsabilidad civil extracontractual; es en el segundo supuesto que se ubica la obligación generada de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria; dado que, en este caso no existe un

⁶ La caución juratoria, o fianza personal, es aquella que presta el solicitante de la medida cautelar, garantizando que -en caso se ocasionen daños o perjuicios con la ejecución de la medida cautelar que solicita- responderá con su patrimonio personal.

pacto previo para la ejecución de sendas obligaciones, sino que, se encuentra como fundamento el principio de razonabilidad que informa a toda medida cautelar, así como, la verificación de que, de haberse presentado ejercicio irregular de un derecho o abuso del mismo con la interposición de la medida, se termina por afectar seriamente un derecho determinado del afectado con tal medida, definido por el extremo de la restricción que esta impuso.

Sin embargo, de manera contemporánea, se ha establecido una diferencia teórica entre la indemnización y el resarcimiento, este segundo el supuesto que se encuentra detrás de la responsabilidad civil, en el sentido que

El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación, de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico. (Beltrán Pacheco, 2010, p. 385)

De manera tal que, el resarcimiento sí admite una discusión acerca del daño causado, ya sea a título de lucro cesante o daño emergente, así como del nexo causal, de la antijuricidad de la conducta y los factores de atribución, vale decir, en torno a lo que implica la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual; empero, la indemnización es una figura que implica restitución de la afectación, es decir, una simple compensación que se ejecuta por imperativo normativo o legal, de ahí que se hable de indemnización por despido arbitrario en materia laboral

o indemnización por separación de hecho en materia de familia, las cuales dependen de un imperativo normativo y no del análisis independiente de los elementos de la responsabilidad civil.

Es por ello que se podría incluir, incluso, a la indemnización como una categoría dentro de la responsabilidad civil, pero no como sinónimos; en este sentido, es necesario que:

El sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre «indemnización» y «resarcimiento», pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o de imputable, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano [...]. La indemnización tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con un criterio de equidad. (León, 2010, pp. 67 y 68)

De esta manera, la indemnización por contracautela, podría responder a un criterio de equidad y devolución de las afectaciones causadas por su interposición y ejecución; empero, esto podría aseverarse para el caso de la interposición de una medida cautelar innecesaria y que se verifica en caso de que se haya tenido la convicción por parte del solicitante de que le corresponde el derecho invocado; sin embargo, en el caso de la interposición de una medida cautelar maliciosa, en la que se configura un abuso de derecho el asunto es distinto, puesto que, podría generar incluso una afectación mayor por el hecho de que el solicitante actúa con la consciencia de que el derecho no le corresponde, lo que implicaría una necesidad de verificación de los elementos de la responsabilidad civil.

Con todo, lo cierto es que la regulación propia del Código Procesal Civil en lo que a contracautela respecta, confunde ambas figuras, siendo que en el artículo 613 hace referencia al resarcimiento, categoría que identifica a la responsabilidad civil, en este caso extracontractual, pero, en el artículo 621 señala que se trata de una indemnización por daños y perjuicios, sin fijar la manera de su cálculo, como sí lo hacen otros supuestos de indemnización; lo que involucra que se está refiriendo en realidad a una responsabilidad civil extracontractual y mal utiliza el término indemnización.

CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Protección del derecho a la tutela efectiva en su sentido amplio con la concentración de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa

El derecho a la tutela efectiva sobrepasa la concepción restringida que presenta el texto constitucional en el artículo 139, numeral 3, puesto que, este dispositivo normativo considera a la tutela como aquel principio-derecho por el que se provee al justiciable de atención efectiva de los derechos que invoca ante el órgano jurisdiccional, en este sentido, se han establecido competencias judiciales que atienden esta necesidad en relación a la materia de la que se trata, el territorio en el que se vulneró el derecho o en el que se presentó el conflicto o la incertidumbre jurídica, la función reservada al juez, entre otras consideraciones.

Sin embargo, el concepto de tutela se ha orientado tanto hacia asuntos formales como los mencionados, y otros como la verificación de requisitos de procedibilidad, el cumplimiento de plazos, la designación del juez, el establecimiento de los puntos controvertidos, la preclusión en la presentación de pruebas, la formalidad en el ofrecimiento de los testigos y el planteamiento de las preguntas; entre muchas otras formalidades propias del proceso que, muchas veces, desatienden el verdadero interés, que la tutela sea materia, realmente efectiva, para lo cual es necesario desproveer el proceso de formalidades excesivas para determinar los mecanismos que

coadyuven con una solución justa, en el menor tiempo a los conflictos presentados.

Lo mismo, cuando el conflicto se genera por un abuso del Derecho o un ejercicio irregular de un derecho subjetivo, como suele ocurrir en el caso de la contracautela que, al ser ofrecida como caución juratoria y, al presentarse un vacío normativo acerca de la manera en que dicha caución será ejecutada, dado que es juratorio y, es más, siendo que resulta imposible que en virtud de esta se puedan prever todos los daños que podría causar el abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo que supone la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria y, en este sentido, se genera la incertidumbre de si el monto cautelado llegue a ser resarcitorio.

Vale decir, las excesivas formalidades establecidas como parte de la tutela procesal efectiva, consideran suficiente que se plantee una caución juratoria al ofrecerse una medida cautelar, con lo que procede tal ofrecimiento sin mayor seguridad de que los daños que pueda causar la segunda si es presentada de forma maliciosa o innecesaria, llegarán alguna vez a ser resarcidos, dado que se solo ofrecimiento de la primera no cuenta con mayor desarrollo normativo que establezca un mecanismo, también procesal o extraprocesal que la haga efectiva.

Con ello, los resultados obtenidos acerca de la revisión del contenido y finalidad de la figura de la contracautela no son uniformes por la falta de claridad respecto de ambos aspectos ya señalados; en primer lugar, por el

hecho de que la definición normativa, tal y como se ha señalado anteriormente es demasiado difusa y, en segundo, porque el desarrollo doctrinario, lejos de aclarar dicho panorama, lo obscurece.

Partiendo por lo establecido en el artículo 613 del Código Procesal Civil, único artículo que contempla con un halo de definición a la figura de la contracautela, ha de identificarse que:

- A. El primer elemento del contenido a identificarse es el objeto, que consiste en el aseguramiento del resarcimiento de los daños y perjuicios que se pueda causar con su ejecución

Al respecto, debe identificarse el concepto que se tiene de resarcimiento en el contexto del proceso civil, a partir, primero, de lo que contempla el propio Código Procesal Civil; en ese sentido, se tiene que este cuerpo normativo trata esta figura, en primer lugar, en el artículo 4 referido a las consecuencias del ejercicio irregular del Derecho de acción civil, tema muy pertinente con la presente investigación, pues si se entiende al derecho de acción civil en sentido lato, puede incluirse dentro de éste a todas las solicitudes que activan la potestad jurisdiccional con arreglo al Derecho, entre éstas, la solicitud de medida cautelar.

Dicho artículo 4, establece la posibilidad de que el demandado que considere que el ejercicio del Derecho fue irregular o arbitrario, interponga demanda contra el demandante solicitando el “resarcimiento

por los daños y perjuicios que haya sufrido”; además, denomina al obligado a pagar dichos daños y perjuicios litigante malicioso; entonces, para el Código Procesal Civil, quien realiza un ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción es un litigante malicioso y se encuentra obligado a resarcir daños y perjuicios.

Resarcir, un término distinto a la sola restitución, que implica ir más allá de la reposición de lo materialmente cuantificable como daño, exige la consideración de los elementos relativos a la responsabilidad civil extracontractual, derivada esta vez de una actuación contraria a derecho, en abuso o ejercicio irregular de mismo; de lo que podría desprenderse que la contracautela es un concepto que involucra una acción resarcitoria y no restitutoria; no obstante, como se dijo, la doctrina, la jurisprudencia y la propia norma no son claras al respecto.

Tal y como se observó en el marco teórico de la presente tesis, la obligación de pagar daños y perjuicios tiene dos vertientes, la primera, una legalmente establecida, que no es el caso, y la segunda a través del cálculo de la responsabilidad civil en la que incurre el agente que es la más adecuada, puesto que cuenta con todo un respaldo jurídico para calcular el denominado daño y que se aplica a nivel judicial en cada caso concreto, tomando en cuenta sus características particulares.

Es en este momento de la interpretación que conviene tratar sobre el mencionado pospositivismo, tal vez de manera relativamente adelantada pues no se ha concluido con todo el análisis del código respecto del

resarcimiento, pero pertinente dado el nivel de la discusión; ocurre que, para calcular los daños que haya ocasionado una conducta maliciosa es imposible contar con una prescripción legal o disposición normativa en abstracto que se ajuste a todas las incidencias particulares de cada caso, pues el daño es un concepto material verificable en cada una de las realidades observadas.

Es en este punto que cobra vigencia lo señalado por el pospositivismo, es decir, que la norma se origina recién al momento de aplicar la disposición normativa, siendo ésta una mera formulación del supuesto de hecho que no constituye derecho sino hasta su interpretación en un caso concreto; bajo esta premisa, siguiendo a Tarello (1974), pueden existir múltiples normas cuya configuración está a cargo del juez, figura que pasa a ubicar un lugar privilegiado en la nueva concepción del Derecho.

Bajo estos postulados, entonces, es el juez quien, bajo los parámetros establecidos en la regulación de la responsabilidad civil y, teniendo en cuenta las ocurrencias de cada caso, establece una solución justa a la controversia y decide el resarcimiento que le corresponde al afectado con la acción maliciosa.

El resarcimiento también ha sido contemplado en el contexto de la nulidad de los actos procesales (título VI de la sección tercera), la misma que se sanciona únicamente por causa establecida en la ley (art. 171), pero que, al ser dictada genera la posibilidad para que el

afectado con dicho acto procesal solicite el resarcimiento del daño causado, el mismo que será declarado en Sentencia.

Como es de observarse, en este caso también se deja una cláusula abierta que contiene el concepto de daños, igual que en el anterior artículo y que, puede ser determinado en cada caso concreto por el Juez, tomando en cuenta la teoría del daño, integrante de la teoría de la responsabilidad civil que ha sido recogida en el mismo texto legislativo en comento, pero que, requerirá de un cálculo especializado e individualizado, según el daño que se haya presentado en cada caso.

Hasta el momento, entonces, se tiene que el Código Procesal Civil, cuando utiliza la expresión resarcimiento, no lo hace para referirse a la indemnización legalmente establecida, sino a la concurrencia de un daño determinado que debe ser calculado en cada caso según sus propias incidencias y particularidades; motivo por el cual, la postura del pospositivismo sigue siendo identificada en lo que respecta al resarcimiento, pues, las disposiciones normativas en comento atienden a cláusulas generales que autorizan al magistrado para su determinación material.

No obstante, ha de puntualizarse hasta aquí que, no todos los planteamientos del pospositivismo son aceptados en la presente tesis pues, si se nota, la postura que se encuentra desarrollando no sustenta que el juez puede resolver cada caso según su discernimiento, sino que, debe valerse del marco normativo pre establecido, a efectos de

propugnar la existencia de seguridad jurídica, pues, resulta sumamente peligroso otorgar carta abierta a su discrecionalidad, ello devendría en arbitrariedad no controlada; conviene en este punto, desempolvar la teoría del equilibrio del poder que, bien podría aplicarse entre el legislador y el juez.

Un tercer tratamiento del resarcimiento, lo hace el Código Procesal Civil en el contexto del proceso por responsabilidad civil de los jueces (Sub capítulo 3), es más, este apartado remite al conocimiento de las “normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables” (art. 515); es decir, en buena cuenta, remite a las reglas de la responsabilidad civil contractual, reglas en la que se establece claramente que si el “resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa” (Código Civil, art. 1332).

Situación que sigue en consonancia con la posición asumida desde el primer artículo en análisis, en reconocimiento de que, en asuntos de responsabilidad civil, el resarcimiento es fijado por el juez, cuya discrecionalidad tiene como único freno los valores que expresan las disposiciones normativas relativas al tema.

Cabe en este punto, hacer referencia a la constatación de que el resarcimiento constituye un medio por el cual el agraviado o afectado por una medida con implicancia jurídica puede solicitar el cálculo de la

responsabilidad de quien ha causado el daño, teniendo como parámetro para tal decisión la verificación de la magnitud que ha tenido dicho daño en el caso particular; es decir, no se trata de una mera restitución patrimonial, sino que exige la constatación en el caso concreto de cada elemento del daño reconocido como figura jurídica.

Es así como debe entenderse también el resarcimiento regulado en el artículo 613 comentado, es por eso que la fórmula normativa habla de daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, lo que invita al juez a fijar dicho resarcimiento en cada caso concreto y no impone una fórmula legal específica para el cálculo del daño ni la expresión de qué tipo de daño involucra dicho cálculo.

Lo señalado se reafirma de la verificación de lo establecido en el segundo párrafo del mencionado artículo 613, en el que, se deja la responsabilidad de fijar la contracautela al juez, la misma que podrá coincidir con la propuesta por el solicitante, graduarla e, incluso, modificarla; empero, es de advertir que esta fórmula legislativa genera confusión, la misma que es el origen de la ineficacia de la figura, pues, hace parecer que el resarcimiento del que se habla en este artículo dependiera de un monto fijado por el solicitante y, en torno a éste, giran las actuaciones del juez, ello en vista de que se considera a la contracautela como un requisito de la solicitud de la medida cautelar.

No obstante, esto no debiera ser así, el monto de este resarcimiento, debe depender única y exclusivamente de los daños derivados de la solicitud maliciosa, en aplicación sistemática del artículo 4, y deben ser calculados luego de su constatación en cada caso concreto; lo que exige al juez un análisis individual de este hecho, dentro del proceso, un ejercicio adicional que nunca es llevado a cabo.

Esta situación es agravada en el párrafo 3 del artículo 613, al establecer medida cautelar real o personal, nuevamente centrando la atención en el ofrecimiento que hace el solicitante y no en el daño que pudiere producirse, error que genera ineficacia formal, lo que será sustentado oportunamente.

Es preciso señalar, además de los dispositivos legales ya invocados, al artículo 147 de la Ley General de Sociedades, a la que hace referencia la segunda disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, en el que, se establece que la solicitud de suspensión se tramita como medida cautelar, situación en la que se deberá presentar contracautela para el resarcimiento de los daños que cause.

Visión de la contracautela que se analizará en el siguiente acápite, pues, al establecerse como requisito para la interposición de la medida cautelar se termina por tergiversar el concepto de resarcimiento establecido en el código sustantivo y, se fomenta su ineficacia por propia incoherencia interna de la norma.

B. La segunda apreciación a tener en cuenta es la facultad de ofrecer contracautela que tiene el solicitante, la obligación del juez de graduarla y, además, la tipificación de su naturaleza en real y personal. Todas y cada una, características contrarias a la idea de resarcimiento de daños presentada en el acápite anterior.

Se establece tal contradicción interna en base a la teoría del daño que clasifica al mismo en daño económico (lucro cesante y daño emergente) y daño extraeconómico (moral, psíquico, biológico, estético, espiritual) (Gherzi, 1999); pues la comprobación de que se ha causado un daño con la interposición de una medida cautelar que no debía imponerse únicamente puede realizarse de manera posterior, es decir, existe imposibilidad de tener noción del daño económico o extraeconómico o, en suma, el daño patrimonial o extrapatrimonial que se podría causar a una persona con la interposición de la medida cautelar innecesaria o maliciosa pues la configuración del daño opera después de que ésta se haya interpuesto.

Con lo dicho, es posible sustentar que resulta una incoherencia de la norma establecer la posibilidad de que el solicitante de la medida cautelar pueda señalar el monto de la contracautela, pues, al tener ésta como contenido, como se puede ver en el primer párrafo del artículo 613, el resarcimiento de los daños y perjuicios, resulta imposible que dicho solicitante pueda conocer los daños que se vayan a causar con la medida, pues estos pueden ser nulos, varios, o justificables, entre muchas otras situaciones con interés jurídico que se puedan presentar.

Por otro lado, el fundamento de garantizar desde el comienzo o con la solicitud de la medida cautelar dicho resarcimiento cae al vacío de manera abstracta desde la comprobación de la imposibilidad de saber si la medida es maliciosa o innecesaria desde su interposición, en el caso de serlo, la imposibilidad de conocer la magnitud del daño que se ocasione y, de manera concreta, con la generalizada utilización de la caución juratoria y la nula ejecución o solicitud de la misma que existe en la actualidad, como ya se hizo referencia en el trabajo de David Arana Becerra (Arana Becerra, 2017).

Este es otro punto a tener en cuenta para acreditar la incoherencia interna de este artículo 613, pues, otorga la posibilidad al solicitante de la medida cautelar de presentar dos tipos de contracautela, una real, es decir en bienes, generalmente dinero, y otra personal, es decir, la caución juratoria, en la que no se entrega bien alguno en custodia del órgano jurisdiccional, sino que, ofrece la entrega del mismo en caso el proceso principal sea declarado improcedente o infundado, es decir no le favorezca.

Cuestión totalmente irracional en cuanto a la constitución de garantía, pues, no existe medio material alguno para ejecutarla y, dado que el medio formal, este propio artículo, muy pocas veces se ejecuta en la realidad, como ya fue anteriormente señalado; finalmente, porque la regulación es tan difusa que, existe posibilidad de interpretaciones varias y contradictorias como se ha presentado en el antecedente de esta investigación.

Todas estas vicisitudes se generan por el error de comprensión de la contracautela como medio no de resarcimiento sino de restitución patrimonial de la afectación del mismo tipo que puede causarse con la interposición de una medida cautelar, cuando esta resulte maliciosa o innecesaria, que se encuentra como razón subyacente del segundo y tercer párrafos del artículo 613.

No obstante, dicha razón subyacente es contraria a la razón subyacente que asiste al primer párrafo del mismo artículo como hace referencia a los daños y que, de ser complementada con la doctrina y la teoría que se ha desarrollado al respecto, es perfectamente entendible que se refiere al lucro cesante, daño emergente, daño personal, daño moral, o a cualquier otro tipo de daño que se presente con motivo de la señalada interposición.

Hablando de razones subyacentes, entonces, esta doctrina clásica que sustenta la exigencia de presentar a la contracautela como requisito para la admisión o procedencia de una medida cautelar, resulta contradictoria o incoherente en sí misma, irracional y desproporcional para proteger a la víctima del daño e ineficaz por su nula configuración en la realidad.

- C. El tercer inconveniente identificado en cuanto a la contracautela es su constitución cuando ésta tiene naturaleza real por parte del juez en la resolución admisorio y posterior ejecución a pedido de parte.

Se habla de inconveniente puesto que, no por el hecho de que se trate, esta vez, de una contracautela real, se salva el hecho de que *a priori* es imposible conocer el daño que ésta pueda ocasionar; vale decir, si desde la interposición de la medida cautelar, en el auto admisorio, el juez decide trabar contracautela real inscribiendo dicha medida en el registro correspondiente, lo único que se podrá calcular es la restitución del equivalente del bien por el cual se encuentra trabando la medida cautelar.

No así, el daño que dicha medida cautelar pueda causar, puesto que el concepto de daño va más allá de la sola pérdida económica, es más, la pérdida económica puede estar conformada por el lucro cesante, pero además por cualquier daño patrimonial emergente que se presente derivado de dicho lucro cesante.

Con esta sola regulación, también se afecta a la coherencia interna de la norma y a la posibilidad de efectivizar el resarcimiento del daño; en otras palabras, la visión de respaldar la restitución del bien únicamente, termina por tornar en ineficaz a la propia contracautela que por definición debe resarcir los daños y perjuicios.

En cuanto a la ejecución de la medida cautelar, que se realiza a pedido de parte y en el mismo cuaderno cautelar por el mismo juez que otorgó la medida, puede incluirse el concepto de celeridad, economía y concentración procesal, no sólo para el mismo proceso sino respecto

de procedimientos independientes, referidos a que, el resarcimiento, exige de parte del juez un razonamiento independiente de la única y sola comprobación de la restitución del bien, sino que además involucra determinar la responsabilidad civil derivada del daño ocasionado, el análisis de la antijuricidad de la conducta, la comprobación de los factores de atribución y del nexo causal existente entre la interposición de la medida cautelar maliciosa o innecesaria y el daño ocasionado.

Lo que supone una labor importante del juez al realizar un procedimiento de juicio independiente del juicio realizado en el proceso principal y, más aún, derivado de la interposición de una medida cautelar que tiene carácter incidental.

Ahora, dicho resarcimiento, no involucra en realidad una contracautela, sino una indemnización por los daños y perjuicios causados con la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, lo que lleva a sostener una teoría unitaria de ambas figuras, la segunda regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil y que, reconociendo su carácter posterior, puede resultar más clara, menos incoherente e, incluso, eficaz.

La última discusión es la que se llevará a cabo, una vez constatados los componentes de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria que forma parte del segundo objetivo específico trazado en el proyecto de investigación.

Las regulaciones legales también protegen la tutela efectiva cuando contienen normas ejecutables, como se ha señalado en la discusión de resultados, la regulación que se tiene actualmente de contracautela y de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria se torna en inconsistente o incoherentes en sí mismas, por otro lado, carece de validez material y, por lo tanto, ineficacia formal.

Motivo por el cual, bien puede decirse que afectan la tutela efectiva de la parte afectada con una medida cautelar, pero también con la parte que la interpone, pues al no analizarse correctamente los elementos de la responsabilidad civil, pueden presentarse situaciones lesivas al debido proceso y la tutela efectiva también en su dimensión material.

Por tal situación, es correcto afirmar que la protección de la tutela efectiva es un fundamento para proponer una teoría unitaria que conjugue tanto a la contracautela como a la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria; contrastándose esta primera hipótesis.

3.2.La protección del derecho a la defensa con la unificación de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa

La pretensión de este fundamento, se orienta también hacia la conformación de una teoría unitaria de resarcimiento para los casos en los que se ha interpuesto una medida cautelar maliciosa o innecesaria, dado

que, la regulación de la contracautela presenta por sí misma vacíos que no especifican cómo se hará efectivo el resarcimiento, sino que solo se limita a señalar un procedimiento dentro del propio juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar, lo que constituye un contrasentido respecto del concepto mismo del resarcimiento y, en el caso, de la verificación de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, se regula la condena para indemnizar a la parte afectada dentro del mismo proceso. Ambos extremos que pretenden ser unificados en virtud de los presupuestos del resarcimiento teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad civil.

Para ello, el respeto del derecho de defensa, resulta un fundamento medular, dado que este forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho al debido proceso, protegidos en el artículo 139, numeral 3 del texto constitucional; pero ha merecido también regulación autónoma en el numeral 14 como una obligación al órgano jurisdiccional para facilitar el derecho de defensa en cualquier estado del proceso y, si bien, los términos utilizados en dicho numeral parecieren orientarse únicamente al proceso penal, con el primer extremo de su redacción es posible sustentar su aplicación a cualquier proceso jurisdiccional.

La defensa, entonces, no implica únicamente la designación de representación procesal y técnica hacia un abogado defensor, sino, principalmente, el aseguramiento de que la protección de los derechos subjetivos y fundamentales del justiciable se mantendrá vigente durante todo el proceso y, en el caso de los procedimientos inmersos en este, que

alcancen un nivel de certeza y accesibilidad tal que lleven a asegurar, además, la plena eficacia del derecho invocado y demostrado.

Este es el principal extremo de sustento en favor de la creación de una teoría unitaria del resarcimiento producto de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria que le sirva de fundamento a la regulación normativa también unitaria.

Esto, debido a que, como ya fue sustentado en el punto anterior, la regulación normativa pareciere orientarse hacia la fundación de dos mecanismos para reclamar la contracautela que se genera por presencia de abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo; así, se genera la incertidumbre de si corresponde interponer un procedimiento para lograr la indemnización, en el sentido de restitución, o si corresponde incoar un proceso por resarcimiento en virtud de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Aún dentro de este último extremo, la responsabilidad civil, se ha presentado también una tesis en pro de la unificación del procedimiento para el resarcimiento de los daños causados mediante un proceso de responsabilidad civil, esto es, que a “pesar que nuestro código civil ha adoptado el sistema tradicional de responsabilidad civil, no impide que se estudie ambas clases de responsabilidad en base sus elementos comunes, señalando claramente las divergencias tanto en lo normativo como lo teórico” (Taboada Córdova, 2000, pp. 24-25); de lo que se extrae una

comunidad de elementos comunes que favorecen a una regulación unitaria de la figura.

Con lo dicho, para evaluar el contenido y finalidad de la regulación que establece como procedimiento la indemnización por la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria y, bajo este presupuesto normativo, la corrección o no de utilizar esta figura como medio para hacer efectiva a la contracautela, es preciso tener claro cada uno de los componentes de la disposición normativa signada con el artículo 621 del Código Procesal Civil; la misma que cuenta con los siguientes elementos:

- A. La declaración de infundabilidad como requisito para solicitar la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Esta también se conforma en la primera diferencia de la indemnización respecto de la regulación de la contracautela, pues, en el caso de la última no se especifica si es causada por una declaración de fondo o de mero procedimiento; tómese en cuenta que, el daño causado por la interposición de una medida cautelar, se causa por el gravamen que ejerce la medida sobre el patrimonio del afectado durante la celebración del proceso y que, esto no depende de si las causas para iniciarlo eran infundadas o improcedentes; vale resaltar que, el daño se causa independientemente de las razones procesales de la interposición maliciosa o innecesaria.

Para ahondar en la explicación, puede ser que un proceso se haya iniciado sin agotar una vía previa, es decir, sin generar interés para obrar y que, la judicatura no advierta tal situación hasta culminar el proceso y, por consecuencia, declare su improcedencia al final de la causa, con la sentencia; bajo este supuesto, no se podría solicitar la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, pero, sí se configuraría un daño causado por una conducta antijurídica del demandante que no ha agotado la vía y aun así ha iniciado el proceso; ahora, cosa distinta es si esta conducta va a ser analizada a título de dolo o de culpa.

Pensar lo contrario sería tanto como dejar en desprotección al afectado por la medida cautelar respecto del lucro cesante, daño emergente, daño personal o moral que se genere con motivo de la sola interposición de la medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Es decir, yerra el artículo 621 al consignar como presupuesto para la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria a la declaración de infundabilidad de la demanda, pues, pueden presentarse casos en los que la improcedencia haya sido causada por una actitud dolosa o culposa del demandante y estos también son elementos con los que se puede causar daño y calcular la responsabilidad civil en la que se incurre.

Debemos tener en cuenta que la regulación normativa no hace diferencia entre los efectos que causa interponer una medida cautelar maliciosa o interponer una medida cautelar innecesaria, no obstante, ha

de puntualizarse que la gravedad de ambas actuaciones de parte del solicitante, no es la misma, pues, en el primer caso, la actuación implica la existencia de voluntad por actuar en abuso del derecho y, en el segundo, no es posible acreditar tal voluntad, pero sí es posible verificar que se ha ejercido irregularmente un derecho.

Sea cual fuere el caso, la consecuencia que prevé el artículo para ambos casos es la declaratoria de infundabilidad de la medida cautelar y, claro está, en dicha resolución deben indicarse claramente los fundamentos que sustentan dicha declaratoria, en virtud del derecho a obtener una resolución motivada reconocido en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Perú; mismos, que servirán de sustento para la pretensión resarcitoria por los daños causados con la interposición de dicha medida.

El inconveniente es la definición de dicha pretensión, si será planteada en ejecución misma del proceso cautelar, como un incidente en el proceso principal o como una proceso independiente por responsabilidad civil extracontractual; así como, de admitirse cualquiera de las dos primeras opciones, si será posible el análisis de los elementos de la responsabilidad civil a efectos de obtener una respuesta resarcitoria o si ha de fijarse una indemnización legal como parece sugerir el artículo bajo análisis, con la que se corre el riesgo de obtener un beneficio restitutorio y no resarcitorio.

Otro aspecto a tener en cuenta respecto del pronunciamiento de fondo requerido para la solicitud de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria es que, el hecho de que la causa haya sido perdida por el demandante, no necesariamente puede ser imputado a título de dolo, tampoco de culpa, el dolo y la culpa se acreditan en cada caso concreto, pues se trata de un elemento subjetivo a tener en cuenta según los medios probatorios con los que se cuente para ello.

Puede ocurrir el caso concreto, que lo que se busca es dilucidar un incertidumbre jurídica, o que el conflicto jurídico *a priori* permita verificar una legitimación para obrar tal que, luego de una exhaustiva actuación de medios probatorios, recién se consiga la certidumbre, como normalmente ocurre en los procesos jurisdiccionales; no obstante, bajo estos presupuestos no es posible hablar de dolo, pues, la sola creencia de que el Derecho le corresponde, libera a la parte de la obligación de indemnizar, puesto que el daño causado con la medida cautelar era, bajo su creencia, un daño necesario para tutelar su derecho.

Vale decir, en la actualidad se han desarrollado ya de manera completa los elementos que deben tenerse en cuenta para fijar una responsabilidad civil, que pasan por la constatación de la existencia de un daño, pero también de la antijuricidad de la conducta, de los factores de atribución y de la causalidad que, no pueden ser desconocidos bajo ningún supuesto, tampoco en el caso de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Entonces, ¿en todos los casos deberá ocurrir lo que consigna el primer párrafo del artículo 621 respecto de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria?, la respuesta obligada es no, pueden ocurrir casos en los que, a pesar de acreditarse la existencia de un daño, no concurre ningún factor de atribución que haga posible acreditar responsabilidad y, consecuentemente, no será posible fijar indemnización alguna.

Pueden ocurrir otros casos también en los que, a pesar de presentarse un daño, una conducta antijurídica, concurren los factores de atribución, pero los daños identificados correspondan a otra conducta distinta, tómese en cuenta, por ejemplo, que existen medidas cautelares como el embargo en forma de inscripción, que sólo producirán lucro cesante en tanto le impidan el uso, disfrute o disposición del bien materialmente hablando al afectado con la medida.

Lo que se quiere expresar es lo siguiente, en este tipo de medida cautelar únicamente se configura el daño, por ejemplo, si es que el afectado con la misma tiene la necesidad de transferir el bien y no lo hace por la imposibilidad que le supone la disposición judicial; esta situación sí generaría un lucro cesante y, según el caso concreto, un daño emergente, daño moral, etc.; pero ello únicamente podrá ser constatado en cada caso concreto.

De ello, se vuelve a concluir que no todas las situaciones derivadas de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria involucran la concurrencia de daño, y menos, la presencia de responsabilidad civil alguna, motivo por el cual no basta con que la demanda haya sido declarada infundada para que se indemnice. Por tal motivo, mal se hace, una vez conocido el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil, insistir en fórmulas vetustas que pueden resultar incoherentes, desproporcionales y hasta ineficaces una vez analizado caso por caso.

Este es el primer fundamento para sustentar la necesidad de contar con una fórmula unitaria para asegurar el resarcimiento por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria, que subsuma a la contracautela y que se centre en el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil en cada caso concreto, situación que logrará la obtención de soluciones materialmente adecuadas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

- B. La fijación de la indemnización dentro del mismo proceso es otro punto de diferencia con la contracautela que es fijada no en el cuaderno principal del proceso sino en el cuaderno incidental de medida cautelar

No obstante, es un punto de confluencia en el sentido de que fomenta la celeridad, economía y concentración de procedimientos para asegurar la inmediatez en la atención del resarcimiento del daño sufrido; claro está que, por una cuestión de coherencia procesal, es el cuaderno incidental

en el que se debiera alcanzar resolución acerca de las consecuencias de interponer una medida cautelar maliciosa o innecesaria; no obstante, esta afirmación solo podrá alcanzar sustento, luego de verificados todos los extremos de este segundo componente normativo.

Es en este punto de confluencia en que corresponde analizar la corrección o no de que la contracautela o la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria sea tratada dentro del mismo proceso en el que se interpuso dicha medida, pues, en este caso no se configura el presupuesto que señala el artículo 220 del Código Civil para el pronunciamiento dentro del mismo proceso de la nulidad manifiesta, es decir, en el caso de la fijación de la contracautela o de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, no se presenta el reconocimiento del Derecho de manera diáfana, sino que, hace falta analizar la concurrencia de los distintos elementos de la responsabilidad civil para verificar la exigencia de resarcir.

Al no ser manifiesta la necesidad de indemnización con el solo hecho de declarar infundada la demanda, pues ésta no depende de la prescripción legal sino de las ocurrencias que se presentan en la realidad concreta, y de esta forma se elimina la validez de la prescripción contenida en el primer párrafo del artículo en mención, pues lo que hace éste es imponer un criterio no material para el análisis de la responsabilidad y el cálculo de una indemnización que, en términos de justicia, tal vez no deba ser impuesta.

El derecho de defensa, es una división específica del derecho al debido proceso que, involucra el interés específico de que la parte pueda presentar e invocar los elementos objetivos que permitan acreditar su posición dentro del proceso; en el caso específico, dentro del procedimiento iniciado por la solicitud cautelar y, más en específico, del procedimiento iniciado para ejecutar la contracautela o lograr la indemnización correspondiente.

Entonces, de no existir una regulación coherente, que privilegie un contradictorio correcto en el caso particular, respecto de la existencia o ausencia de responsabilidad civil derivada de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, se estaría vulnerando gravemente e irremediablemente el derecho de defensa.

Como ya se dijo, la fijación de una contracautela por imperativo legal, que tenga en cuenta únicamente y parcialmente a los daños patrimoniales, es lesivo del derecho de defensa, puesto que puede ocurrir que se hayan cometido otro tipo de daños que serán imposibles de invocar a título de contracautela; asimismo, en el caso de la indemnización, el presumir que la sola infundabilidad de la demanda es suficiente para imputar responsabilidad, también quita la posibilidad al sancionado de alegar inconcurrencia de los factores de atribución.

En ese sentido, la teoría unitaria presentada, plantea una regulación unitaria del resarcimiento por responsabilidad civil derivada de la

interposición maliciosa o innecesaria de una medida cautelar que subsuma también a la figura de la contracautela; dado que una resolución que verifique las circunstancias materiales de cada caso en base a los elementos de la responsabilidad civil, favorece al derecho de defensa, contrastándose así el segundo componente de la hipótesis.

3.3.La erradicación del abuso del Derecho y el ejercicio irregular del mismo con la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa

Esta hipótesis apunta a la finalidad preventiva de toda sanción ya sea civil o penal, pues, la regulación de una institución jurídica para la determinación de la responsabilidad civil derivada de la interposición maliciosa o innecesaria de una medida cautelar, aplicable en el plano real, es decir, que no sea inválida materialmente hablando y que encuentre eficacia desde su plano formal y material, coadyuvará a reducir este tipo de prácticas que propugnan un ejercicio irregular del derecho de acción procesal, o el abuso del Derecho, lesionando al ordenamiento jurídico mismo.

Al hablarse de una finalidad preventiva, es inevitable invocarse las teorías penales relativas a la finalidad de la pena, que le otorgan efectos preventivos tanto generales como especiales; en el presente caso, el parangón se realiza debido a que, la lesión del Derecho, ya sea por haberse perpetrado una práctica o actuación en abuso del derecho o en

ejercicio irregular del mismo, va a conducir indefectiblemente a la reacción del propio derecho a manera de sanción.

Esta sanción será analizada y determinada a título de responsabilidad civil extracontractual, lo que, por sí mismo constituye ya un freno a la interposición indiscriminada de las medidas cautelares, lo que termina por convertirlas en maliciosas o innecesarias en muchos de los casos.

Es en este sentido que se pretende sustentar que la determinación de una regulación normativa que conjugue como consecuencia de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria al resarcimiento con análisis de los elementos de la responsabilidad civil, tendrá efecto preventivo general tanto positivo como negativo respecto de la sociedad.

Es cierto que, en el campo penal se ha sustentado que la prevención negativa no surte efecto porque el delincuente comete el hecho bajo la creencia de que su mal actuar no será descubierto y sancionado; empero, en el caso de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, la situación cambia.

Toda medida cautelar es interpuesta en virtud del patrocinio de un entendido en derecho, que suscribe la misma y que, cuenta con la responsabilidad de orientar a su cliente respecto de los efectos que tendría interponerla de manera maliciosa o innecesaria; vale decir, quien interpone una medida cautelar no lo hace a ciegas o con pleno desconocimiento del derecho y de las consecuencias de sus actos.

En segundo lugar, la interposición de una medida cautelar cuenta con presupuestos establecidos normativamente, los cuales han de ser verificados y sustentados antes de su interposición y, si resulta que el cumplimiento de los mismos ha sido forzado con actuaciones que incurren en abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo, ya desde el comienzo el solicitante debería prever las consecuencias de su actuar.

Situación última que actualmente no se presenta debido a que las cauciones juratorias que se presentan nunca se hacen efectivas, la contracautela mismo no cuenta con un procedimiento claro para que sea fijada y la indemnización a la que hace referencia el artículo 621 tampoco cuenta con procedimiento alguno para ser calculada.

De esta manera, si se cuenta con una regulación clara, que establezca cuándo y cómo solicitar el resarcimiento por interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, mismo que se encuentre taxativamente establecido en el Código Procesal Civil y que, además, sea de total conocimiento por los abogados y las partes; es perfectamente previsible que la prevención general negativa, es decir, la represión del abuso del derecho o ejercicio irregular del mismo, será eficiente.

Ello, nos lleva a sustentar que, las sanciones ante estas conductas también podrán ser efectivas, lo que favorecería a la eficacia misma del ordenamiento procesal civil correspondiente a las sanciones por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria; lo que implica

que esta fórmula normativa contaría también con eficacia preventiva positiva, es decir, que reafirme al ordenamiento procesal civil.

3.4. El favorecimiento que la teoría unitaria del resarcimiento proporciona a la eficacia de la disposición normativa vinculada a la ejecución de la contracautela o la indemnización por interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa

Como se ha sostenido tanto en la discusión de resultados como en las hipótesis anteriores, ocurre que, al existir incoherencia interna en las normas de los artículos 613 y 621, se puede también avistar la existencia de invalidez material de sus postulados y, esta invalidez material lleva a verificar la existencia de ineficacia formal, es decir, que la propia estructura de contenidos de la norma hace imposible su aplicación justa, lo que deviene a su vez en ineficacia material, que de hecho existe y ha sido debidamente registrado en la investigación que le sirve de antecedente a la presente tesis.

Por tal motivo, se puede válidamente decir que la presentación de una teoría unitaria del resarcimiento, en virtud de los presupuestos de la responsabilidad civil, favorecen a la eficacia del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la interposición de la medida cautelar.

Resumiendo, entonces, lo dicho en los acápites anteriores, corresponde sentar los criterios axiológico-jurídicos que llevan a señalar que debe existir

una regulación unitaria de contracautela e indemnización por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria; en los siguientes términos:

A. Tanto contracautela e indemnización comparten la misma razón subyacente

Hablar de razón subyacente es reconocer los postulados *pospositivistas* que dan cuenta de la modificación del contenido de los valores supremos que, según los *iusnaturalistas* eran absolutos e inmodificables; postura que ha sido variada a la comprensión de que dichos valores supremos sí admiten restricciones y que se adecúan a las concepciones que se tengan de ellos según el espacio y el tiempo en el que se los analiza e interpreta.

Es posible que la razón subyacente de la contracautela, en tiempos del positivismo, haya sido otorgar una garantía formal ante la eventualidad de que la interposición de la medida cautelar haya sido maliciosa o innecesaria, pero, como ya se vio anteriormente, en estos tiempos, de mayor desarrollo de la institución jurídica de la responsabilidad civil, dicha garantía formal resulta insuficiente, contradictoria e ineficaz.

Con esto se busca sustentar que tanto la indemnización como la contracautela tienen como origen sustantivo a la interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria y su objetivo es el resarcimiento del daño causado por tal actuación; motivo por el cual el

procedimiento para conseguir ello debe ser uniforme; bajo este entendido, al existir un procedimiento uniformizado en el ordenamiento jurídico, correspondiente a la responsabilidad civil y ser perfectamente utilizable para los daños causados en el particular, debe configurarse tal uso a nivel procedimental y, ya en el análisis de fondo, establecerse las diferencias resarcitorias.

B. Tanto la ejecución de la contracautela como de la indemnización pueden y deben ser llevadas a cabo una vez concluido el proceso

Es por tal razón que se apoya la propuesta de la configuración del Derecho en la aplicación de las figuras y, se sustenta que el resarcimiento por medida cautelar maliciosa o innecesaria se sancione con posterioridad, cuando se haya constatado que concurren todos los elementos de la responsabilidad civil, de lo contrario se favorecerá una falsa justicia, una justicia formal que muchas veces se queda en el papel o en el tenor de la ley.

La razón subyacente de la contracautela, es asegurar el resarcimiento del daño causado por una conducta antijurídica de interposición de una medida cautelar en ejercicio irregular del Derecho o mediando abuso, para lo cual será necesario verificar el dolo o culpa del solicitante y que, además, no se presente ningún quiebre de nexo causal entre la conducta y el daño ocasionado.

La misma razón subyacente le asiste a la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria; motivo por el cual, es posible y, en aras de la justicia que debe importar toda decisión jurisdiccional, necesario, que se forje una figura única que abarque la configuración de los elementos para reconocer la responsabilidad civil derivada de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Asimismo, que se modifique la norma en el sentido que la primera no pueda ser calculada *a priori* y no ser tenida como requisito para la interposición de una medida cautelar y, en el caso de la segunda, para que no baste con la declaración de infundabilidad de la demanda para acreditar la responsabilidad y la obligación de resarcir.

Esto se sustenta, además, en la posibilidad de llevar a cabo un análisis autónomo, concienzudo, por parte del juzgador tomando en cuenta únicamente los elementos de la responsabilidad civil, el daño, la antijuricidad, los factores de atribución y el nexo causal; en cada caso concreto, con las peculiaridades del mismo, estableciendo interpretaciones acordes a las reglas generales ya establecidas, lo que redundará en una eficiente motivación de la resolución judicial que fije el monto del resarcimiento y que, además, esté fundada en Derecho.

Bajo este entendido, entonces, corresponde únicamente sustentar el procedimiento específico en el que debe resolverse la pugna por la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria y, se

habla de procedimiento, puesto que, pretender iniciar otro proceso para dar tutela efectiva al afectado con este tipo de medida cautelar, sería contrario a los principios de celeridad, economía y concentración procesal.

Por tanto, una interpretación *pro homine*, exige asegurar una tutela célere del justiciable y, por tanto, justifica que el resarcimiento por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria se dé en un procedimiento posterior a la declaración de infundabilidad de la demanda; ahora, la discusión radica en si este procedimiento ha de llevarse a nivel del proceso principal o en el cuaderno cautelar.

Para este último extremo, corresponde invocar al principio de coherencia procesal y, siendo que, es en el procedimiento cautelar en el que se invoca la verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora y la razonabilidad en la medida, elementos de análisis obligatoria para verificar si es que la medida ha sido interpuesta de manera maliciosa o innecesaria; así como, para analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil; es razonable indicar que el resarcimiento deba ser incoado en ejecución dentro del cuaderno cautelar.

CONCLUSIONES

1. El contenido y finalidad de la contracautela coincide con los elementos y efectos de la indemnización por interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, lo que torna en irracional su diferenciación normativa.
2. El contenido y finalidad de la indemnización como figura jurídica no calza con los elementos y efectos de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, puesto que la indemnización es fijada legalmente y generalmente restitutoria, no resarcitoria.
3. La teoría unitaria del resarcimiento por interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, tiene como finalidad la protección del derecho a la tutela efectiva material, en su sentido amplio, pues concentra en un solo procedimiento el análisis de los elementos de la responsabilidad civil.
4. La teoría unitaria del resarcimiento por interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria favorece la protección del derecho a la defensa con la simplificación de los presupuestos y procedimientos relativos al resarcimiento del daño causado.
5. La teoría unitaria del resarcimiento por interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria favorece a la erradicación del abuso del derecho y el ejercicio irregular del mismo en la interposición de una medida cautelar, pues la certeza de sanción supone un efecto preventivo general tanto positivo como negativo.

6. La teoría unitaria del resarcimiento favorece a la eficacia de las disposiciones normativas vinculadas a la ejecución de la contracautela o la indemnización por interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa.

RECOMENDACIONES

1. Al Poder Legislativo, para que, tomando en cuenta los fundamentos de esta investigación, propicie la modificación normativa que regule la responsabilidad civil derivada de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria.
2. Al Poder Judicial, para que, en tanto se cuente con la modificatoria legislativa, al momento de interpretar cualquiera de las disposiciones normativas analizadas tenga en cuenta los elementos de la responsabilidad civil a fin de asegurar su eficacia validez material, su eficacia formal y material; así como proteger la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

PROPUESTA NORMATIVA

Proyecto de ley que modifica los artículos 613 y 621 de la Resolución Ministerial 010-93-JUS, TULO del Código Procesal Civil

APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para efectos que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el Presidente de la República, deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o Ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 620 del Código Procesal Civil, refiere que cuando es “Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho”, lo cual resulta razonable debido a que se comprueba que el demandante actuó de buena fe y sin ejercer de manera abusiva el derecho, con la única intención de cautelar la ejecución de su derecho una vez que se haya obtenido la resolución que le dé la razón en el asunto de fondo.

Por otro lado, al artículo 621, prescribe como sanciones ante la interposición de una medida cautelar innecesaria o maliciosa, lo siguiente: “Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

Siendo así, y aplicando una interpretación sistemática, se tiene que, para hacer efectiva la institución de la contracautela, la misma que no cuenta con regulación adicional para su ejecución cuando ha sido ofrecida a modo de caución juratoria; se advierte que el artículo en mención sobrepasa los límites del contenido de dicha figura y regula además la condena de costos y costas del proceso cautelar, una multa no mayor a diez unidades de referencia procesal y, a pedido de parte se podrá solicitar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Sin embargo, dada la deambula regulación de la contracautela y el desconocimiento de los afectados con la medida cautelar muchas de las veces dicha figura no es aplicada, perjudicándose finalmente su derecho de tutela jurisdiccional efectiva; por tanto, dicha regulación insuficiente, termina por afectar la estructura argumentativa de la doctrina constitucionalista que concibe a la Constitución como un parámetro general que ha de ser debidamente desarrollado en las normas de inferior jerarquía.

Siguiendo con nuestro estudio además de la influencia del paradigma dworkiniano, otro factor que ha apuntalado la crisis del Derecho visto desde el positivismo jurídico es el ataque frontal de un sector doctrinal conformado por grandes juristas de nuestros tiempos (como Alexy (1994), Zagrebelsky (1995), entre otros).

Ahora se concibe que las asunciones básicas del positivismo quedan desfasadas frente a las exigencias y estructura del Estado constitucional y democrático imperante. La idea contemporánea de Estado de Derecho surge en el siglo XIX relacionada fundamentalmente a consideraciones formales más que materiales, cuyos requisitos de identificación son la legalidad de la administración, la subordinación de ley solo a la ley, los derechos ciudadanos y la independencia judicial para aplicar la ley y sólo ley (el endiosamiento de la ley en el Estado liberal).

Empero en un Estado así concebido y en efecto con miras a concretizarse hoy por hoy, la sujeción a las formas de la legalidad no basta pues ella puede alojar

contenidos incluso contrarios y depredadores de derechos y principios fundamentales, como sucedió en la Alemania nazi; es decir, la concepción de que el derecho nace y se agota en la redacción de un catálogo de normas positivizadas es totalmente ineficiente y lesiva de derechos fundamentales, tal y como ocurre en el caso específico en el que la sola regulación de la contracautela en el sistema sustantivo no asegura su plena aplicación, sino que hace falta un desarrollo normativo procesal detallado que la haga eficaz y la colaboración de los operadores jurídicos con tal finalidad.

A partir de las barbaries que la humanidad sufrió en las guerras mundiales y durante la segunda postguerra, surge una reacción civilizadora, superadora del Estado de Derecho en sentido formal a un Estado “de derechos” o lo que es lo mismo, un Estado de Derecho en sentido material, manifestación de este hecho lo consignan las constituciones novas de los países europeos (como la francesa de 1946, italiana de 1947, la alemana de 1949, y demás), propuestas jurídico-políticas más comprometidas con la protección de los derechos humanos y valores democráticos.

A esto nos referíamos al expresar que el principio de legalidad resulta poca o nula garantía para la libertad, el fundamento de los derechos fundamentales debe ser más sólido que el conferido por la ley estatal (Zagrebelsky, 1995, p. 65), sus bases sólidas e indisponibles deben situarse por encima de cualquier cuerpo normativo e incluso del principio democrático, pues como quedó demostrado en la historia, hasta las mayorías pueden ser violadoras de derechos y dignidad humanas, como aconteció con los alemanes que votaron

por elevar al poder a los nazis. “El Derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, “natural” y no controvertido, del que nadie pudiera separarse” (Zagrebelsky, 1995, p. 68).

El punto de partida al que hacemos alusión pues no debía ser ya el Derecho natural (aunque tuvo sus cultivadores en aquel tiempo), sino que la cuestión debía ir por la constitucionalización de los derechos, con esto expresamos que ese espacio o ámbito fundamental (los Derechos Humanos) debería estar vedado y por lo tanto ser indisponible para el legislador y las mayorías políticas.

Esta proposición se aparta de las tradicionales propuestas del Estado de Derecho decimonómico y de las que caen bajo la luz de la influencia iusnaturalista. No obstante, lo dicho, puede sugerirse cierta semejanza entre la concepción de supremacía de la Constitución con el antiguo Derecho natural, tenido éste por indisponible a la discrecionalidad del legislador.

En este último sentido, el constitucionalismo moderno ha rescatado gran parte de los valores de justicia exaltados por las corrientes iusnaturalistas, así pues, “el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista” (Matteucci, 1963, p. 1046).

Ahora bien, la crisis reconocida del positivismo jurídico está ciertamente ligada, con la decadencia de lo que encumbraban con fuente jurídica hegemónica, la ley. El centralismo monopólico que dentro del ordenamiento jurídico había

apartado para sí la ley ahora se ve mermado por el traspaso de competencias legislativas tanto en orientación ascendente como descendente, esto la creación de instituciones supranacionales y la sustitución de leyes parlamentarias por disposiciones reglamentarias y administrativas.

Aunque lo dicho en este párrafo constituye un punto en contra del centralismo de la ley, lo que verdaderamente cuestiona tal cualidad es la “omnipresencia de la Constitución” (Alexy, 1994, p. 160) que pretende, por un parte, condicionar la validez de las leyes a lo compatible que sean con ella, y por otra, a informar de manera directa toda la actividad estatal.

Entonces ya no basta un sistema jerarquizado de normas, sino que aquel debe encuadrarse en el marco de los preceptos constitucionales que irradian de manera ubica todo el ordenamiento jurídico. En tal punto, el constitucionalismo pone en tela de juicio aquella separación ideal entre Derecho y moral, importantísima tesis del positivismo jurídico. La reformulación del Derecho por medio de las constituciones contemporáneas constituye una moralización del Derecho, porque con ellas se han incorporado una cantidad notable de valores éticos y morales, como lo son la democracia, la soberanía popular, la igualdad y los demás derechos fundamentales, entre otros principios. Este alzamiento justificado de la ética en vida jurídica concuerda con las conjeturas de Dworkin, quien postulaba un jurista creyente de los valores que subyacen en su Constitución y a la vez comprometido con el respeto y protección de la misma.

Como podemos observar, la tendencia es hacia el descarte de la distancia y la casualidad de la relación atribuida por el positivismo al Derecho y la moral.

La veneración que en su momento se le dio a la ley ahora es tributada hacia la norma suprema reconocedora de principios, valores y derechos fundamentales, así entonces, “si la Constitución incorpora definitivamente valores éticos indiscutibles, ¿cómo regatearle nuestra obediencia?” (Prieto Sanchís, 1997, p. 95).

Este cuestionamiento surge sobre todo frente a lo relacionado con nuestra investigación, cuando los artículos 620 y 621 del Código Procesal Civil prescriben la posibilidad de sancionar la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, pues si el objeto de protección es amplio como amplio es el reconocimiento de derechos dentro de la Constitución (que incluso cuenta con una cláusula abierta, en su artículo 3, de posterior reconocimiento a futuros derechos), el fin protector de la figura bajo estudio no debe ser vedado injustificadamente (aunque razones de coyuntura, como la sobrecarga procesal entren al debate).

Sino que debe corresponderse con una visión de universalidad y supremacía de los derechos fundamentales, ya que ellos no solo vienen constituidos por los que la normas e incluso la Constitución recojan, sino que su presencia y trascendencia está vinculada con la concepción actual de que su vigencia es anterior a la del mismo Estado.

La Tutela Jurisdiccional Efectiva, entonces, se encuentra en juego cuando no se asegura la eficacia de la contracautela, cuando no se sanciona la interposición maliciosa o innecesaria de una medida cautelar y, sobretodo, cuando no se resarce el daño causado al afectado por la medida cautelar.

Por los demás, el pensamiento constitucionalista se configura como el triunfo definitivo de los principios sobre las normas entendidas como simples reglas, ajenas a toda creencia moral. La mayoría de preceptos constitucionales apuntan hacia el modelo de principios, los cuales carecen de supuesto de hecho y consecuencia jurídica aplicable, por lo que requieren de un necesario proceso de ponderación, razonamiento y argumentación.

Esto por ejemplo sucede con el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 17 de nuestra Carta Magna, que consagran el principio de igualdad ante la ley, libertad de religión y pensamiento, así como de libre participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural, respectivamente. Con esta caracterización del constitucionalismo se debilita las propuestas positivistas de la interpretación subsuntiva y mecánica, y de discrecionalidad judicial.

Respecto a los primeros los valores, principios y derechos fundamentales así como la omnipresencia de la Constitución nos hacen preguntarnos si a un supuesto por más aparentemente factible que se muestre la posibilidad de realizarle una subsunción mecánica le serían aplicables los principios constitucionales, y en dicho caso, qué consecuencias acarrearía para llegar a una respuesta acorde con el principio de búsqueda de la justicia, el operador jurídico deberá realizar operaciones que lo convenzan de la proporcionalidad, razonabilidad y argumentación que el caso merezca.

El tema de los principios en este aspecto, en definitiva, contribuye a un debate mayor frente a los recordados “casos difíciles”, proyectando más complicada su resolución. Empero, por otra parte, en relación a la discreción del juez en caso

de vacíos o lagunas legales, tal atribución se ve entredicha, pues el operador no puede justificar su actuar “innovador” (y a veces arbitrario) en lo incompleto del Derecho ya que los principios y valores constitucionales, debido a su fuerza directa de influencia, son en potencia aplicables a toda situación que en la realidad pueda darse, volviendo más fácil la resolución de los “casos difíciles”.

En el contexto reseñado en el que se concibe al derecho no como un conglomerado de normas apiñadas en el ordenamiento jurídico, sino a partir de la concepción del ordenamiento constitucional rector, hemos de señalar que el resultado de los procesos judiciales no serán más el producto de la aplicación indiscutida de la ley, sino que exige de los jueces la posibilidad de analizar con mayor profundidad cada caso según sus características, interpretando la Ley pero para dar prevalencia a la protección de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso e integrándola en caso de vacíos normativos, siempre en respeto de lo establecido en la Constitución material y formal, aun cuando por hacerlo deba dejar de aplicar la Ley.

Esta posibilidad, nos hace avizorar el carácter dúctil del derecho (Zagrevelsky, 1995, p. 79), el mismo que propone el nacimiento del derecho a partir de su aplicación e incrementa la responsabilidad de los magistrados, pues ellos deben asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales por encima de las regulaciones legales contradictorias o, como ocurre en la investigación planteada, integrar los vacíos normativos con total objetividad, de manera que los afectados por la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria puedan solicitar el pago de la contracautela ante la declaratoria de

improcedencia o infundabilidad de la demanda sin temor de obtener una respuesta arbitraria, asimismo, a fin de que dicho pago de contracautela se efectúe dentro de un contexto perfectamente justo.

De todos los paradigmas jurídicos existentes, resulta aplicable al problema planteado en la investigación el paradigma constitucionalista, puesto que lo que se busca en la referida investigación es asegurar que los afectados con una medida cautelar maliciosa o innecesaria, hagan efectiva la contracautela sin temer encontrarse con un contexto de infructuosidad por pérdida de tiempo y dinero en un resultado incierto; asimismo, de regularse el procedimiento exacto que ha de seguirse para cumplir con tal finalidad se asegura el respeto de la tutela jurisdiccional efectiva del solicitante.

El abuso del Derecho, involucra un serio inconveniente en el plano empírico, aplicativo del mismo, en este sentido, afecta en un primer momento al caso en concreto, pero, además, por efecto, a las disposiciones normativas que, reiterativamente se ven lesionadas ante las prácticas abusivas.

Esto es lo que ocurre, según se ha corroborado ya en anteriores estudios, en los que se señala que a pesar de que existen demandas que han sido declaradas infundadas o improcedentes y, por tanto, se ha corroborado que la medida cautelar ha sido interpuesta innecesariamente o de manera maliciosa, en un 0% de casos se interpone una solicitud de resarcimiento, ya sea como contracautela o como indemnización (Arana, 2017).

En ese sentido, se ha verificado también que dicha inaplicación de las normas contenidas en los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil responde a la falta de contenido de la norma misma que se ha suscitado por la falta de razones subyacentes y el vacío en cuanto a procedimientos.

En ese sentido, siendo que el sistema civil cuenta ya con una figura jurídica completa para la tramitación de los resarcimientos causados por actuaciones contrarias a Derecho, ya sea que se configuren como abuso del mismo o el ejercicio irregular de un derecho específico, es ésta la que debe ser utilizada para tramitar también el caso específico de plantear una medida cautelar maliciosa o innecesaria; esto es, el sistema de reparación civil, para el caso específico, extracontractual.

Así, se propugna la utilización de un sistema unitario para sancionar la responsabilidad civil en la que se incurre tras un daño causado por la interposición innecesaria, con ejercicio irregular de un derecho, o maliciosa, con abuso del Derecho, de una medida cautelar y, la diferenciación entre éstos dos procederes puede perfectamente ser analizada a nivel de daño, antijuricidad, factores de atribución y nexo causal.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Ministerio Público en lo que respecta a la ejecución de la notificación que se hace referencia en la fórmula legal, sin demandar recursos adicionales del tesoro público.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que la identificación de un procedimiento adecuado para sancionar las responsabilidades en que se incurre tras la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, se favorece, a su vez, la posibilidad de resarcimiento de los daños causados por este hecho.

Asimismo, también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso civil toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que cumplan de la mejor manera posible su objetivo fundamental que es la correcta administración de justicia.

Es decir que, al sancionarse eficientemente las conductas que lejos de aportar al esclarecimiento de la incertidumbre jurídica o el conflicto de derecho, aletargan o tergiversan su actuación con la interposición de medidas cautelares innecesarias o maliciosas; puede aportarse con la reducción de dichas conductas temerarias.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el procedimiento adecuado para que la actuación contraria a derecho sea efectivamente sancionada en cumplimiento con parámetros legal y doctrinariamente establecidos, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (..) g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 613 Y 621 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar el contenido de los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil, con la finalidad de unificar el procedimiento para la tramitación de los resarcimientos de daños causados por la interposición de medidas cautelares maliciosas o innecesarias.

Artículo 2. Modificación del artículo 613 del Código Procesal Civil

Artículo 613.- Contracautela

Podrá ofrecerse contracautela para asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; no obstante, al derivarse la obligación de cumplimiento de la misma, tras comprobarse la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria deberá seguirse el procedimiento establecido en el artículo 621 para fijar el monto a resarcir.

Artículo 3. Modificación del artículo 621 del Código Procesal Civil

Artículo 621.- Responsabilidad Civil por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria

La interposición de una medida cautelar maliciosa involucra el ejercicio abusivo o irregular del Derecho y se configura con la declaración de improcedencia o infundabilidad de una demanda; el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución debe ser tramitado teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad civil.

El resarcimiento por responsabilidad civil producto de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, se actúa en el mismo cuaderno cautelar, luego de haberse producido el pronunciamiento que declara infundada o improcedente la demanda en el cuaderno principal y a solicitud de parte.

Artículo 4. Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 5. Derogatoria

Déjese sin efecto y deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Lima, noviembre de 2018.

Congresista de la República

LISTA DE REFERENCIAS METODOLÓGICAS Y EPISTEMOLÓGICAS

- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales . *Colección de Derecho y la Justicia*, 34, 241-146.
- Arana Becerra, D. (2017). *Criterios para considerar la existencia de ineficacia de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria en el distrito judicial de Cajamarca*. Cajamarca: Universidad Privada del Norte.
- Austin, J. (1880). *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres: John Murray.
- Austin, J. (1998). *Teoría del Derecho*. México: UNAM.
- Barona Vilar, S., & Gómez Colomer, J. L. (2021). *Proceso Civil. Derecho Procesal II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barranco, M. d. (2009). *Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales* . Lima: Palestra Editores.
- Beltrán Pacheco, J. A. (2010). Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. *Dialogo con la Jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica*, 370-390.
- Bentham, J. (2011). *Los principios morales y legislación*. Barcelona: Greatbooks.
- Bentham, J., & Hart, H. (1970). *Of laws in general*. Londres: University of London.
- Betancur, V. J. (09 de 02 de 2019). *Estado Social y Democrático de Derecho*. Obtenido de Revista Novoa ET Vetera :

<https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Omnia/Estado-Social-y-Democratico-de-Derecho-Una-realid/>

Bobbio, N., & Bovero, M. (1986). El carácter del iusnaturalismo. En N. Bobbio, & M. Bovero, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna* (págs. 272-280). México.

Bordalí Salamanca, A. (2019). El fumus boni iuris y el periculum in mora en la tutela cautelar del contencioso administrativo chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30, 55-80.

Casas, B. d. (2015). Una Crítica Democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales. *Universidad Carlos III de Madrid*, 456.

Caso Grimaldo Saturdino Chong Vásquez, EXP. N.º 2235-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de febrero de 2005).

Caso Juan Carlos Gallegari Herazo, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 05 de julio de 2004).

Cavani, R. (2017). ¿Qué es una resolución judicial? un estudio analítico para el derecho procesal peruano. *TEMIS*, 112-127.

Chang, M., & Rolando, A. (2015). *Conceptos Generales del Derecho Procesal*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Coca Guzmán, S. J. (22 de diciembre de 2020). *Indemnización por responsabilidad extracontractual: daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral*. Obtenido de LP pasión por el Derecho:

<https://lpderecho.pe/indemnizacion-responsabilidad-extracontractual-derecho-civil/>

Correa, D. (2013). Neoconstitucionalismo: críticas desde una perspectiva analítica del Derecho. *Repositorio de la Universidad Nacional de San Luis* , 1-28.

Díaz, A. R. (2013). *Filosofía Política II. Toría del Estado* . Madrid : Trotta. S.A.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Figuroa, A. G. (2017). Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica . *Revista de la Facultad de Derecho*, 10-27.

Galeno, Z. C. (2017). La Ejecución de sentencias y otras resoluciones constitucionales . *Secretaría de la Corte Suprema de la Justicia de Nicaragua*, 1-13.

Gálvez, J. M. (2007). *Introducción al Proceso Civil*. Lima: Revista TEMIS.

Gámez, J. C. (2009). Del Estado Liberal al Estado Constitucional. *Chia Colombia (Pontificia Universidad de Javeriana)*, 248-267.

Hart, H. (2012). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford Scholarship Online.

Hobbes, T. (2017). *El Leviatán*. México: FCE.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2018). Apuntes sobre medidas cautelares. *Justicia y Derecho*, 1-27.

- León, L. (2010). *Amicus curiae del Tercer Pleno Casatorio Civil*. Lima: Poder Judicial.
- Marcos, E. C. (2015). Razonamiento Constitucional . *Faculta de Derecho de la Pucp*, 377-380.
- Martel Chang, R. A. (2003). *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el Proceso Civil*. Lima: Palestra Editores.
- Miller, R. (1989). *Microeconomía. Tercera Edición*. Bogotá: Mc Graw Hill.
- Monroy Gálvez, J. (2007). *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra.
- Monroy Palacios, J. (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.
- Monroy, C. A. (2003). El Proceso y el Debido Proceso . *Vnivesritas N° 106*, 811-823.
- Ortells Ramos, M. (2011). *Las Medidas Cautelares*. Madrid: La Ley.
- Peláez Bardales, M. (2007). *El proceso cautelar*. Lima: Grijley.
- Pelayo, M. G. (1991). Estado legal y Estado Constitucional de Derecho . *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 82, Universidad de Central de Venezuela, Caracas 1991, 33-45*.
- Perez, M. L. (27 de Noviembre de 2011). *El Estado liberal. Estado Social y Democrático de Dererecho. Genesis y Evolución*. Lima: Grupo de Materias Gnerales .

- Pozzolo, S. (2015). Apuntes Sobre "NEOCONSTITUCIONALISMO". En J. L. Vaquero, *Filosofía y Teoría del Derecho* (pág. 892). Mexico : Universidad Autónoma de Mexico.
- Rendón, J. C. (2014). Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho . *Derecho y Realidad* , 243-248.
- Reyes, M. H. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Lima: Moreno S.A.
- Rivadeneira, A. A. (2010). *El Derecho a la Ejecución de Sentencias como contenido Implícito del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Lima: Diario "El Peruano ".
- Rolla, G. (2008). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* . Lima : Grijley E.I.R.L.
- Rosa, Y. C. (2010). Aproximación a los conceptos del Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales . *Phrónesis*, 29-45.
- Taboada Córdova, L. (2000). *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractua*. Lima: Perfect Laser S.R.L.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis.
- Vélez, S. E. (2014). EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 27-42.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho Ductil*. Madrid: Trotta. S.A.