

**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



**FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**LA PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
SATISFACTORIAS EN CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

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

Autor:

Orellana Salazar Marco Antonio

Asesor:

Mg. Francisco Josué Castañeda Ramos

Linea de Investigacion – Derecho Civil

Pimentel, Perú, 2019

Tesis presentada por el Bachiller Marco Antonio Orellana Salazar , de la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.



.....
Bach Marco Antonio Orellana Salazar
Autor

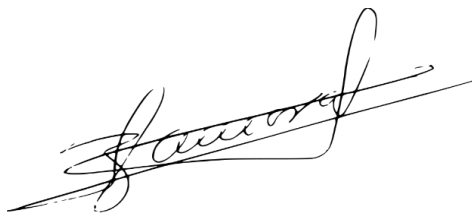


.....
Mg. Francisco Castañeda Ramos
Asesor

Aprobado por el Jurado:



.....
Mg. Javier Soriano Díaz Díaz
Presidente



.....
Mg. Jorge Marcial Zamora Lazo
Secretario

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eleo Mitridates Grillo Paico', written on a light yellow rectangular background.

.....
Mg. Eleo Mitridates. Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

A mi madre, Felicita, por la ternura y fortaleza que me brindó, sus palabras y sus muestras de amor que esta en el cielo.

A mis hijos, Fiorella, Sergio, son la luz de mis ojos, que sin su apoyo nada de esto estaría pasando.

AGRADECIMIENTO

A Dios por todas las bendiciones que me ha otorgado.

A la universidad particular de Chiclayo, por poner a disposición de nosotros el conocimiento científico y humano.

A mi asesor por su total apoyo.

A mis docentes por todos los conocimientos otorgados.

A mi madre por haberme brindado en vida todos sus sacrificios.

Declaración de autenticidad

Yo, Marco Antonio Orellana Salazar, identificado con DNI N°....., a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, Facultad de Derecho y Educación, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se expone en la presente tesis son legítimos y ciertos.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de la información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad Particular de Chiclayo.

Chiclayo, mayo de 2020

.....
Marco Antonio Orellana Salazar
DNI° 16693750

INDICE	Pág.
DEDICATORIA	03
AGRADECIMIENTO.....	04
INTRODUCCION.....	12
ABSTRAC.....	13

CAPITULO I

MARCO TEORICO METODOLÓGICO

1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	14
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.2. HIPÓTESIS.....	14
1.2.1. PRIMERA HIPÓTESIS.....	14
1.2.2. SEGUNDA HIPÓTESIS.....	14
1.3. VARIABLES.....	14
1.3.1. VARIABLES DE LA PRIMERA HIPÓTESIS.....	14
1.3.2. VARIABLES DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS.....	14
1.4. MARCO TEÓRICO.....	15
1.4.1. CATEGORIAS Y CONCEPTOS.....	16
1.4.1.1. MEDIDA CAUTELAR.....	16

1.4.1.2.	FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	16
1.4.1.3.	REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES....	17
1.4.1.4.	CONTRACAUTELA.....	18
1.5.	OBJETIVOS.....	18
1.5.1.	OBJETIVO PRINCIPAL.....	18
1.5.2.	OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	18
1.6.	PROPOSITO.....	19
1.7.	METODOS Y TECNICAS.....	19
1.7.1.	METODOS.....	19
1.7.2.	TECNICAS.....	21

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL

INTRODUCCION A LAS MEDIDAS CAUTELARES

GENERALIDADES

2.1.	CONCEPTOS DOCTRINARIOS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DEFINICIONES.....	23
2.2.	FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	24
2.3.	CARACTERISTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	25
2.3.1.	PREJUZGAMIENTO.....	25
2.3.2.	PROVISORIEDAD.....	26
2.3.3.	INSTRUMENTALIDAD.....	26
2.3.4.	VARIABILIDAD.....	28
2.3.5.	JURISDICCIONALIDAD.....	28
2.3.6.	TEMPORALIDAD.....	29
2.3.7.	ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN.....	29
2.4.	FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	30
2.5.	SUJETOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	30
2.6.	TRAMITACION DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	31
2.7.	APLICACIÓN Y UTILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	31

2.8.	CARÁCTER PROVISIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	32
-------------	--	-----------

CAPITULO III

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1.	PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	34
3.1.1.	FUMUS BONI IURIS.....	35
3.1.2.	PERICULUM IN MORA.....	35
3.1.3.	FIANZA O CONTRACAUTELA.....	36
3.2.	LA CONTRACAUTELA.....	37
3.3.	CARACTERES PROPIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE LA CONTRACAUTELA.....	38
3.4.	OBJETO DE LA CONTRACAUTELA.....	40
3.5.	GRADUACIÓN PARA ESTABLECER LA CONTRACAUTELA.....	
3.6.	EXCEPTUADOS A LA OBLIGACIÓN DE PRE CONTRACAUTELA.....	41
3.7.	CANCELACIÓN DE LA CONTRACAUTELA.....	41

CAPITULO IV

EL PROCESO CAUTELAR

4.1.	GENERALIDADES.....	43
4.2.	CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL PROCESO CAUTELAR....	44
4.3.	AUTONOMIA DEL PROCESO CAUTELAR.....	44
4.4.	JUEZ COMPETENTE, OPORTUNIDAD Y FINALIDAD.....	45
4.5.	DEMANDA CAUTELAR.....	45
4.6.	REQUISITOS DE LA SOLICITUD CAUTELAR.....	46
4.7.	TRAMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	47
4.8.	NOTIFICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	48
4.9.	CONTENIDO DE LA DECISION CAUTELAR.....	49
4.10.	FORMACION DEL CUADERNO CAUTELAR.....	49

4.11. EJECUCION DE LA MEDIDA.....	49
--	-----------

CAPITULO V

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL

SUB CAPITULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCION FORZADA

1.1. MEDIDAS CAUTELARES ESPECIFICAS.....	51
1.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCION FORZADA.....	52
1.3. EMBARGO.....	52
1.3.1. EMBARGO EN FORMA DE DEPÓSITO Y SECUESTRO.....	53
1.3.2. EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCION.....	54
1.3.3. EMBARGO DE INMUEBLE NO INSCRITO.....	54
1.3.4. EMBARGO EN FORMA DE RETENCION.....	54
1.3.5. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN RECAUDACION.....	56
1.3.6. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN INFORMACION.....	56
1.3.7. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACION DE BIENES... 	57
1.3.8. IDENTIFICACION DE LOS BIENES EMBARGADOS O SECUESTRADOS.....	58
1.3.9. BIENES INEMBARGABLES.....	58
1.3.10. LIMITACIÓN DEL EMBARGO EN BIENES DEL ESTADO.....	59
1.4. EL DESEMBARGO.....	61
1.5. SECUESTRO.....	63
1.6. ANOTACIÓN DE LA DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS... 	65

SUB CAPITULO II: MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

2.1. DEFINICIÓN.....	67
-----------------------------	-----------

2.2.	MEDIDAS CAUTELARES TEMPORALES SOBRE EL FONDO REGULADAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL.....	68
2.3.	ASIGNACION ANTICIPADA DE ALIMENTOS.....	68
2.4.	ASUNTOS DE FAMILIA E INTERES DE MENORES.....	69
2.5.	ADMINISTRACION DE BIENES	70
2.6.	DESALOJO.....	71
2.7.	SEPARACION Y DIVORCIO.....	71
2.8.	SEPARACION DE BIEN EN EL DESPOJO.....	72

SUB CAPITULO III: MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

3.1.	DEFINICIÓN.....	73
3.2.	ANTECEDENTES DOCTRINARIOS.....	74
3.3.	NATURALEZA Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA INNOVATIVA EN LOS PROCESOS SOBRE INTERDICCIÓN.....	75
3.4.	MEDIDA INNOVATIVA EN LOS PROCESOS SOBRE INTERDICCIÓN.....	76
3.5.	MEDIDA INNOVATIVA EN LOS PROCESOS SOBRE CAUTELA POSESORIA.....	76
3.6.	MEDIDA INNOVATIVA EN LOS PROCESOS SOBRE ABUSO DE DERECHO.....	77
3.7.	MEDIDA INNOVATIVA EN LOS PROCESOS SOBRE DERECHO A LA INTIMIDAD, A LA IMAGEN Y A LA VOZ.....	88

SUB CAPITULO IV: MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR

4.1.	DEFINICIÓN.....	79
4.1.1.	VEROSIMILITUD DEL DERECHO INNOVADO.....	80
4.1.2.	PELIGRO EN LA DEMORA.....	81

4.1.3. CONTRACAUTELA.....	81
4.1.4. INEXISTENCIA DE OTRA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN LA LEY.....	82
4.2. ALCANCES DE LA MEDIDA DE NO INNOVAR EN RELACION CON OTROS PROCESO.....	82
CONCLUSIONES.....	58
RECOMENDACIONES.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de investigación tiene como finalidad proponer la incorporación de las medidas cautelares, en nuestro Código Procesal Civil. En ella se desarrollará un análisis descriptivo- explicativo de las medidas cautelares en nuestro Código Procesal Civil, seguida del estudio de las medidas cautelares en el Derecho Comparado, y en

capítulo central el tema de las medidas cautelares autosatisfactivas, cuya inclusión normativa proponemos por ser una necesidad sentida en nuestra realidad socio jurídica. Por lo que debemos saber que dicha investigación también tiene como propósito el dar a conocer la diversa problemática que existe en nuestro aparato judicial por que debemos saber que existe una demora en la aplicación de la misma, además que la debida interpretación de las normas para poder aplicar los verdaderos principios del Código procesal Civil.

¿La efectividad del Poder Judicial y si los operadores de justicia se encuentran realmente aptos para ejercer la función jurisdiccional? Más aún, si no contamos con las herramientas adecuadas que se ajusten a nuestra realidad social. Actualmente, los procesos judiciales suelen ser engorrosos, casi perennes por falta de la celeridad procesal. Ante esta realidad, se ve la necesidad de medidas que protejan las pretensiones de los justiciables de manera inmediata, ya que dependiendo de la vulneración, el daño podría ser irreparable. Dentro de la doctrina argentina, viene siendo desarrollada una institución de Derecho Procesal que permite satisfacer de manera efectiva e inmediata la pretensión del actor de la demanda sin necesidad de recurrir a un proceso posterior, siempre que se cumpla con ciertas condiciones: las medidas autosatisfactivas.

ABSTRACT

This research work aims to propose the incorporation of autosatisfactivas precautionary measures in our Civil Procedure Code. In her explanatory descriptive-analysis of the precautionary measures in our Civil Procedure Code, followed by the study of precautionary measures in Comparative Law will develop, and in central chapter the issue

of precautionary measures autosatisfactivas, whose inclusion propose legislation for being a felt need in our legal social reality.

Therefore, we must know that said investigation also has the purpose of making known the diverse problems that exist in our judicial apparatus, because we must know that there is a delay in its application, in addition to the proper interpretation of the rules in order to apply the true principles of the Civil Procedural Code.

The effectiveness of the Judiciary and if the justice operators are really able to exercise the jurisdictional function? Furthermore, if we do not have the appropriate tools that fit our social reality. Currently, judicial processes are usually cumbersome, almost perennial due to lack of procedural speed. Given this reality, there is a need for measures that protect the defendants' claims immediately, since depending on the violation, the damage could be irreparable. Within the Argentine doctrine, an institution of Procedural Law has been developed that allows satisfying the claim actor's claim effectively and immediately without having to resort to a subsequent process, provided that certain conditions are met: self-satisfying measures.

I. CAPITULO I.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. Realidad problemática.

El proceso cautelar, se encuentra regulado en el Título IV, de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, el cual se encuentra dividido en dos capítulos, tratando el primero de ellos sobre las disposiciones generales de las

medidas cautelares y el procedimiento que sigue. Mientras que el segundo capítulo trata lo referente a las medidas cautelares específicas, regulándose las medidas para futura ejecución forzada (embargo, secuestro, etc.), medidas temporales sobre el fondo (asignación anticipada de alimentos, etc.) medidas innovativas (interdicción, cautela posesoria), medida de no innovar.

Las medidas cautelares, señala Silvia Barona, "aparecen como los medios jurídicos procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto" ¹.

Esto se debe a que las dos manifestaciones de la jurisdicción : la de juzgar (declarativa) y la de hacer ejecutar lo juzgado (ejecutiva) no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un período más o menos largo para realizarse, tiempo que por su mero transcurso o por actuación del demandado, pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, en razón de ello, es que surge esta función jurisdiccional llamada de "cautela o de seguridad" que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las funciones antes mencionadas : declarativa y ejecutiva.

De esta forma, a través de las medidas cautelares se cumple una función de garantía, que sirve para combatir la duración de los procesos, convirtiéndose no ya tan sólo en un mecanismo de mero aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán llegar a más allá si se quiere que las resoluciones judiciales, aunque tardías sean efectivas. En efecto, para Montero debe superarse la clásica teoría de las medidas cautelares, por cuanto éstas han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para extenderse, en muchas ocasiones, a cumplir una función anticipatoria del fallo, lo que conlleva una superación del

¹ Barona Villar, Silvia. *"Las medidas cautelares. Introducción"*, en: Consejo General del Poder Judicial. Las medidas cautelares, Madrid, 1993, p.14.

término "cautela" para caer quizás en otro concepto más adecuado como podría ser el de "prevención" ².

De esta forma, no se trata sólo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión, lo que supone extender la función cautelar más allá, es decir, a la de prevención.

Las principales características de las medidas cautelares es que sean instrumentales, provisionales, temporales y variables, destacándose el elemento urgencia de este procedimiento. De esta forma, la brevedad procedimental se basa en la urgencia que se desprende de la adopción de medidas cautelares, en cuanto a su función de asegurar.

1.2. Planteamiento del Problema.

En la presente investigación se plantean las siguientes preguntas:

- ¿En qué consiste la medida cautelar?
- ¿Cuáles son las características de las medidas cautelares?
- ¿Cuáles son los presupuestos que permiten configurar las medidas cautelares?
- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares?
- ¿Por qué la medida cautelar es considerada como una actividad complementaria de los procesos de declaración y de ejecución?
- ¿Por qué la medida cautelar es considerada como un proceso urgente cuya brevedad es parte de su razón de ser?

1.3. Formulación del Problema.

1.3.1. Problema General.

² Montero Aroca, J. *Derecho Jurisdiccional I*, Barcelona, Bosch, 1993, p.481.

¿Cuáles son las causas de la problemática de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil?

1.3.2. Problemas específicos.

- a. La naturaleza jurídica de la medida cautelar y su importancia en los procesos civiles.
- b. Las características de las medidas cautelares y sus ejecuciones en los procesos.
- c. Los presupuestos que permiten configurar las medidas cautelares
- d. La medida cautelar es considerada como un proceso urgente cuya brevedad es parte de su razón de ser.

1.4. Justificación e importancia del problema.

La importancia del problema se fundamenta en la diversidad de casos existentes aun sin resolver y también de casos que aun no han sido admitidos por lo tanto al existir también diferentes medidas cautelares es que se da diversos problemas y sus justificaciones se detallan de la siguiente manera.

1.4.1. Justificación Teórica.

La presente investigación se versa en la diversas cantidades de casos existentes en nuestros país que afecta a los acreedores tanto como personas naturales y jurídicas en donde requieren recuperar su acreencia y por ello interponen una medida cautelar para evitar el peligro en la demora o el cambio de titularidad y resulte eficaz dicho proceso por lo que se encuentra con una problemática en la demora. Y tramitación de las mismas.

1.4.2. Justificación práctica.

Este estudio pretende establecer los motivos por los cuales existen problemas en la satisfacción de las medidas cautelares en los procesos civiles establecidos en el código Procesal Civil, respecto a las medidas Cautelares estas deben ser llevadas de la mejor manera aplicadas dentro de la normativa vigente siempre salvaguardando la integridad de dichas medidas y favoreciendo a la parte demandante en la ejecución de la misma.

1.4.3. Justificación social.

El aumento de casos en las medidas cautelares en los juzgados civiles y de paz letrado han hecho que se establezca esta problemática el cual es causa de esta justificación por lo tanto esta investigación servirá como estudio para demás trabajos que se puedan realizar y así contribuir con el tema social, también involucra la necesidad de indagar y resolver este problema social y proponer mecanismos de solución, que permitan mitigar en cierta manera la solución de dicha problemática.

2.4.4. Justificación jurídico/legal.

La presente investigación pretende contribuir al área del derecho, de forma específica al Derecho Civil y Procesal Civil, pues se efectuará un análisis de la normatividad relacionada a la eficacia de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil. De esta manera, se espera que el resultado de la presente investigación resulte ser base suficiente para que en un próximo estudio proponer un proyecto de ley que implemente un mecanismo de solución eficaz de las medidas de cautelares que se presenta en nuestros juzgados.

1.5. Objetivos de la investigación.

1.5.1. Objetivo general.

Determinar en qué medida el retraso y la demora en el trámite de la actividad de las medidas cautelares, impide que la función de aseguramiento de la ejecución de la sentencia, y de la efectividad de la misma, se cumpla.

.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar las principales variables que intervienen en la investigación objeto de estudio, como es la medida cautelar, y como se encuentran relacionados respecto a su carácter de urgencia.
- Determinar las principales características que presentan las medidas cautelares, así como los presupuestos que la conforman.
- Establecer las diferencias y semejanzas de las medidas cautelares satisfactivas en nuestro sistema jurídico con las medidas cautelares satisfactivas en el Derecho Comparado.
- Identificar los pasos procesales que implican una demora sustancial en el trámite de las medidas cautelares, que impiden cumplir su función de aseguramiento.
- Análisis de la jurisprudencia nacional sobre las medidas cautelares satisfactivas.

1.6. Hipótesis.

PRIMERA HIPÓTESIS

La razón de ser de las medidas cautelares consiste en la urgencia como se tramita, por lo que su demora no permite asegurar la posibilidad de ejecución de la sentencia, ni la efectividad de la misma.

SEGUNDA HIPÓTESIS

El trámite judicial de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal es lento y poco expeditivo, lo que impide que su función de "aseguramiento" se vea satisfecho.

1.7. Variables.

a. Variable independiente.

- Las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil.
- La existencia de las medidas cautelares está relacionada con la urgencia como se tramita.

b. Variable dependiente.

Trámite administrativo de las medidas cautelares.

En nuestro sistema procesal el trámite de las medidas cautelares es lento y poco expeditivo.

La demora impide que su función de "aseguramiento" se vea satisfecho

II. MARCO TEÓRICO.

En esta investigación se toma en cuenta la posición doctrinal que considera a la actividad jurisdiccional cautelar como proceso, antes que como incidente propiamente dicho, diferente del proceso de declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación de instrumentalidad respecto de ellos³.

La pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, que en muchos casos es necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares, normas distintas de las que se refieren al proceso principal ⁴.

La actividad cautelar es una actividad jurisdiccional, y por tanto, responde a la necesidad de hablar de proceso, con todos los elementos que le llevan a considerarlo como tal. Dicho proceso tendrá por objeto la tutela cautelar o preventiva que sirva como mecanismo jurídico - procesal para garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución.

Estas medidas cautelares, señala Ortells Ramos, "están caracterizadas por adoptarse en función de la pendencia actual o previsiblemente inmediata de un proceso, por su provisionalidad dependiente de ese proceso, porque se proyectan, en diversos modos, que no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino que algunas, con intensidad variable, anticipan provisionalmente efectos de la sentencia"⁵. Sin duda estas medidas son cautelares y responden a la función de asegurar la efectividad de la sentencia, y no tanto a la función clásica de aseguramiento de la ejecución

³ Ortells Ramos. "*Derecho Jurisdiccional II*", 2º. Edición, Barcelona, Bosch, 1993, p.258.

⁴ Barona Villar, Silvia. Ob. Cit. p.16.

⁵ Ortells, Ramos. Ob. Cit. P.331.

de la sentencia. Un ejemplo de este tipo de medida, se encuentra la medida cautelar de cesación provisional. Se adopta esta medida cuando un determinado producto está circulando en el mercado, y se solicita su cesación provisional, entonces se produce un efecto que algún sector doctrinal considera como de ejecución anticipada. Asimismo, se encuentra por ejemplo, la medida cautelar mediante el cual se acuerdan alimentos provisionales a cargo del demandado, en el caso de filiación; la custodia y la contribución a las cargas del matrimonio en el caso de las medidas provisionales en procesos matrimoniales; la prohibición de determinada publicidad, o la adopción de las previsiones adecuadas para impedir su difusión, la suspensión provisional en el interdicto de obra nueva, la suspensión del acuerdo social impugnado de tal modo que la entidad deberá actuar si el acuerdo no fuere válido.

2.1.1 CATEGORIAS Y CONCEPTOS

MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar, denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

2.1.1.1 FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar tiene por finalidad darle en lo posible al solicitante de la misma la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple

declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo.

2.1.1.1.1.

REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

- a. **Fumus boni iuris:** El fumus boni iuris es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia o verosimilitud del Derecho. Esta expresión latina significa la apariencia del derecho legítimo, el "humo del buen derecho". Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero. La certeza del mismo se configurará cuando se adquiere convicción de su existencia. Ahora bien, para decidir la Litis es indispensable que el Juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa.
- b. **Peligro en la demora:** La medida preventiva, refiere Hinostroza, está revestida de un carácter de urgencia; la urgencia se debe a la existencia de un peligro actual, el que, a su vez, está constituido por los elementos, objetivo y subjetivo, respectivamente; a saber : la insoslayable tardanza de la decisión, que no puede ser antepuesta al conocimiento, y la posibilidad de que en ese lapso se espere de la decisión, una de las partes, actuando de buena o mala fe, enajene la cosa en cuestión o trasponga sus bienes y resulte ilusoria la decisión futura dictada en su contra.

2.1.1.1.1.1

CONTRACAUTELA

Denominada también fianza o caución judicial, puede ser definida como aquella dirigida a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre la ejecución cautelar. La contra cautela se establece como regla general con el objeto de que el que pretenda la adopción de una medida cautelar, debe prestar fianza suficiente para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es, por ello, revocada.

En su obra Derecho Procesal Civil, Ramos explica con sencillez y claridad que constituye el fundamento de la medida cautelar y el porqué de su trascendencia e importancia, cuando refiere que “sólo cuando la sentencia ha sido cumplida por completo, alcanza eficacia en el proceso. Como esta meta se vislumbra ciertamente lejana al inicio del proceso, la solución idónea estriba en anticiparla o por lo menos asegurarla de alguna manera. La medida cautelar anticipa provisionalmente la ejecución o asegura al éxito, desde el propio momento inicial del proceso. De ahí trascendencia para conseguir el objetivo de eficacia del proceso⁶.

Así, si queremos esbozar un concepto directo y claro podemos afirmar que la medida cautelar es un instrumento procesal que puede plantearse antes o dentro de un proceso ya iniciado, con la finalidad de asegurar preliminar y preventivamente la eficacia de la sentencia, a fin de proteger el derecho del accionante o actor, que por fundadas razones puede suponer válidamente que su pretensión o el derecho que invoca se encuentra en peligro ante el demandado, quien, en tanto dure el proceso, puede disponer, para eludir su propia obligación, de los bienes que finalmente pueden garantizar la pretensión.

La naturaleza excepcional de este instituto procesal supone necesariamente una especie de juzgamiento preventivo y anticipado, o un prejuzgamiento de quien, con

⁶ Ramos Méndez, Francisco. *“La anotación preventiva de la demanda”*, José María Bosch Editorial Barcelona, 1980.P.24.

justo título, aparenta tener mejor derecho que el emplazado, razón por la cual el demandante o el actor de la medida deberá demostrar de modo fehaciente que el fallo final le ira a favorecer por asistirle precisamente un legítimo derecho.

2.1. CONCEPTOS DOCTRINARIOS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DEFINICIONES.

Según MONROY GALVEZ, la medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.

Esta “ heroica institución de excepción” , como la denomina con acierto Aníbal Quiroga León, luego de que entrara en vigencia el nuevo Código Procesal Civil en junio de 1993, ha sido enriquecida y recreada, principalmente a través de la doctrina y la jurisprudencia, convirtiéndola en una de las instituciones más importantes que contiene dicho Código, como medio eficaz de protección jurisdiccional.

Carlos A. Hernández Lozano y José Vásquez Campos refieren que desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia, medio un espacio de tiempo cuyas consecuencias no deben ser soportadas por quien tenía razón para litigar, sino por quien infundadamente sostuvo una pretensión contraria. Por eso el juez, al pronunciar su fallo debe colocarse en el momento de la iniciación del proceso, por lo cual la sentencia es siempre declarativa y tiene efecto retroactivo. Los mismos autores precisan que el objeto del litigio pueda desaparecer, transformarse o disminuir el valor, por la acción de la naturaleza o del hombre, y es evidente que en tales casos la sentencia no podrá reintegrar al vencedor en la plenitud de su derecho. Esas mismas circunstancias, referidas no ya al objeto del proceso sino a la prueba, tienen también importancia para la decisión, por lo que si una de las

partes se ve privada de un medio de prueba que existiría al momento de la iniciación del proceso, pero que desapareció o se modificó cuando el juez debió examinarla, es evidente que la sentencia será injusta. En otros casos la demora en el pronunciamiento puede ocasionar un perjuicio irreparable, como sería el peligro para uno de los cónyuges, en el proceso de divorcio por malos tratos.

Por su parte BIELSA, Rafaél, refiere que las medidas cautelares son decisiones típicamente instrumentales, destinadas a asegurar preventivamente los eventuales resultados, que recién cobraran consistencia cuando se juzgue la pretensión principal.

En esta misma línea de definición podemos concluir señalando que las medidas cautelares, como tales, son un instrumento procesal de la justicia asegurativa, que permite materializar ante la demandante, lo que se resolverá en el futuro en la sentencia final.

No todas las medidas cautelares tienen contenido económico, de la misma manera que no todas las pretensiones que se ventilan en juicio se refieren a dicho aspecto. El ejemplo más claro lo constituyen aquellas medidas, preventivas que se dictan en asunto de derecho de familia (separación de cuerpos, régimen de visitas, cese de actos de violencia física o psicológica contra algún integrante del núcleo familiar, etc.

2.2. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En el ensayo sobre la cautela atípica, ROJAS, Jorge, refiriéndose a la finalidad de las medidas cautelares, nos dice que la medida o providencia cautelar es la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada (de ahí su principal finalidad) a prevenir el daño que se podría derivar del retardo de la misma.

En el mismo sentido, señala CALAMANDREI que la nota típica de las providencias cautelares es que estas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico.

Por su parte, RAMOS MÉNDEZ con certeza y precisión define a la providencia cautelar y a su finalidad o razón de ser como “un remedio arbitrario por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia “.

Fuera de ello como bien lo dice MONROY GÁLVEZ, la finalidad abstracta del proceso es “Lograr la paz en justicia”.

La medida cautelar tiene por objeto asegurar la satisfacción del derecho del pretensor o la separación del daño producido, estando también dirigida a evitar este último, lo que significa al final de cuentas que su finalidad radica en impedir que la sentencia a dictarse en el proceso principal llegue a ser (por circunstancias naturales – como pérdida o destrucción de los bienes del deudor, inútil o inejecutable, ya sea total o parcialmente.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

2.3.1. PREJUZGAMIENTO.

Para dictar la medida cautelar el juez no necesita prejuzgar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal, si es necesario persuadirse que el derecho (pretensión principal), respecto del cual se pide cautela, es verosímil, vale decir que el juzgador a través de una “cognición sumaria “y de un cálculo de probabilidades, debe valorar convenientemente la

existencia del derecho invocado y persuadido de ello, conceder la cautela solicita.

2.3.2. PROVISORIEDAD.

El carácter provisorio de la medida cautelar no supone de modo alguno apartarse del principio de preclusión, referido a la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales dentro de los términos de ley. Es provisorio en tanto y en cuanto no se altere o modifique la situación que el género. Ello no supone que la decisión cautelar no pueda ser susceptible de reexamen por estar consentida o ejecutoriada, en razón de que no es aplicable a ella el principio de cosa juzgada y el de preclusión. En resumen la medida cautelar, justamente por ser también provisorio, puede modificarse en todo tiempo e incluso puede ser sustituida o suspendida, pero siempre y cuando hayan cambiado las circunstancias condicionantes que determinaron oportunamente su otorgamiento. Esta característica es la más distintiva y propia de la medida cautelar. Sobre esta característica, Calamandrei refiere que “la provisionalidad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de las cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera”.

2.3.3. INSTRUMENTALIDAD.

La medida cautelar se instrumentaliza en función de la pretensión principal que se tendrá que discutir en el proceso. Solo si el fallo final que se dicte en dicho proceso declara que el accionante tiene realmente acreditado el derecho, la medida cautelar concedida tendrá carácter definitivo, en caso contrario, esta será cancelada, y quedara sin efecto.

Las medidas cautelares en tal sentido no poseen autonomía propia, son de carácter instrumental y existen para hacer efectivos los derechos sustanciales que finalmente se reconozcan en el proceso principal, mediante el fallo final.

Es instrumental porque sirve a la eficacia del proceso. Así como el proceso es instrumental respecto al derecho material, porque sirve para que este se cumpla o realice, la medida cautelar es instrumental respecto al proceso porque asegura el cumplimiento del fallo definitivo⁷.

La instrumentaliza, pues, es una característica configuradora de las medidas cautelares que las relaciona o vincula a un proceso principal, al que sirven garantizando la efectividad de un resultado. Al respecto, María Pía Calderón en su obra *Las medidas cautelares* nos dice "...que como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en la relación al proceso principal, es decir a la tutela jurisdiccional que en el se presta ". La medida cautelar se extingue, pues esta aun cuando produce sus efectos desde el momento que es concedida, tiene una duración que está supeditada al proceso principal, debiendo existir necesariamente una correlación entre la medida que se va a adoptar y el posible contenido de la sentencia, vale decir que los efectos que se derivan de la resolución cautelar deben ser adecuados para cumplir la función de asegurar la efectividad y eficacia de la resolución definitiva, en caso contrario, no existiría instrumentalidad y en consecuencia no podría ser concedida.

⁷ Rodríguez Domínguez Elvito A. "*manual de derecho procesal civil*", Editorial Grijley, sexta Edición, mayo 2005. Lima. P.410.

En definitiva, es instrumental la medida precautoria al no poder concebirse su existencia (o subsistencia, tratándose de las medidas anticipadas o fuera del proceso) sin la presencia del proceso al que sirve. Sin el último aquella carecería de objeto, siendo así innegable la relación de subordinación⁸.

2.3.4. VARIABILIDAD.

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

Se dice entonces que la medida cautelar es variable porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea, es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente. En consecuencia, se puede modificar la forma de la medida cautelar, variar los bienes sobre los que recae a su monto, y sustituir al órgano de auxilio judicial⁹.

2.3.5. JURISDICCIONALIDAD.

Las medidas cautelares son de naturaleza procesal y, por ellos mismo, de naturaleza jurisdiccional. No obedecen ni pueden tener su origen en la actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales.

⁸ Hinostroza Minguez, Alberto. *"El embargo y otras medidas cautelares "*, Editorial San Marcos, Tercera Edición, 2002. Lima. P.32.

⁹ Hinostroza Minguez, Alberto. *"El embargo y otras medidas cautelares "*, Editorial San Marcos, Tercera Edición, 2002. Lima. P.33.

Se originan y/o generan en el proceso, sin perjuicio de poderse dictar, ante un requerimiento cautelar, con anterioridad a dicho proceso, pero en ese caso condicionadas a la iniciación de este, dentro de los diez días posteriores a la ejecución de la medida.

La jurisdiccionalidad de la medida cautelar implica además que el juzgador tiene la potestad o autoridad para asegurar su mandato final, anticipando todos o determinados efectos de la sentencia a dictarse en el proceso... se dice entonces que la medida cautelar es jurisdiccional porque se adelanta ciertos efectos del fallo (lo que representa en esencia una tutela mediata) con lo que se garantiza la aplicación material del derecho proclamado en él¹⁰.

2.3.6. TEMPORALIDAD.

No pueden durar más allá que la tramitación, o solución final del proceso principal, del cual son dependientes, su duración es limitada, existen eventualmente durante el proceso, no nacen además con vocación de perpetuidad.

Su razón de ser esta en poner fin al peligro en la demora y pueden desaparecer, entre otros, por los siguientes motivos:

- Cambio de las circunstancias que en su momento justificaron su dictado.
- Por la conclusión del proceso principal.
- Por estar supeditadas legalmente a un plazo determinado.
- Por agotamiento del tiempo fijado para la vigencia e la medida, esto es, por su caducidad.
- Por incumplimiento de cargas procesales.

¹⁰ Hinostroza Minguez, Alberto. *"El embargo y otras medidas cautelares"*, Editorial San Marcos, Tercera Edición, 2002. Lima. P.28.

2.3.7. ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN.

Esta característica supone que la medida opera necesariamente anticipando los futuros efectos de la sentencia definitiva, vale decir, de lo que posteriormente, en la conclusión del proceso, se ejecutara.

Esta característica se basa en el presupuesto jurídico denominado *perriculum in mora*, que significa peligro en la demora.

2.4. FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Su finalidad es el aseguramiento anticipado de un bien, objeto de la pretensión, impidiendo que ella sea ilusoria e irrealizable¹¹. Su finalidad y objeto es igualmente evitar que se tornen ilusorios los derechos del accionante, ante la posibilidad cierta de que se dicte una sentencia de imposible ejecución, pues ante un no aseguramiento preliminar y preventivo, el obligado, en tanto dure la secuela del proceso, puede poner perfectamente a un buen recaudo su patrimonio. Di Iorio señala al respecto que las medidas cautelares “ están destinadas, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir a cabalidad su alta función, permitiendo asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para evitar que esta no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento “

2.5. SUJETOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.

La medida cautelar implica necesariamente la presencia de dos sujetos. Uno es el ejecutante (demandante o actor), esto es, el que inicia la acción, invocando un derecho; y el otro es el ejecutado (demandado), sobre el que recaerá la acción, que se denomina también obligado. La acción cautelar

¹¹ Peláez Bardales, Mariano. “*El proceso cautelar*” editorial grijley. Segunda edición 2007.lima. P.17.

requiere de la formación de un incidente que se tramita simultáneamente con el expediente principal, en el cual se desarrolla el proceso.

2.6. TRAMITACION DE LA MEDIDA CAUTELAR.

El trámite de la medida cautelar se efectúa en cuaderno especial, hecho que no supone de modo alguno que se trate de un proceso autónomo, por el contrario, su suerte dependerá de lo resuelto en el principal. Cuando la medida se solicita antes del proceso principal, el ejecutante debe interponer la demanda ante el mismo juez dentro de los diez días posteriormente al acto¹².

Para el trámite en sí de la medida se deberá observar lo siguiente:

- a) Exponer con claridad y precisión los fundamentos de la pretensión cautelar.
- b) Señalar la forma y/o modalidad de la medida.
- c) Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación.
- d) Ofrecer contra cautela. La contra cautela puede ser de naturaleza real o personal. La personal está referida a la caución juratoria que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo.
- e) Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente.

2.7. APLICACIÓN Y UTILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En cuanto a la aplicación, utilidad y otorgamiento de las medidas cautelares, los jueces, investidos de la facultad correspondiente para ellos, deben de emplear un criterio amplio y racional, en cuanto a su aplicación, para evitar así la posible frustración de los derechos de las partes, pues sin las medidas

¹² Peláez Bardales, Mariano. *“El proceso cautelar”* Editorial Grijley. Segunda edición 2007. Lima. P. 18.

cautelares oportunas y debidamente concedidas, las sentencias definitivas resultaran ineficaces, y de imposible cumplimiento.

Las medidas cautelares oportunamente dictadas aseguran el cumplimiento de la sentencia, en tal hecho radica su utilidad e importancia. Por ello deben ser razonablemente dispuestas en coincidencia con el derecho que se debe proteger o salvaguardar¹³.

Atendiendo además a los principios esenciales del proceso cautelar, como son la proporcionalidad y la adecuación, la medida, para que cumpla a cabalidad su objetivo y finalidad, deberá concederse en función directa con la importancia y trascendencia de los derechos que se pretenden cautelar.

No debemos olvidar por último, si hablamos de la aplicación y utilidad de las medidas cautelares, que nuestro ordenamiento procesal, permite solicitar y conceder medidas cautelares no necesariamente previstas expresamente en el Código, siempre y cuando estas aseguren en forma adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

Por último y siempre sobre la finalidad de las medidas cautelares Fernández Vargas precisa que estas tienen como finalidad el de asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea eludida, haciéndola de imposible cumplimiento.¹⁴

2.8. CARÁCTER PROVISIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

El art. 612 del Código Procesal Civil establece el carácter provisional de las medidas cautelares. Este carácter surge también por el objeto y la naturaleza de las mismas.

¹³ Peláez Bardales, Mariano. *“El proceso cautelar”* Editorial Grijley. Segunda edición 2007.lima. P. 24

¹⁴ Peláez Bardales, Mariano. *“El proceso cautelar”* Editorial Grijley. Segunda edición 2007.lima. P.25.

Dicho carácter de provisionalidad o mutabilidad se da fundamentalmente por las siguientes situaciones:

- a) Por el cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento en que se decretó la medida cautelar.
- b) Por reemplazo de otra medida u otro bien (En este supuesto la nueva propuesta debe garantizar de manera real y suficiente el derecho tutelado y ocasionar el menor perjuicio posible al patrimonio del sujeto pasivo de la medida cautelar).

De otro lado y como sabemos la resolución que declara producente una determinado medida cautelar no hace cosa juzgada, ni pone fin al proceso e incluso puede ser modificada o dejada sin efecto, según las circunstancias ulteriores. Pero en tanto duren las circunstancias que la originaron, debe subsistir la medida.

Cuando desaparecen tales circunstancias y/o se acredita la ausencia del derecho invocado, la medida cautelar será cancelada. Igual ocurre si la pretensión principal es declarada improcedente. Al margen de tales circunstancias la medida también puede cesar por caducidad.

III. CAPITULO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL

SUB CAPITULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCION FORZADA

1.1. MEDIDAS CAUTELARES ESPECIFICAS.

Las medidas cautelares específicas son las que se encuentran previstas para cada caso particular y de manera expresa, en el Código Procesal Civil. Este tipo de cautela denominada también típica se encuentra contemplada y regulada en la norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica

determinada; caso diferente al de la medida cautelar genérica, que de acuerdo a la propia previsión que hace el código se mantiene en una relativa indeterminación con la finalidad de que, posteriormente pueda ser graduada su aplicación al supuesto concreto.

Entre las medidas cautelares específicas, expresamente previstas en el Código para un supuesto concreto, tenemos las medidas cautelares para futura ejecución forzada (Art.642° y siguientes del Código) las medidas temporales sobre el fondo (Arts.674° hasta el 681°) las medidas cautelares innovativas (Arts.682° hasta el 686°) y las medidas cautelares de no innovar (prohibición de innovar, Art.687°).

Por su parte las medidas cautelares para futura ejecución forzada se subdividen en: embargo, secuestro y anotación de demanda en los registros públicos.

Las medidas temporales sobre el fondo se subclasifican en: asignación anticipada de alimentos, asuntos de familia e interés de menores, administración de bienes, desalojo, separación y divorcio y devolución de bien en despojo.

Por último, la medida cautelar innovativa se subdivide en: interdicción, cautela posesoria, abuso de derecho y derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.

1.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCION FORZADA.

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

Estas medidas cautelares son denominadas también de mero aseguramiento, pues están destinadas precisamente a asegurar la ejecución forzada ante el incumplimiento de obligaciones pecuniarias¹⁵.

Las medidas cautelares para futura ejecución forzada, de acuerdo a la previsión que efectúa el código son las siguientes: embargo, secuestro y anotación de demanda en los Registros Públicos.

1.3. EMBARGO.

Que consiste en la afectación jurídica de determinados bienes o derechos que pertenecen al patrimonio del presunto obligado o deudor, a fin de garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso sobre pago de dinero.

Conforme lo expresa el Art.642° del Código Procesal Civil, cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.

El embargo preventivo es provisional e instrumental con relación a una sentencia. El ejecutivo no lo es¹⁶

El embargo puede efectuarse en forma de depósito, de inmueble no inscrito, en forma de inscripción, en forma de retención, en forma de intervención en recaudación, en forma de administración de bienes fructíferos y de intervención en administración de unidad de producción y de comercio.

¹⁵ Peláez Bardales, Mariano. *"El proceso cautelar"* Editorial Grijley. Segunda edición 2007.lima. P.114.

¹⁶ Gutiérrez de Caviedes. *"Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares"* Editorial San Marcos, estudios de derecho procesal. Primera Edición. Lima. P.338.

1.3.1. EMBARGO EN FORMA DE DEPÓSITO Y SECUESTRO.

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

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

Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación.

1.3.2. EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCION.

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

1.3.3. EMBARGO DE INMUEBLE NO INSCRITO.

El embargo de inmuebles es distinto de aquel de muebles. Normalmente bastara la sola resolución que contiene el embargo para que este se perfeccione entre las partes¹⁷.

Cuando se trata de inmueble no inscrito (Art.65° del C.P.C.), la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.

Este Art.650° prevé la medida cautelar de inmueble no inscrito, que se ejecuta en este caso nombrándose necesariamente como depositario al propio obligado, lo que supone que no puede designarse como órgano de auxilio judicial a terceros. Conforme refiere Fernández Vargas, se trata en el fondo de una medida cautelar de embargo en forma de depósito que recae sobre un bien inmueble que no está inmatriculado en el Registro de la Propiedad Inmueble del Registro Público, es decir, que no tiene antecedente registral alguno cuya afectación se limita al bien mismo, con exclusión de sus frutos; y si bien esta afectación no obliga al embargado al pago de renta, debe conservar la posesión inmediata.

1.3.4. EMBARGO EN FORMA DE RETENCION.

El Art.657° del Código señala al respecto que cuando la medida recae sobre derechos de créditos u otros bienes en posesión de terceros, cuyo título es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez.

¹⁷ Ariano Deho, Eugenia . *"El proceso de ejecución"* Editorial Rodhas, Mayo 1998. Lima. P.351.

Esta norma, que regula esta medida cautelar, contiene dos supuestos de hecho para la ejecución de la misma a : a) la existencia de un derecho de crédito en posesión de un tercero, cuyo titular es el afectado y está constituido por las acreencias que tiene éste pendientes de cumplimiento como ser deudor; vale decir sumas de dinero líquida o liquidables; b) el otro supuesto está referido a la existencia de otros bienes muebles, en posesión de terceros cuyo titular es el demandado, como usufructo, uso, comodato, depósito, arrendamiento u otros.

La ejecución de esta medida cautelar corresponde realizarla al secretario o especialista legal, en presencia del retenedor, con "toma de dicho" sobre la posesión de los bienes y otros datos importantes, necesarios para precisar los alcances de la medida.

1.3.5. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN RECAUDACION.

Esta modalidad de embargo se encuentra normada en el Art.661° del Código cuando señala que cuando la medida afecta a una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.

La disposición del párrafo anterior es aplicable también a las personas jurídicas sin fines de lucro.

La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir el juez.

Se trata en realidad de una medida cautelar mediante la cual una persona nombrada por el órgano jurisdiccional, en calidad de interventor recaudador, interviene directamente por mandato judicial, en la actividad económica de una persona natural o jurídica, con la única finalidad de embargar los ingresos propios de esta; y de tal manera asegurar la ejecución forzada. Conforme lo dispone el propio artículo esta medida, también es aplicable a las personas jurídicas sin fines de lucro, sean estas asociaciones, fundaciones, comités, etc.

1.3.6. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN EN INFORMACION

Esta modalidad de embargo o si se quiere de medida cautelar está prevista en el Art.665° del Código cuando señala que en caso de que se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al juez.

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

Corresponde la ejecución de la medida cautelar al secretario o especialista legal, dándole por disposición expresa del juzgador, la posesión del cargo al interventor en el negocio intervenido. En el acta respectiva deberá incluirse necesariamente un inventario de los bienes y archivos, teniendo en cuenta que una de las obligaciones del interventor es la verificación del funcionamiento y conservación de lo intervenido. En caso de que se ampare una conversión a secuestro o administración (variación de medida), el inventario inicial resultará de vital importancia, incluyendo el caso en que se produzca una concurrencia de medidas cautelares.

1.3.7. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACION DE BIENES

El Art.669° del Código dispone que cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.

En la medida cautelar de embargo en forma de administración de bienes, se afecta bienes fructíferos (inmuebles o muebles) con la finalidad de que el administrador recaude los frutos que produzcan, sean estos naturales, industriales y civiles. Como ejemplo se puede citar la administración de un edificio para recaudar la renta que produce o el de una embarcación para recaudar el producto de la pesca, o el de un ómnibus de transporte público para recaudar en forma de administración los ingresos que genera por el servicio que presta¹⁸.

Esta medida cautelar se ejecuta administrándole la posesión del bien, al órgano de auxilio judicial, designado por el Juez, quien debe mantener la posesión en calidad de administrador judicial hasta que recaude los frutos que cubran el monto de la afectación. Por su parte el afectado podrá solicitar la designación de un veedor especial a fin

¹⁸ Peláez Bardales, Mariano. *“El proceso cautelar”* Editorial Grijley. Segunda edición 2007. Lima. P. 133.

de que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial, conforme al Art.633° del C.P.C.

1.3.8. IDENTIFICACION DE LOS BIENES EMBARGADOS O SECUESTRADOS

El Art.644° del Código es claro y preciso cuando señala que en la ejecución del embargo o secuestro, el auxiliar jurisdiccional (Especialista Legal) procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario : la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente, identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a ésta.

1.3.9. BIENES INEMBARGABLES

El Código Procesal Civil mediante el Art.648° fija los bienes que tienen esta característica expresando que son inembargables los siguientes bienes:

1. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art.492° del Código Civil (que está referido a la embargabilidad de los frutos del patrimonio familiar).
2. Las prenda de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforme una unidad familiar; así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia.

3. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado.
4. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
5. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.
Cuando se trate de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.
6. Las pensiones alimenticias.
7. Los bienes muebles de los templos religiosos.
8. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 2 y 3, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

1.3.10. LIMITACIÓN DEL EMBARGO EN BIENES DEL ESTADO

Asimismo el mencionado autor señala sobre este punto que como consecuencia de la derogatoria del inciso 1 del Art.648° del Código, por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 1997, con el procedimiento a seguir, para el cumplimiento de una resolución judicial que ordena al Estado el pago de una obligación, lo que implica una limitación para la afectación mediante embargo a los bienes del Estado mas no su prohibición.

La Disposición Transitoria Única de dicha Ley establece que : "En tanto se apruebe la ley a que se refiere el Art.1°, el accionante que

solicite al Juez el cumplimiento de una Resolución judicial que ordena al Estado el pago de una obligación y no sea posible su ejecución, al no existir recursos presupuestados para atenderlos debe solicitar al Juez que requiera al titular del pliego a fin de que, bajo su responsabilidad, señale la partida presupuestaria específica en el presupuesto de su sector, susceptible de ser afectada con orden de embargo.

En el caso que no existan recursos susceptibles de afectación, el accionante podrá solicitar al Juez requiera al titular del pliego a fin de que disponga, bajo su responsabilidad, la inclusión prioritaria del adeudo pendiente, en una partida específica para los siguientes ejercicios presupuestarios.

Este dispositivo debe ser aplicado en todo su vigor y acaso en forma progresiva por la magnitud de los requerimientos, con respecto a las obligaciones que tiene al Estado para con los pensionistas de los diferentes regímenes previsionales (especialmente de los de la Ley N°20530, cuyas pensiones fueron congeladas desde el año 1991) que han obtenido sentencias favorables en acciones de cumplimiento referidas a la actualización y/o mejora de sus exiguas pensiones que en un 80% no superan los mil nuevos soles, sentencias que son letra muerta o un simple saludo a la bandera, pues las diversas dependencias y/o entidades del Estado (Ministerios, Institutos, etc.) alegando únicamente falta de presupuesto o que la partida correspondiente no está previsionada, se niegan a pagar tales obligaciones, colocando así al propio Estado al margen del orden jurídico legal, pese a que éste debe ser precisamente el que debe velar por el cumplimiento cabal del marco normativo legal que sirve finalmente de base y sustento al Estado Social de Derecho (nos referimos a pensiones diminutas que no superan de modo alguno los S/.3,000.00 nuevos soles).

En tal sentido y de acuerdo con esta norma (Ley N°26756), vencidas las etapas establecidas en la propia ley y en caso de que no se dé cumplimiento a las sentencias judiciales obtenidas en doble instancia y que tengan la autoridad de cosa juzgada, por parte del titular del pliego, cabe la intervención judicial a través de una medida de embargo que tendrá por objeto hacer efectiva la sentencia y mantener la independencia y potestad de los jueces de hacer cumplir sus mandatos, que no pueden ser, en el estado social a que hemos hecho referencia, meras soluciones sin valor práctico alguno.

El Estado, sea parte accionante o demandada, está dentro del orden y/o marco jurídico y debe por ello mismo acatar imperiosamente las sentencias expedidas en el legítimo uso de sus facultades por los órganos jurisdiccionales, al igual que las demás personas naturales o jurídicas.

1.4. EL DESEMBARGO

Por su parte, Norberto José Novellino (jurista argentino), en su estudio doctrinal sobre la figura del Desembargo, señala algunos aspectos que a manera de ilustración resulta pertinente reproducir.

Es sabido que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. De ahí que los bienes del deudor son susceptibles de ser afectados por embargos preventivos para garantizar su eventual ejecución futura; individualizándolos y limitando las facultades de disposición y goce que tiene el deudor hasta que se dicte la pertinente sentencia que haga lugar o no a su venta para satisfacer el crédito del embargante.

Empero - dice el autor - hay normas de fondo y de forma que, de acuerdo a ciertas circunstancias, autorizan el desembargo de tales bienes en mérito a la equidad y a la humanización del derecho que se viene operando en la

nación argentina desde la sanción de la Ley N°514 que abolió la prisión por deudas en 1872.

Citando una antigua jurisprudencia de la Corte de Salta (11-09-68) nos señala que siempre hemos entendido que toda medida cautelar es de por sí grave de donde resulta que no puede decretarse sin amparo de leyes que protejan por igual tanto los derechos del acreedor como los del deudor y que consecuentemente, la Justicia debe conciliar el interés de ambas partes de tal manera que ninguna de las dos salga perjudicada.

¿Por qué? Porque el fin de las medidas cautelares o precautorias es doble, esto es:

1. Que se mantenga adecuadamente protegido el crédito que ellas garantizan.
2. Que su traba no ocasione daños innecesarios al deudor. De ahí que el Código Procesal de la Nación Argentina autorice solicitar modificaciones de la medida cautelar ya decretada.

Ello sin olvidar que el Art.204° del cuerpo legal precedentemente aludido faculta a los jueces a "disponer una medida precautoria (cautelar) distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger" a los efectos de "evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes".

Por más amplios y benévolos que seamos quienes estamos en esto de humanizar el proceso, no podemos convertir el desembargo en un medio que - yéndose al extremo - sólo sirve para burlar el cumplimiento de las obligaciones del deudor malicioso.

Lo cierto es que, "dentro de estos andariveles, pueden tener andamio diversas situaciones que habiliten el levantamiento de un embargo preventivo efectivamente trabado".

Señala asimismo Novellino que el objeto de este trabajo (referido siempre el desembargo) es individualizar y tratar someramente cada una de aquellas situaciones, a fin de brindar un panorama que, sin duda, será mejorado por otros con mayor visión y sabiduría.

A continuación el autor presenta cada una de las situaciones que pueden habilitar el levantamiento de un embargo; por lo que nos permitimos transcribir tal y como éste lo presenta, respetando la articulación referida al ordenamiento procesal argentino y a la jurisprudencia de dicho país sobre esta materia.

1.5. SECUESTRO

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

Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega la custodia.

Dicho artículo expresa además que se aplican al secuestro, en cuanto sean compatibles, con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

Humberto Theodoro Junior, en su obra *Proceso cautelar*, define esta figura como una medida cautelar para futura ejecución forzada, que consiste en la afectación física y jurídica de un bien, mediante el desapoderamiento de la posesión del afectado, y su entrega a un custodio.

Ugo Rocco, en su obra ya citada refiere al respecto que la providencia de secuestro es una orden con la que el órgano jurisdiccional competente, a solicitud de un sujeto interesado, le quita la disponibilidad de un bien, mueble o inmueble o de una universalidad de bienes, o de una hacienda, a otro sujeto que lo detenta o de una cosa que constituye una prueba real preconstituída proveyendo a la custodia de ellos, de forma que queda inmodificada la situación de hecho o de derecho evitando el peligro de que por hechos naturales o voluntarios sean suprimidos o eliminados o restringidos los intereses del derecho sustancial o procesal.

El secuestro se diferencia del embargo en forma de depósito, en razón de que éste no impide que el bien siga siendo usado por su deudor, en tanto que el secuestro produce la indisponibilidad física de la cosa.

El secuestro es además una medida más drástica que el embargo, razón por la cual el juez debe apreciar la procedencia del mismo, valorando debidamente los requisitos y presupuestos legales, incluso con mayor celo y cuidado que en el caso del embargo.

Se denomina secuestro a la medida cautelar a través de la cual se desapodera a una persona de un bien sobre el cual se litiga o se ha de litigar o de un documento necesario para cubrir una acreencia.

Según Alsina, ejemplo del primer supuesto es el depósito del bien mueble que ha de pedirse mediante una pretensión real, y cuya admisibilidad está condicionada a que "hubiere motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor".

La diferencia fundamental entre embargo y secuestro estriba en que mientras el primer recae sobre cosas ciertas y determinadas sobre los cuales existe o ha de promoverse una controversia judicial, el segundo versa sobre cualquier bien que se encuentre en el patrimonio del deudor y cuya eventual realización permitirá satisfacer el crédito por el cual se procede.

En cuanto a la comparación con el embargo, Norberto Novellino nos dice que son instituciones perfectamente diferenciadas, legal y doctrinariamente (y jurisprudencialmente podríamos agregar) de modo que no pueden interpretarse como si fuesen términos intercambiables. Mientras el embargo importe sólo la afectación o uno o varios bienes que se individualizan para asegurar su eventual ejecución futuro, limitando las posibilidades de uso y doce de éstos, el secuestro importa el cercenamiento de estas posibilidades toda vez que se concreta mediante el desapoderamiento de tales bienes, privando al propietario de su utilización,

1.6. ANOTACIÓN DE LA DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

La sola anotación de la demanda en los Registros Públicos constituye una medida cautelar para futura ejecución forzada; a través de esta medida se asegura la publicidad con respecto a la existencia de un proceso judicial, en el cual se está discutiendo la declaración, constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real o personal que podría variar y/o alterar la situación registral de un bien o derecho inscrito que es materia de la pretensión si ésta es amparada.

Por el carácter de esta medida, que simplemente constituye una mera inscripción en el registro correspondiente, esto es, por el hecho de ser, entre las medidas cautelares específicas, la menos gravosa de todas, la valoración de los requisitos para su otorgamiento, por parte del juzgador, no debe ser demasiado rigurosa y puntual.

Esta medida está prevista en lo dispuesto por el Art.673° del Código que dispone que cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la notación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencias a quien ha obtenido esta medida.

Son dos de acuerdo a la norma procesal los supuestos de hecho y están referidos a los bienes o derechos registrados y a la interposición previa de una demanda.

Los efectos jurídicos de este tipo de medida cautelar sobre la publicidad informativa, la publicidad protectora, y pese a que no impide la transferencia del bien, ni las afectaciones posteriores y el tráfico jurídico de bienes, otorga sí prevalencia a quien ha obtenido esta medida, protegiendo el posible derecho del demandante y la efectividad de la decisión final.

Por último existe prelación de la medida cautelar de anotación de demanda en relación con otras inscripciones, en virtud del principio de prevalencia que dispone la norma procesal y el principio de prioridad registral.

3.1. Medición de las variables.

a. Operacionalización de variables.

HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS
Primera Hipotesis. La razón de ser de las medidas cautelares consiste en la urgencia como se tramita, por lo que su demora no permite asegurar la posibilidad de ejecución de la sentencia, ni la efectividad de la misma. Segunda Hipotesis. El trámite judicial de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal es lento y poco expeditivo, lo que impide que su función de "aseguramiento" se vea satisfecho.	<u>Independiente</u> Las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil. La existencia de las medidas cautelares está relacionada con la urgencia como se tramita. <u>Dependientes</u> Trámite administrativo de las medidas cautelares. En nuestro sistema procesal el trámite de las medidas cautelares es lento y poco expeditivo. La demora impide que su función de "aseguramiento" se vea satisfecho	➤ Normatividad legal vigente. ➤ Resoluciones judiciales firmes. ➤ Reincidencia de casos presentados en los diversos juzgados. ➤ Demandas presentadas. ➤ Procesos Cautelares.	- Vacíos o lagunas existente en las normas. - El aumento de casos sin solución en los juzgados. - Casos aun no resueltos por los diversos juzgados.	- Tipicidad. - Derechos y principios. - Debido proceso. - Políticas de Estado. -

IV. MARCO METODOLÓGICO.

PROPÓSITO

La presente investigación pretende poner de manifiesto que el trámite de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal, no poseen una fluidez y rapidez conforme demanda su naturaleza, sino que contrariamente, son lentos y poco expeditivos, lo que impide cumplir a cabalidad su función de aseguramiento.

1.1. METODOS Y TECNICAS

La investigación se encuentra focalizada dentro del ámbito teórico, doctrinario y casuístico, por lo que se realizarán estudios descriptivos, analíticos y comparativos de lo que implica y comprende la figura procesal de las medidas cautelares, para lo cual es necesario identificar sus principales características y los presupuestos que la integran. Esto nos va a permitir identificar y determinar satisfactoriamente la figura materia de investigación, así como sus principales problemas.

1.1.1. METODOS

El método histórico, que es producto del movimiento historicista de Savigny, postula interpretar el derecho reconstruyendo la idea expresada en la ley. Desde esta perspectiva, la interpretación consta de tres elementos: el lógico, el gramatical y el histórico. Para poder interpretar la ley y sus diferentes expresiones debe tenerse en cuenta las circunstancias históricas de su génesis, su desarrollo y su conformación actual.

De esta forma, el Derecho sólo es visible en el sistema. Por tanto, en toda interpretación de la ley se manifiestan tanto el elemento histórico, como el sistemático. La elaboración histórica debe tomar el sistema en conjunto e imaginario progresivo; en cambio la elaboración sistemática tiene la misión de ver lo diverso en la

unión que le corresponde, ocupándose de la evolución de los conceptos, la exposición de las normas jurídicas según su conexión interna, y salvar las lagunas de la ley, mediante la analogía.

A. Método Histórico

El método histórico, que es producto del movimiento historicista de Savigny, postula interpretar el derecho reconstruyendo la idea expresada en la ley. Desde esta perspectiva, la interpretación consta de tres elementos: el lógico, el gramatical y el histórico. Para poder interpretar la ley y sus diferentes expresiones debe tenerse en cuenta las circunstancias históricas de su génesis, su desarrollo y su conformación actual.

De esta forma, el Derecho sólo es visible en el sistema. Por tanto, en toda interpretación de la ley se manifiestan tanto el elemento histórico, como el sistemático. La elaboración histórica debe tomar el sistema en conjunto e imaginario progresivo; en cambio la elaboración sistemática tiene la misión de ver lo diverso en la unión que le corresponde, ocupándose de la evolución de los conceptos, la exposición de las normas jurídicas según su conexión interna, y salvar las lagunas de la ley, mediante la analogía.

B. Método Comparativo

El método comparativo, permite una fácil operatividad de los conceptos y relaciones que se van a abordar en el Derecho, y concretamente en el presente estudio. Quiere decir que una vez descritas y analizadas las principales variables que componen la presente investigación, sólo en ese momento es posible compararlas con otras ideas, con las que guardan relación.

A través del método comparativo podemos relacionar ideas provenientes del propio sistema jurídico; por ejemplo, comparar aquellas normas que se encuentran vigentes con aquellos que han sido derogadas. También nos permite comparar las ideas provenientes de otras realidades jurídicas.

C. Método de la Hermenéutica Jurídica

Otro método relevante que será utilizado en la presente investigación es la denominada Hermenéutica Jurídica, como una forma de escudriñar y mantener un diálogo constante con la realidad jurídica. Este método permite utilizar la historia y la subjetividad, propia del investigador, que comprometido con su objeto de estudio, explora las razones que dieron origen a los problemas que se encuentran, estableciendo una discusión hermenéutica que nos permita reconstruir el pasado.

1.1.2. TECNICAS

El método comparativo, permite una fácil operatividad de los conceptos y relaciones que se van a abordar en el Derecho, y concretamente en el presente estudio. Quiere decir que una vez descritas y analizadas las principales variables que componen la presente investigación, sólo en ese momento es posible compararlas con otras ideas, con las que guardan relación. A través del método comparativo podemos relacionar ideas provenientes del propio sistema jurídico; por ejemplo, comparar aquellas normas que se encuentran vigentes con aquellos que han sido derogadas. También nos permite comparar las ideas provenientes de otras realidades jurídicas.

4.1. Método empleado.

a. Hermenéutico – Jurídico.

Busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que busca uniones entre ellas. Se aplicará la interpretación de los textos legales, estableciendo bases conceptuales para que el análisis de las normas jurídicas sea el más ecuánime posible. Se pretende estandarizar el proceso de interpretación a fin de garantizar la equidad y la similitud en la toma de decisiones.

b. Dogmática jurídica.

En tanto se analizará e interpretará la doctrina y jurisprudencias afines a nuestra investigación. En contraposición al método exegético, en el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo, el método dogmático se atiene a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Se estudiará el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico y la fuerza socialmente organizada con el derecho dogmático son dos normas jurídicas. Además este modelo se basa fundamentalmente con las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico.

c. Método de investigación jurídica evaluativa.

Permite dar un juicio de valor empírico sobre el comportamiento de un determinado hecho, caso o fenómeno, sea de índole jurisdiccional, social, económica o política de relevancia jurídica. Permite evaluar el servicio jurisdiccional, la aplicación de una norma o el comportamiento de los funcionarios públicos para plantear soluciones o adoptando posiciones.

d. Método de investigación jurídica comparativa.

Permite identificar similitudes y diferencias normativas y teóricas de dos o más sistemas en el ámbito del derecho nacional o internacional. Incluye el análisis del derecho comparado cuyo objeto es poner en relieve qué, de común o diferencias, tiene el derecho positivo, las posturas teóricas, la jurisprudencia y la legislación.

4.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

a. Análisis documental.

Permitirá recopilar información a través de documentos escritos así como del estudio de las normas y casos de violencia contra la mujer. Mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación. Se trabajará a través de las diferentes fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, efectos jurídicos y de las posiciones doctrinarias, relacionadas con el tema, etc., como son: Libros: (tratados, manuales, ensayos), códigos, revistas académicas, publicaciones, informes, entre otros.

CAPITULO V.- ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.

5.1. Cronograma de actividades.

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES						
ETAPAS	2019			2020		
	OC T	NO V	DI C	EN E	FE B	M AR
Elaboración del proyecto.	X					
Presentación del proyecto.	X					
Recolección de bibliografía.	X	X	X			
Estructura de la elaboración de la tesis.		X	X	X		
Elaboración de conclusión y recomendaciones.				X		
Redacción y presentación del trabajo.				X	X	
Corrección.					X	
Sustentación.						X

.2. Presupuesto.

Nombre del recurso	Unidad de medida	Cantidad	Costo	Total
--------------------	------------------	----------	-------	-------

<u>Materiales de escritorio</u>				
• Papel bond.	➤ ½ millar	500	16.00	16.00
• Lapiceros.	➤ Docena.	1	26.00	26.00
• Fólderes.	➤ Docena.	1	4.0	4.00
• USB	➤ Unidad.	1	32.00	32.00
<u>Servicios:</u>				
• Típeo.	➤ Hoja.	100	0.50	50.00
• Impresión.	➤ Hoja.	100	0.20	20.00
• Fotocopiado.	➤ Hoja.	400	0.10	40.00
• Empastados.	➤ Unidad.	6	35.00	210.00
• Anillado.	➤ Ejemplar.	6	3.50	21.00
<u>Bibliografía:</u>				
• Material bibliográfico.	➤ Libro	11	653.00	653.00
Subvención a asesores	➤ hora	Por definir		
TOTAL				1,072.00

5.3. Financiamiento.

La ejecución del presente proyecto será Autofinanciado.

CONCLUSIONES

1. Las medidas cautelares constituyen uno de los institutos procesales más eficaces para la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos demandantes de justicia, pues tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de la futura decisión definitiva.
2. Las medidas cautelares nacen para asegurar preliminar y preventivamente el resultado de un proceso principal y no constituyen un fin en sí mismas, sino que están supeditadas a la expedición de una ulterior resolución definitiva.
3. Las medidas cautelares no pueden existir por sí mismas, sino que están sujetas y condicionadas a un proceso principal ya iniciado o por iniciarse, por otro lado, la tramitación autónoma de estas garantiza la reserva de los actos procesales necesarios para el dictado de ellas.
4. En la medida en que prime el buen criterio y la razonabilidad en los juzgadores, la tutela cautelar será un instrumento de tutela efectiva.
5. Así como la medida cautelar es una decisión anticipada de la decisión final, así también el proceso cautelar es necesariamente subsidiario y dependiente del proceso principal.
6. Con respecto a los bienes sociales, es procedente el embargo de los derechos y acciones que tiene el cónyuge deudor sobre ellos. Dichos bienes son parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una determinada obligación.
7. Las medidas cautelares genéricas pueden surgir de alguna variante de una medida tipificada, o resultar también de la combinación de ésta con una genérica.
8. Si anticipar significa “hacer que ocurra una cosa o algo antes del tiempo señalado”, se puede llamar también perfectamente a la tutela cautelar como “tutela anticipada; lo cual supone que la resolución judicial que se dicte primigeniamente, anticipará en todo o en parte, los efectos de la sentencia que se dictará en el principal.

9. Dentro del proceso cautelar, no deja de ser motivo de preocupación, el hecho de que el demandado no haya tenido posibilidad alguna de defensa. Tal circunstancia obliga al juzgador a dictar la medida con criterio razonado y justo.
10. Si se traba un embargo en una forma no permitida por la ley, no se está actuando en el ejercicio regular de un derecho, por lo que el accionante estará obligado al pago e indemnización por daños y perjuicios.
11. Si la demanda principal ha sido declarada improcedente, será viable la pretensión indemnizatoria por medida cautelar innecesaria o maliciosa.
12. Aquel que obtuvo y ejecutó una medida cautelar innecesaria o maliciosa podrá ser condenado, a pedido de parte, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Situación que se producirá, si se declara infundada la demanda cuya pretensión estuvo asegurada con dicha medida cautelar. La indemnización será fijada por el mismo juez que conoció la demanda principal.
13. Teniendo en consideración el derecho comparado en materia del proceso de medidas cautelares, se aprecia que nuestra legislación presenta algunos vacíos y deficiencias debido a la no regulación de las medidas cautelares autosatisfactivas.

RECOMENDACIONES

Primera.- No debe dejarse de lado, la constante capacitación de los operadores de justicia, a través de especialistas en el tema del proceso cautelar, a fin de organizar un personal auxiliar jurisdiccional especializado en dicho campo jurídico.

Segunda.- Para otorgar una medida cautelar en las acciones de garantía, el juzgador debe apreciar de manera clara y objetiva el peligro inminente de violación de un derecho fundamental. En caso de no existir aquel peligro, simplemente la pretensión debe ser declarada improcedente.

Tercera.- El juzgador al dictar una medida cautelar deberá evitar que el sujeto activo obtenga más de aquello que le será concedido en la sentencia final, e igualmente que el sujeto pasivo se vea afectado con una medida dañosa e irreversible.

Cuarta.- El juez jamás puede convertirse en cómplice de una medida cautelar desproporcionada, abusiva o indebida.

Quinta.- Pese a la falta de precisión del Código al respecto, se debe entender que la sola ejecución de la medida cautelar no es lo que genera responsabilidad y la obligación de resarcir los daños y perjuicios, sino que dicha responsabilidad se genera por una indebida ejecución de la medida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ARMANDO RIVAS, Adolfo. **“Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano”** Jurista Editores. Primera Edición Junio 2005
2. AYARRAGAY, Carlos A.: **“El Embargo y el Desembargo del Proceso”**. En Revista de Derecho Procesal, Publicación Iberoamericana y Filipina. Madrid Año 1963, Segunda Época. Número 4, págs. 9-51. 1963
3. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. **“Derechos Fundamentales y Proceso Justo”**. ARA Editores, Lima, 2001.
4. CALAMANDREI, Piero. **“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945
5. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. **“El Abuso del Derecho”**. En: Tratado de Derecho Civil, Tomo I, 1990. Universidad de Lima, Lima-Perú. 1990
6. FERNANDEZ VARGAS, Enrique. **“El Proceso Cautelar”**, Tempos Editores, Primera Edición, Enero 2001. Lima Perú.
7. HARERLE, Meter **“La Libertad fundamental en el Estado Constitucional”**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
8. HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. **“Las Medidas Preventivas”**. En: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Zulia. Maracaibo, Venezuela, Enero-Abril 1976, Año XVI, Nro. 46 págs. 31-52 1976
9. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. **“El Embarazo y Otras Medidas Cautelares”** Editorial San Marcos, Tercera Edición Lima 2002
10. MARTEL CHANG, Rolando A. **“Tutela Cautelar y Medidas Autosatisfactivas en el Proceso Civil”**. Palestra Editores. Primera Edición, Noviembre 2003.
11. MARTINEZ BOTOS, Raúl. **“Medidas Cautelares”**. Segunda Edición, Editorial Universidad Buenos Aires 1994

12. MONROY GALVEZ, Juan. **“Temas de Proceso Civil”**. Librería Studium S.A., Lima-Perú, 1987.
13. MONROY PALACIOS, Juan José. **“Teoría Cautelar. Bases para la formación de un sistema cautelar peruano”**. Tesis para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
14. MORETTI, Raúl. **“Admisibilidad y Eficacia de las Medidas Cautelares”** en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Uruguay, Julio-Septiembre 1962, Año XIII, Nro. 3, págs. 627-678, 1962
15. PELÁEZ BARDALES, Mariano. **“El Proceso Cautelar”**. Editorial Grijley. Segunda Edición 2007
16. PEYRANO, Jorge Walter. **“Medida Cautelar Innovativa”**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981
17. PEYRANO, Jorge Walter. **“La Medida Cautelar Innovativa Embozada”**. En: Revista El Derecho, Publicación Oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Diciembre 1993, Nro. 298 págs. 485-494, 1993.
18. PRIORI POSADA, Giovanni y Bustamante Alarcón, Reynaldo. **“Apuntes de Derecho Procesal”**. ARA Editores, Lima., 1997.
19. RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A. **“Manual de Derecho Procesal Civil”** Editorial Grijley Sexta Edición. Mayo Lima 2005.