

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil

TESIS: para obtener el Grado Académico de: **MAGÍSTER EN DERECHO.** Con mención en:

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG

LIMA - PERÚ 2002

..	1
INTRODUCCIÓN .	3
TÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL .	7
CAPÍTULO 1: LA ACCIÓN . .	7
1.1. Ideas Preliminares: . .	7
1.2. Evolución histórica, doctrinas y concepto actual . .	8
1.3. El contenido de la acción.- La pretensión y sus clases. . .	9
CAPÍTULO 2: EL PROCESO JUDICIAL .	10
2.1. Concepto . .	10
2.2. Teorías sobre su naturaleza jurídica .	10
2.3. Clasificación de los procesos . .	12
CAPÍTULO 3: LA JURISDICCIÓN . .	13
3.1. Concepto . .	13
3.2. Teorías sobre su naturaleza jurídica .	14
3.3. Clases de jurisdicción .	14
3.4. Elementos y poderes de la jurisdicción . .	15
TÍTULO II. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA . .	17
CAPÍTULO 1: MARCO DE REFERENCIA . .	17
CAPÍTULO 2: CONCEPTO .	18
CAPÍTULO 3: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL . .	20
CAPÍTULO 4: LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA ANTES Y DURANTE EL PROCESO. . .	22
TÍTULO III. EL ACTUAL PROCESO CIVIL PERUANO COMO INSTRUMENTO DE REALIZACIÓN DE DERECHOS SUSTANTIVOS . .	25
CAPÍTULO 1: EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMO APOORTE POSITIVO AL SERVICIO DE JUSTICIA .	25
CAPÍTULO 2: PROBLEMAS QUE PRETENDE RESOLVER EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL . .	27

TÍTULO IV. TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR .	31
CAPÍTULO 1: FINALIDAD . .	31
CAPÍTULO 2: CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO . .	32
2.1. Es reservado . .	32
2.2. Es inaudita et altera pars (sin oír a la parte contraria) .	33
2.3. Es rápido .	34
2.4. Es autónomo: .	35
2.5. La resolución cautelar y su ejecución .	35
2.6. Impugnación .	36
CAPÍTULO 3: PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN Y EJECUCIÓN . .	37
3.1. Verosimilitud o apariencia del derecho invocado . .	37
3.2. Peligro en la demora .	37
3.3. Contracautela .	38
CAPÍTULO 4: CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR .	39
4.1. Provisoria .	39
4.2. Instrumental .	40
4.3. Variable .	40
TÍTULO V. PROCESOS URGENTES .	43
CAPÍTULO 1: CONCEPTO .	43
CAPÍTULO 2: CLASES .	45
2.1. Tutela cautelar clásica .	45
2.2. Tutela anticipatoria . .	46
2.3. Tutela satisfactiva autónoma .	47
TÍTULO VI. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS .	49
CAPÍTULO 1: EL VALOR EFICACIA .	49
CAPÍTULO 2: CONCEPTO Y NOMEN IURIS .	50
CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA .	54
3.1. Italia .	54
3.2. Francia . .	55

3.3. Estados Unidos . .	57
3.4. Brasil .	57
CAPÍTULO 4: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES .	57
4.1. Desde el punto de vista del solicitante . .	58
4.2. Desde el punto de vista del beneficiario o destinatario de la medida . .	58
4.3. Desde un punto de vista común a todos los implicados en el proceso, tanto justiciables como jueces . .	59
CAPÍTULO 5: CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO . .	59
5.1. Proceso de estructura monitoria .	59
5.2. Autonomía . .	62
5.3. Su diligenciamiento inaudita et altera pars .	62
5.4. Condiciones y presupuestos para el ejercicio del derecho de acción y de contradicción en una medida autosatisfactiva. .	66
5.5. Admisibilidad, inadmisibilidad e improcedencia de la demanda autosatisfactiva .	67
5.6. Resolución autosatisfactiva .	67
5.7. Impugnación .	70
5.8. Juez competente . .	72
CAPÍTULO 6: PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN . .	73
6.1. Requerimiento urgente .	73
6.2. Fuerte probabilidad del derecho invocado .	74
6.3. Prestación de contracautela .	76
CAPÍTULO 7: TEMAS O ASUNTOS QUE PUEDEN TRAMITARSE COMO MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN SEDE CIVIL . .	76
CAPÍTULO 8: SIMILITUDES Y DEFERENCIAS ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA . .	79
8.1 Similitudes .	79
8.2 Diferencias .	79
TÍTULO VII. UNA APROXIMACIÓN A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN LA JURISDICCIÓN Y EL FORO NACIONALES . .	81
CAPÍTULO 1: ANÁLISIS DE UN CASO JUDICIAL PERUANO SOBRE MEDIDA AUTOSATISFACTIVA .	81

1.1. Solicitud de medida autosatisfactiva .	81
1.2. Resolución judicial de primera instancia . .	85
1.3. Recurso de apelación interpuesto por la empresa emplazada .	85
1.4. Resolución judicial de segunda instancia .	87
1.5. Recurso de casación interpuesto por la compañía solicitante .	89
1.6. Ejecutoria de la Sala Civil de la Corte Suprema de la República ¹¹⁵ . .	90
1.7. Argumentos principales de la demanda y resoluciones judiciales dictadas en este caso . .	91
1.8. Conclusiones .	92
CAPÍTULO 2: LA APLICACIÓN DE UNA ENCUESTA SOBRE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS .	93
2.1. Descripción . .	93
2.2. Conclusiones generales de la encuesta . .	93
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS .	95
BIBLIOGRAFÍA .	99
Anexo . .	103

¹¹⁵ Es necesario señalar que días antes de que se expida la Ejecutoria Suprema, específicamente el 23 de abril de 1998, se produjo el desfonde de la Laguna Naticocha dentro de las instalaciones de la compañía Minera Chungar, causando pérdidas humanas y económicas.

Dedicatoria: *Para María Elena, Ximena y Mariana, al lado de quienes todo es posible.*

INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo exige de quienes prestan servicios no sólo su mejor esfuerzo, sino que éstos sean rápidos, oportunos y adecuados. El Estado, el más grande e importante prestador de servicios no debe ser ajeno a este propósito, mucho menos cuando se trata de servicios fundamentales, como es el de justicia. En verdad, un Estado responsable de sus obligaciones no debe renunciar jamás a ello.

Diversos estudios teóricos - prácticos aconsejan que en procura de mejorar el servicio de justicia, el Estado debe trabajar esencialmente (hay otros más) en tres frentes: Institucional, Jurisdiccional y Procesal.

Nosotros, por la naturaleza del tema que investigamos, básicamente nos ubicamos dentro de lo Jurisdiccional y lo Procesal, aún cuando somos conscientes que los efectos de un acertado trabajo jurisdiccional y la adecuada aplicación de las reglas procesales fortalecen y favorece el terreno Institucional.

A la fecha han transcurrido más de nueve años de vigencia y aplicación del novedoso y moderno Código Procesal Civil Peruano, que a decir, según entiendo, de la mayoría trajo consigo la regulación de institutos procesales importantes, entre ellos el proceso cautelar, cuyo tratamiento es, sin duda, ordenado e integral.

En efecto, como contribución a ese propósito de poder servir mejor, el Código Procesal Civil ha puesto al alcance de Operadores Jurídicos y Justiciables, una valiosa herramienta procesal que apunta a dar tutela jurisdiccional urgente, rápida y oportuna y no tardía. Es decir, la posibilidad de atender cuando sea útil para el justiciable y no

después, cuando todo se haya consumado o no les sea provechoso.

El proceso judicial en general deja mucho que desear cuando se vuelve importante en sí mismo, olvidando o postergando los derechos de quienes esperan su declaración y protección. No todo se agota ni se resuelve con la sola dación y entrada en vigencia de un cuerpo legal orgánico, como lo es el Código Procesal Civil, sino que es necesario procurar su mejor aplicación, a fin de cumplir el objetivo deseado, esto es servir bien y de manera oportuna.

No obstante la valía y modernidad del proceso civil, así como la importancia del proceso cautelar, creemos que todavía son insuficientes para poder afirmar que la tutela judicial efectiva en materia civil es una realidad.

Acorde con la afirmación anterior, en un trabajo de investigación realizado por un organismo internacional acerca del acceso a la justicia, se señala siete aspectos negativos sobre el sistema judicial ¹ :

- Percepción de injusticia y corrupción en el sistema, que afecta el rol de jueces, fiscales, auxiliares de justicia, abogados e, incluso, alcanza a los diversos medios de influencia en el servicio de justicia;
- Percepción de complejidad del sistema, de sus procedimientos y de la redacción legal de sus instrumentos;
- Percepción de “divorcio cultural” entre el sistema y la realidad social, en lo que se refiere a los conceptos de derecho y justicia de los diferentes sectores poblacionales para dar solución a conflictos concretos con relevancia jurídica;
- Utilización de idioma diferente a la lengua natal, principalmente en las zonas de las Comunidades campesinas y nativas;
- Lentitud de los procedimientos;
- Incertidumbre de los fallos;
- Ineficacia del sistema para resolver los problemas concretos;
- Percepción de desigualdad en el acceso a la justicia, que se hace particularmente ostensible en los sectores más pobres, debido a discriminación por razones de sexo, raza, posición social y económica, y posición política.

Por ello resulta provechoso, a tono con la moderna procesalística, que el Estado ofrezca a los justiciables y operadores jurídicos nuevas herramientas que coadyuven a brindar una mejor tutela judicial. Es en este marco que se ubican las medidas autosatisfactivas, como una posibilidad más de hacer justicia pronta y oportuna.

Este trabajo, busca, entonces, contribuir a una toma de decisión estatal en ese sentido, para cuyo propósito hemos estudiado el tema comenzando por conceptos generales del derecho procesal y la tutela jurisdiccional efectiva, pasando por el análisis del actual proceso civil como instrumento de realización de derechos sustantivos, para

¹ Banco Interamericano de Desarrollo - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.- acceso a la Justicia y Equidad - Estudios en siete países de América.- San José, 2000.

luego introducimos al estudio de los procesos urgentes, y en particular de dos de sus categorías, el proceso cautelar, y obviamente, en forma especial de las medidas autosatisfactivas, objeto principal de nuestro estudio. Así mismo, realizamos una aproximación al manejo y conocimiento de las medidas autosatisfactivas tanto en sede judicial como en el espacio académico y gremial. Finalmente, presentamos las conclusiones de este trabajo y el aporte legal respectivo, que representa el resultado de este esfuerzo de investigación.

TÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO 1: LA ACCIÓN

1.1. Ideas Preliminares:

Los conflictos los resuelve el Estado a través de su función jurisdiccional monopolizadora, en la medida que un sujeto formule un pedido, pues el proceso funciona a pedido de parte, según el principio romano “nemo iudex sine actore”.

En consecuencia, la acción no es otra cosa que reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional, dándose inicio al proceso, el mismo que debe culminar con una sentencia. Es decir que la acción nos permite tener acceso al órgano jurisdiccional, mas ello no significa que la parte accionante sea la vencedora, pues eso depende del amparo o rechazo de la pretensión, lo que sucede cuando se dicta sentencia.

La acción se materializa con la presentación de una demanda o de una denuncia, que viene a ser el primer acto procesal del proceso postulado por el titular de la acción.

1.2. Evolución histórica, doctrinas y concepto actual

En sus orígenes la acción consistía en la actividad de reproducir mímicamente ante un tribunal el hecho de la reclamación. De actividad evolucionó al concepto de derecho a ejercer esa actividad. Celso ², definió la acción como el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe. Definiciones como ésta, hicieron que durante mucho tiempo se confundiera la acción con el propio derecho subjetivo.

Sin embargo, no es el mismo derecho reclamado, sino mas bien un derecho abstracto a reclamar ante el Juez un determinado derecho concreto, la pretensión, que viene a ser el contenido de la acción.

De esta forma la acción obtuvo su autonomía, lo que a su vez constituyó el punto de partida para reconocer la autonomía del derecho procesal.

Couture ³ “enseña que de acción, en sentido procesal se puede hablar, por lo menos, en tres acepciones distintas:

- **Como sinónimo de derecho:** es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice, “el actor carece de acción”, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

- **Como sinónimo de pretensión:** es el sentido más usual del vocablo en la doctrina y legislación. Se habla entonces de acción fundada y acción infundada, de acción real y personal, de acción civil y penal. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. Esta aceptación de la acción como pretensión, se proyecta sobre la demanda, por lo que es habitual oír hablar en el foro de demanda fundada e infundada.

- **Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de jurisdicción:** es decir el poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los Jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.

Respecto a la acción se han desarrollado históricamente diversas doctrinas, las mismas que pueden ser agrupadas en dos ⁴: **las doctrinas monistas**, que confunden la acción con el derecho material o bien eliminan a éste, y **las doctrinas dualistas**, que diferencian a la acción del derecho subjetivo material.

Modernamente, la doctrina tiene tres afirmaciones fundamentales sobre lo que es acción ⁵:

² Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá. Editorial Themis S.A., 1984. Pág. 74.

³ Citado por Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. Santa Fe de Bogotá. Editorial Themis S.A., 1996. T. 1 Pág. 250

⁴ Fairen Guillén, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona. Librería Bosch, 1990. Págs. 78 y 79.

- **Es un derecho autónomo:** porque es independiente del derecho subjetivo que se reclama en el proceso, es decir de la pretensión. Por tanto, es instrumental de esta última. En efecto, lo que busca el actor con su demanda es que la pretensión sea amparada. Por ello es un derecho individual de carácter público, aun cuando la pretensión sea privada.

- **Es un derecho abstracto:** dado que solo pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional mediante el proceso. La acción la tienen todas las personas por el solo hecho de serlas, tengan o no razón, obtengan o no una sentencia favorable.

- **Es un derecho público:** en la medida que no se ejerce contra el demandado, sino frente al Juez. Contra aquél se dirige la pretensión.

Por su parte, Monroy Gálvez ⁶ además de afirmar la esencia constitucional del derecho de acción, señala que éste es público, subjetivo, abstracto y autónomo.

- **Es público**, porque el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, pues hacia él se dirige.
- **Es subjetivo**, porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, siendo irrelevante si está en condiciones de hacerlo efectivo.
- **Es abstracto**, porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse. Se realiza como exigencia, como demanda de justicia, al margen de si el derecho pedido (pretensión) tiene o no existencia.
- **Es autónomo**, porque tiene requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras sobre su ejercicio, etc.

1.3. El contenido de la acción.- La pretensión y sus clases.

En la actualidad es pacífico admitir que la acción no debe confundirse con la pretensión. Esta última es el derecho concreto, y aquella es el derecho abstracto. La pretensión es entonces el contenido de la acción, su desarrollo concreto. La acción es el derecho a poner en actividad el aparato jurisdiccional, en tanto que la pretensión es el derecho a obtener todos los actos procesales necesarios para el reconocimiento del derecho, lo que comprende la sentencia y su ejecución.

Si la pretensión es el desarrollo concreto del derecho de acción, las formas clásicas de clasificar a la acción, también le resultan aplicables. De esta manera podemos hablar de las siguientes clases de pretensiones:

- **Pretensiones de cognición:** Conformen la fase dialéctica, de discusión, del conflicto transformado en litigio. Con ellas, el actor pide que se le reconozca un derecho o

⁵ Véscovi, Enrique. Ob Cit. Pág. 74

⁶ Ob. Cit. pág. 271 y 272.

interés jurídico; la parte pasiva tiene la posibilidad de oponerse y resistir a la pretensión.

- **Pretensiones de ejecución:** con las que el actor pretende ejecutar un derecho reconocido a su favor en algún título ejecutivo o de ejecución.
- **Pretensiones cautelares:** son instrumentales, pues tiene por finalidad asegurar la pretensión de fondo que se discute en un proceso principal o de ejecución.

CAPÍTULO 2: EL PROCESO JUDICIAL

2.1. Concepto

El vocablo proceso viene de pro (para adelante) y cedere (caer, caminar). Implica un desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica.

Fairen Guillén señala que ***“el proceso es el único medio pacífico e imparcial de resolver conflictos intersubjetivos”***⁷.

Para Vescovi⁸, ***“el proceso es el conjunto de actos dirigidos a la resolución de un conflicto, y resulta, en último término, un instrumento para cumplir los objetivos del estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a éstos tutela jurídica”***.

Por su parte Monroy Gálvez⁹ dice que ***“el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos”***.

2.2. Teorías sobre su naturaleza jurídica

Este tema al igual que la acción es de los que más ha sido estudiado por la procesalística clásica, habiendo contribuido a la gestación de la ciencia procesal.

En este tópico se trata de estudiar cuál es la esencia del proceso.

En la doctrina suele encontrarse como las teorías de mayor aceptación a las siguientes:

⁷ Ob. Cit. Pág. 21.

⁸ Ob. Cit. Pág. 103

⁹ Ob. Cit. Pág. 112 y 113.

2.2.1. Teoría del contrato:

La relación establecida entre el accionante y accionado, es básicamente producto de un acuerdo de voluntades entre ambos litigantes por el que se comprometen a aceptar lo que se resuelva al final.

En otras palabras, existe una convención entre el demandante y el demandado, convención que fija determinados puntos de discusión y otorga autoridad al Juez.

Su antecedente es la litis contestatio, lo que implicaba un acuerdo de voluntades por el que se investía del poder al iudex (árbitro).

2.2.2. Teoría del cuasi contrato:

Es una derivación de la anterior. Esta teoría señala que el proceso no puede ser un contrato, pues si el demandado no concurre por su propia voluntad, o simplemente faltaba (rebeldía), la figura que más se adecuaba al fenómeno en estudio era la del cuasi contrato.

Además, si el proceso es un hecho generador de obligaciones, y que no siendo un contrato, ni delito, ni cuasidelito, debía ser, por descarte, un cuasi contrato.

2.2.3. Teoría de la relación jurídica:

Tiene como su autor a Oskar Von Bülow. Él explica que la actividad de las partes y del juez está regida por la ley y que el orden establecido para regular la condición de los sujetos dentro del proceso, determina una relación jurídica de carácter procesal, consistente en el complejo de derechos y deberes a que está sujeto cada uno de ellos, tendiendo a un fin común.

Esta teoría es seguida por la mayoría de procesalistas de la actualidad. Significó el paso de las teorías privatistas del contrato y cuasi contrato, a las teorías publicistas.

Bülow realzó la existencia de dos planos de relaciones jurídicas: de derecho material, que es la que se discute dentro del proceso, y de derecho procesal, que es el continente en que se ubica aquella.

2.2.4. Teoría de la situación jurídica:

Tiene como exponente a James Goldschmidt, quien niega las afirmaciones de los autores de la teoría de la relación jurídica.

Para esta teoría ***“el proceso consiste en una serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas (naturaleza jurídica), concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinada a la consecución de satisfacciones jurídicas (función), bajo la dirección del Juez estatal. Todo ello, en razón al principio de contradicción derivado de un conflicto entre los interesados, que ha devenido en litigio al hacer crisis, y que precisa resolver pacífica y justamente por los tribunales (jurisdicción)”¹⁰***.

El aporte más importante de esta teoría es el concepto de las cargas procesales, que actualmente, es admitido y reconocido por la procesalística mayoritaria.

2.3. Clasificación de los procesos

2.3.1. Según su finalidad o función, pueden ser:

- **De conocimiento:** en éste el Juez declara el derecho. Tiende a producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica. En este proceso se parte de una situación iusmaterial de inseguridad, la que queda zanjada con la sentencia.

- **De ejecución:** tiende a ejecutar lo juzgado. Puede estar precedido de un proceso de conocimiento, que ya se encuentra en su fase de ejecución, o de ciertos títulos (ejecutivos o de ejecución) que permiten ir directamente a la ejecución sin al etapa previa de conocimiento. En estos procesos se parte de una situación iusmaterial de seguridad, pues una de las partes tiene a su favor un derecho reconocido en una resolución judicial o en un título de ejecución. En su desarrollo no hay en estricto igualdad, sino superioridad, controlada por los principios del proceso, de aquél que tiene el título.

- **Cautelar:** que busca asegurar el resultado final de otro proceso, sea de conocimiento o de ejecución. En el plano teleológico, el proceso cautelar goza de autonomía, mas no lo es en el plano legal y procedimental donde solo tiene carácter instrumental y sirviendo de otro proceso principal.

2.3.2. Según su estructura, el proceso puede ser:

- **Simple:** tiene una estructura contradictoria en la cual el juez, antes de resolver, oye a cada una de las partes. Este proceso simple puede ser ordinario, si sigue todas la ritualidades comunes, o sumario, si los trámites son más abreviados.

- **Monitorio:** en el cual se invierte el orden del contradictorio, pues el juez, oído una de las partes, el demandante, puede acoger su demanda, y solo después oye al demandado, abriéndose entonces, no antes, el contradictorio, siempre que el emplazado resista y luego del procedimiento el Juez puede o no mantener su primera sentencia.

2.3.3. Según el derecho sustancial al que sirve, el proceso puede ser:

- Constitucional
- Civil.
- Penal.
- Laboral.
- De familia.
- Etc., dependiendo del objeto del litigio y de la pretensión que se hace valer.

¹⁰ *Fairen Guillén, Víctor. Ob. Cit. Pág. 45.*

CAPÍTULO 3: LA JURISDICCIÓN

3.1. Concepto

La palabra jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados. En el derecho de los países latinoamericanos tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como sinónimo de ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

Couture ¹¹ define a la jurisdicción en los siguientes términos ***“función pública realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud del cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”***.

“Es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”¹² ***“Es una función (potestad) del Estado, cuyo principal fin es satisfacer el interés de este en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social. Su fin secundario y coincidente con el anterior, cuando corresponde, es satisfacer el interés privado”*** ¹³.

“La jurisdicción es un poder - deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso este propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de este (función secundaria)

Pero a su vez, al Estado le está vedada la posibilidad de negar a un ciudadano tutela jurisdiccional. Todos estamos facultados a exigirle al Estado que nos conceda tutela judicial, es decir que tramite un proceso y se pronuncie dentro de él sobre nuestros conflictos de intereses” ¹⁴.

Debe ponerse de relieve el hecho de que la jurisdicción no solo debe implicar la

¹¹ Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1985. Pág. 40.

¹² Fiaren Guillén, Víctor. Ob. Cit. Pág. 101.

¹³ Citado por Vescovi, Enrique. Ob. Cit. Pág. 120.

¹⁴ Monroy Gálvez, Juan. Ob.Cit.Pág. 228.

solución del conflicto aplicando la norma y derecho pertinentes, sino lo mas esencial es que debe abrirse la posibilidad de que el Estado emplee la fuerza para que sus decisiones judiciales que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada se cumplan. Esta aseveración tiene, incluso, respaldo constitucional, que consagra la santidad de la cosa juzgada¹⁵.

3.2. Teorías sobre su naturaleza jurídica

3.2.1. Teoría Organicista.

Se sustenta en la teoría de la separación de poderes del estado. La naturaleza de los actos dependen de los órganos que la realizan, por tanto serán jurisdiccionales sólo aquellos que emanan de los órganos Poder Judicial. La debilidad de esta teoría, acusada de simplista, radica en que en el propio Poder Judicial existen órganos que realizan actos administrativos, y de otro lado hay órganos que sin pertenecer a dicho poder resuelven conflictos.

3.2.2. Teoría subjetiva.

Parte de la premisa de que la jurisdicción tiene como objeto la tutela de los derechos subjetivos de los particulares, a través de la aplicación de la norma al caso concreto. No obstante, tratándose de incertidumbres jurídicas, en las que no hay derecho subjetivo vulnerado, si bien es factible hablar de actividad jurisdiccional, no podemos decir lo mismo respecto al derecho subjetivo, el mismo que en este supuesto no está presente., pues en las incertidumbres jurídicas, el proceso concluye con una mera declaración de certeza.

3.2.3. Teoría objetiva.

Contrariamente a la anterior, parte de la premisa de que la jurisdicción tiene por objeto la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, a fin de asegurar su vigencia.

3.2.4. Teoría de la sustitución.

Parte del supuesto de la jurisdicción en su aspecto funcional. Consiste en la aplicación (por el órgano jurisdiccional predeterminado) de la norma de derecho para la solución del conflicto de intereses, cuando quien debía cumplirla, no lo hace. Siendo así, lo que la jurisdicción hace es reemplazar, sustituir, la actividad que deben hacer los particulares en su calidad de sujetos pasivos de la norma jurídica. En la práctica, la sustitución propuesta por Chiovenda es la del Juez por el particular.

3.3. Clases de jurisdicción

¹⁵ Constitución Peruana de 1993. Art. 139, inciso 2.

3.3.1. Según exista o no conflicto, la jurisdicción puede ser:

- **Contenciosa:** La contención es el conflicto hecho crisis. Hay partes insatisfechas que acuden al Juez. Se caracteriza porque en él hay litigio, y corresponde al órgano jurisdiccional decidir sobre él. Tiene como efecto fundamental que genera cosa juzgada.

- **Voluntaria:** El litigio no existe, y tampoco existen partes insatisfechas. A lo sumo hay una necesidad que puede ser atendida por un Juez o por otras personas, dependiendo de lo que la ley establezca. Lo decidido dentro de la jurisdicción voluntaria no es cosa juzgada, y puede variarse o modificarse, sin sujeción a los plazos y formas previstos para la jurisdicción contenciosa.

3.3.2. Según la organización que la aplica, la jurisdicción puede ser:

- Ordinaria, correspondiente al fuero civil o común.
- Especial: correspondiente a la militar o arbitral.

3.3.3. Según la especialidad del órgano jurisdiccional, la jurisdicción puede ser:

Constitucional.

- Civil.
- Penal.
- Laboral.
- De familia.
- Etc., dependiendo de las especialidades que la ley establezca.

3.4. Elementos y poderes de la jurisdicción

3.4.1. Elementos

Alsina¹⁶ nos enseña que los **elementos** indispensables para que la jurisdicción resuelva conflictos y ejecute sus decisiones, son los siguientes:

- **Notio:** es decir el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada. Obviamente que ello solo será posible a pedido de parte, y siempre que concurran los presupuestos procesales, pues de lo contrario no será factible resolver el conflicto.
- **Vocatio:** es decir la facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento y en cuya virtud el juicio puede seguirse en rebeldía, sin

¹⁶ Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires. Editorial Ediar, 1963. Págs. 547-551.

que ello afecte la validéz de las resoluciones.

- **Coertio:** es decir el uso de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas en el proceso, a fin de hacer posible su desarrollo, y que puede ser sobre personas o cosas.
- **Iudicium:** es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis con carácter definitivo, es decir con efecto de cosa juzgada.
- **Executio:** es el imperio para hacer cumplir las resoluciones judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública.

3.4.2. Poderes

Por su parte Devis Echandía, en relación a los poderes, refiere que las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (Jueces) están investidas de los siguientes poderes ¹⁷ :

- **Poder de decisión:** Los Jueces dirimen con fuerza obligatoria la controversia, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.
- **Poder de coerción:** en virtud del cuál los Jueces se procuran los elementos necesarios para su decisión, de oficio o a pedido de parte, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder el proceso dejaría de ser eficaz y la función judicial se reduciría a su mínima proporción. Con este poder los Jueces pueden sancionar a las partes y terceros (testigos, peritos, etc.), y emplear el auxilio de la fuerza pública.
- **Poder de documentación o investigación:** es decir para ordenar y practicar pruebas, aun cuando haya oposición de parte, en cuyo caso los Jueces aplican la coerción.
- **Poder de ejecución:** implica no solo el uso de la coerción, sino esencialmente de hacer que se cumpla lo ordenado en la sentencia (poder de hacer ejecutar lo juzgado), cuando el obligado se niega a hacerlo voluntariamente.

¹⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría general del Proceso. Tomo I.

TÍTULO II. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

CAPÍTULO 1: MARCO DE REFERENCIA

En nuestros días, ante la presencia de un conflicto, en todo Estado Constitucional (de derecho, democrático y social) virtualmente ha desaparecido la posibilidad de autotutela o autodefensa (“justicia por mano propia”), quedando la autocomposición y la heterocomposición como mecanismos válidos y pacíficamente admitidos para solucionarlos. Actualmente desde el propio Estado se alienta la autocomposición del conflicto, en el entendido que la solución adoptada por los propios actores es mejor que la decidida por un tercero, y se reserva a las personas que acudan a los órganos jurisdiccionales del Estado, generalmente en última instancia, para resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

Sin embargo, pese a la modernidad de los ordenamientos procesales, el servicio de justicia nuestro todavía no goza de aceptación social mayoritaria, lo que nos lleva a concluir que es necesario continuar con la búsqueda, creación y regulación legal de nuevas herramientas procesales que coadyuven a mejorar el servicio, y esencialmente sirvan para dar tutela efectiva a los ciudadanos.

El mantenimiento de la paz social en justicia no se consigue haciendo que el Estado sea depositario de la exclusividad de la función jurisdiccional, o prohibiendo o sancionando punitivamente el ejercicio de la autodefensa, es necesario y fundamental que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones de los justiciables que se formulan ante los órganos jurisdiccionales.

En la moderna perspectiva constitucional de promover los medios pacíficos de solución de conflictos para evitar la “justicia por propia mano”, el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional supone no desatender la efectividad de los derechos que sus textos reconocen. La justa paz de la sociedad únicamente será posible en la medida en que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y efectivos de defensa jurídica para satisfacer las pretensiones que ante él se formulan.

CAPÍTULO 2: CONCEPTO

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se da le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido.

El derecho a la tutela jurisdiccional ***“es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”***¹⁸.

De Bernardis define la tutela jurisdiccional efectiva como ***“la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”***¹⁹.

Sin embargo, no es suficiente que un derecho esté reconocido expresamente en los textos constitucionales, pues la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo que es preciso distinguir entre los derechos y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios o mecanismos

¹⁸ Gonzales Pérez, Jesús.- El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. España. Editorial Civitas.- Segunda edición, 1985.- Pág. 27

¹⁹ De Bernardis, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Lima. Cultural Cusco S.A. -Editores, 1985

procesales a través de los cuales es posible su realización y eficacia. Es por ello que, muchas veces, se reclaman nuevas formas procesales que aseguren, fundamentalmente, una tutela jurisdiccional pronta y eficiente.

Nuestro Código Procesal Civil de 1993, con una depurada técnica legislativa, establece en el artículo I del Título Preliminar el derecho a la “tutela jurisdiccional efectiva”, al señalar:

“Artículo I.-Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Consiguientemente, es deber del Estado promover la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, que no sólo se limita al aspecto procesal, sino, fundamentalmente, al aspecto material, en el sentido de resolver la pretensión planteada.

El panorama doctrinario relacionado con el Derecho Procesal Civil se caracteriza, actualmente, por la exaltación de las bondades de la eficacia en el proceso, situándola en lugar preferencial al punto que algunos hablan del “eficientismo procesal”. Así, el italiano Proto Pisani²⁰ expresó que “el principio de efectividad no es apenas una directiva para el legislador sino también “un principio hermenéutico del Derecho vigente”. Precisamente este valor tiene una función instrumental respecto de otro valor de innegable jerarquía cual es la “justicia”.

Morello a su turno señala que **“la efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados jurisdiccionales es la meta que en estas horas finiseculares signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional, ese propósito es notorio y cobra novedosa presencia como exigencia perentoria del Estado de Derecho, en el clásico brocardico: ubi remedium ibi ius”, que “la exigencia de efectividad (...) representa el común denominador de cualquier sistema de garantías. Es que la sola efectividad, en último análisis, permite medir y verificar el grado variable de la protección concreta que reviste la garantía tanto desde el punto de vista formal (o extrínseco) cuanto de contenido (intrínseco) que es capaz de asegurar a la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger”, y finaliza: “Nosotros, abarcativamente, predicamos la efectividad en un doble plano concurrente. Por una parte la idoneidad específica del remedio técnico (garantía) a utilizar, y, en segundo lugar, la materialización que a través de la jurisdicción- se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada”²¹.**

En cuanto a su naturaleza, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es de carácter público y subjetivo, por cuanto toda persona (sea natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz o incapaz, de derecho público o privado; aún el concebido tiene capacidad de goce), por el sólo hecho de serlo, tiene la facultad para dirigirse al Estado, a través de sus

²⁰ Citado por Vargas, Abraham Luis. Teoría General de los Procesos Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 120.

²¹ Citado por Vargas, Abraham Luis. Teoría General de los Procesos Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 120.

órganos jurisdiccionales competentes, y exigirle la tutela jurídica plena de sus intereses. Este derecho se manifiesta procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción.

Actualmente se sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende:

- **Acceso a la justicia:** La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.
- **El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas:** Que sería, precisamente, el derecho al debido proceso.
- **Sentencia de fondo:** Los jueces deben dictar, por regla general, una sentencia sobre el fondo del asunto materia del petitorio para solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar la incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; empero, en el caso de no poder entrar al fondo, porque no concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, dictarán una resolución fundada en derecho.
- **Doble instancia:** Es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho, con el propósito de que sea exhaustivamente revisada por el superior jerárquico y, de ser el caso, se expida una nueva sentencia adecuada.
- **Ejecución:** Es el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva, pues resulta insuficiente la declaración de que la pretensión es fundada o infundada (aún cuando se sustente en sólidos fundamentos doctrinarios). La efectividad de las sentencias exige, también, que ésta se cumpla (pese a la negativa del obligado) y que quien recurre sea repuesto en su derecho violado y compensado, si hubiera lugar a ello, por los daños y perjuicios irrogados; de lo contrario, las sentencias, y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, se convertirían en meras declaraciones de intenciones.

En este sentido, Jesús González Pérez ha señalado que: *“El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”*²².

CAPÍTULO 3: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Modernas Constituciones consagran el derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva” como derecho constitucional, al que antes se conocía como derecho a la jurisdicción, y

²² González Pérez, Jesús.- El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid. Editorial Civitas. Segunda Edición, 1985. Pág 27.

científicamente hablando como derecho, facultad, poder de la acción.

El artículo 24º de la Constitución Política Española de 1978 consagra y reconoce este derecho constitucional a todas las personas y no solo a los españoles, en los siguientes términos: 1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.²³

Germán Bidart Campos refiere que ***“personalmente utiliza y de manera frecuente, la denominación nueva del clásico y viejo derecho a la jurisdicción, no porque antes dejáramos de asignarle a éste el contenido amplio que se tiende desde el acceso a la justicia hasta la sentencia última, sino porque se expresa mejor en una fórmula clarísima cuál es el sentido que debemos atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración, y a la decisión que le pone término”***²⁴.

La Constitución Política peruana de 1993, acorde con lo expuesto, consagra la “tutela jurisdiccional” en el capítulo referente al Poder Judicial, en su artículo 139 inciso 3), al establecer:

“Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Es sumamente importante lo que enseña Jesús Gonzáles Pérez en cuanto a la tutela jurisdiccional²⁵: ***“El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del estado de Derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los***

²³ Vargas, Abraham Luis. Teoría General de los Procesos Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 118

²⁴ Bidart Campos, Germán. Derecho de Amparo. Buenos Aires. Ediar. 1961. Cap. I.

²⁵ Gonzáles Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid. Editorial Civitas, 1984. Pág. 22.

ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios del Derecho Natural, al lado de los principios políticos y tradicionales”.

Con lo dicho tenemos que el soporte de la tutela jurisdiccional está en el Derecho Natural, cuyas normas tienen validez moral y jurídica, al margen de su recepción en norma alguna. Por ello, y acorde con la dignidad humana, al ser la persona un fin en sí mismo, es titular de derechos que le son innatos, anteriores al propio Estado y que por tanto son inalienables.

CAPÍTULO 4: LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA ANTES Y DURANTE EL PROCESO.

Monroy Gálvez y Bidart Campos²⁶ hablan de tutela judicial antes del proceso y durante él. En el primer caso se sostiene que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el Estado debe proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opere y funciones en condiciones satisfactorias. Así, debe existir un órgano jurisdiccional autónomo, imparcial e independiente; preexistir al conflicto las reglas procesales adecuadas que encausen su solución; existir infraestructura (locales y equipos) adecuada y suficiente para una óptima prestación del servicio de justicia; existir el número necesario y suficiente de funcionarios que presten el servicio.

En el segundo caso, esto es durante el proceso la tutela judicial efectiva debe verificarse en todos sus momentos, acceso, debido proceso, sentencia de fondo, doble grado y ejecución de sentencia. En buena cuenta se trata del derecho al proceso y el derecho en el proceso.

El derecho al proceso tiene como antecedente histórico la fecha del 17 de junio de 1215, cuando los barones ingleses arrancaron al Rey Juan Sin Tierra algunos derechos básicos que les aseguraran un juicio correcto. Este acto histórico ha trascendido en el tiempo, y hoy día no existe, ni debe existir, Estado de Derecho que no contemple al proceso como la vía mas adecuada para garantizar las libertades individuales en tanto y cuanto sean agraviadas o afectadas por el Estado o por particulares.

El derecho en el proceso, llamado también debido proceso legal objetivo, importa un conjunto de garantías que el estado debe asegurar a toda persona comprendida en un proceso, a fin de que ésta pueda ejercitar plenamente sus derechos, sea alegando, probando, impugnando, requiriendo, etc.

A decir de Monroy Gálvez²⁷ ***“entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo***

²⁶ Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil. Bogotá. Editorial Temis S.A,1996. T. I. Págs. 245 y 246.

²⁷ Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota, 1996. Pág. 248 y 249.

reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”.

TÍTULO III. EL ACTUAL PROCESO CIVIL PERUANO COMO INSTRUMENTO DE REALIZACIÓN DE DERECHOS SUSTANTIVOS

CAPÍTULO 1: EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMO APOORTE POSITIVO AL SERVICIO DE JUSTICIA

Pese a la crisis del sistema de justicia, debe reconocerse que en los primeros años de la década del 90 se dieron importantísimas innovaciones legales, aprobándose, entre otras normas, el Código Procesal Civil vigente, que desde su inicio generó mucha expectativa, por su regulación moderna y ordenada en temas jurisdiccionales, de garantía para la independencia de esta función y de protección de los derechos fundamentales, amén de incorporar instituciones nuevas.

El proceso civil es el conjunto de actos debidamente concatenados y ordenados en el tiempo que realizan el órgano jurisdiccional y las partes (eventualmente, también, los

representantes del Ministerio Público y terceros) con el propósito de que, mediante una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada, se solucione de manera definitiva un conflicto intersubjetivo de intereses o se elimine una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

Si el derecho civil material es un sistema preordenado a resolver los conflictos intersubjetivos en su aspecto de fondo, el proceso deviene en un instrumento que debe posibilitar, de manera efectiva, tal finalidad. De nada nos serviría un ordenamiento jurídico material elaborado con sólidos fundamentos morales y académicos, si carecemos de un mecanismo procesal adecuado que lo vincule con las personas que padecen el conflicto concreto.

Sin perder de vista la autonomía del Derecho Procesal Civil como una rama jurídica más, debemos reconocer su carácter instrumental, que lo ubica como una herramienta importantísima y fundamental al servicio del objetivo “justicia” (“paz social con justicia”, como señala nuestra legislación)²⁸, destinada a realizarse en el caso de fondo o conflicto concreto; de allí que, en este aspecto, resulte vital la adecuada elección de la herramienta. Y, esto último se hará realidad sólo en la medida que aquella posibilite una justicia que -además de los otros calificativos que debe tener- sea oportuna, que debe procurar no sólo “dar a cada uno lo suyo” sino hacerlo “cuando corresponde”, es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables, ajustándose, de esta manera, a los requerimientos de “aceleración” que caracteriza a esta época globalizada en que vivimos y a lo impostergable de dar respuestas expeditas a las necesidades antes no experimentadas para evitar daños irreparables.

Existe, entonces, un proceder estatal, regulado por normas de orden público y orientado a proteger los derechos y garantías de las personas. En este aspecto, coexisten distintos planos de valores a compatibilizar: por un lado, el privado (sea individual o grupal), donde se reclama la dinamización del derecho de fondo (materia del conflicto) a través del proceso civil y, por el otro, el público o social, donde entra en juego la firmeza de las instituciones como exteriorización de seguridad jurídica. El común denominador de ambos planos de valores radica en que el proceso civil está orientado, fundamentalmente, a realizar en las personas (que son partes en él) la tutela efectiva que encarna la jurisdicción.

Actualmente en lugar de concebir el derecho de una manera unidimensional, limitada sólo a la determinación de la norma, se propone su concepción tridimensional, siendo la primera dimensión aquella que investiga las premisas, el problema o necesidad o reclamo social que una intervención jurídica dada pretende resolver; la segunda examina la

²⁸ “Al relacionar el tema (los fines del proceso), con las características del mundo en que vivimos, a cuya realidad nos debemos, aspecto éste último, ingrediente principalísimo de la Teoría Humanista del Derecho Procesal, parece oportuno y conveniente, clarificar o recordar, según como se miren las cosas, que el verdadero y último fin del proceso es realizar la justicia que permita restaurar la paz social alterada por el conflicto de intereses, a la que tiende, es verdad, mediante el reconocimiento o la efectivización de los derechos sustanciales, pero sin perder de vista que tal reconocimiento o efectivización nos deben llevar indefectiblemente a alcanzar, o por lo menos a tender si aquello no es posible, a la justicia que posibilita la paz social. En otras palabras, no basta el reconocimiento de los derechos sustanciales, si con ello no se logra la paz social” Parodi Remón, Carlos.- El Derecho procesal del futuro.- Lima.-Editorial San Marcos, 1996.- Pág. 168

respuesta o solución sobre el plano normativo, pero también institucional y procesal, orientada a resolver aquel problema o necesidad o reclamo social; mientras que la tercera se dirige a examinar críticamente los resultados, sobre el plano social lato sensu (económico, político, etcétera) que derivan concretamente de tal respuesta o solución en el ámbito de la sociedad. En otras palabras, debe ponerse énfasis en lo que según el análisis económico del derecho ha venido a denominarse los efectos económicos y sociales de las resoluciones judiciales.

En miras de lograr estos objetivos, nuestro Código Procesal Civil de 1993 representa un moderno y gran cambio procesal que sin duda alguna responde a una expectativa nacional.

CAPÍTULO 2: PROBLEMAS QUE PRETENDE RESOLVER EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Lorenzo Zolezzi Ibárcena ²⁹ sostiene que el C.P.C. debe ser apreciado a partir de la respuesta que da a cuatro grandes problemas que siempre se han planteado al proceso y al derecho procesal en general. El primero es el excesivo formalismo del proceso, la impredecibilidad de la decisión judicial, la lentitud del proceso y la falta de intermediación. Este autor sostiene que la normatividad del C.P.C. resuelve estos cuatro problemas.

Acorde con su modernidad y siguiendo a la mejor doctrina el C.P.C. recoge la clasificación del proceso civil según su función o finalidad, a saber:

- El proceso de cognición es aquel donde el órgano jurisdiccional debe declarar la existencia o inexistencia del derecho. Nuestro Código lo subdivide, atendiendo a los asuntos, plazos señalados para la realización de los actos procesales y a la simplificación de su estructura, en: conocimiento propiamente dicho (artículos 475° a 485°), abreviado (artículos 486° a 545°) y sumarísimo (artículos 546° a 607°).
- El proceso de ejecución es aquel de pretensión insatisfecha, donde ya existe una relación jurídica material y el órgano jurisdiccional sólo ordena su actuación, es decir, busca adecuar lo que es a lo que debe ser. En suma, estos procesos tienen por finalidad la ejecución del derecho preexistente a favor del accionante. En este caso, nuestro Código también lo subdivide, en razón del título que contiene la obligación, en: ejecutivo (artículos 693° a 712°), de ejecución de resoluciones judiciales (artículos 713° a 719°) y de ejecución de garantías (artículos 720° a 724°).
- El proceso cautelar es aquel que tiene como propósito asegurar una prueba o el cumplimiento de la decisión efectiva que se expida en otro proceso principal (que puede ser de conocimiento o ejecución), por el peligro que puede significar la demora del trámite de este proceso. Nuestro Código lo subdivide, atendiendo a su finalidad, en:

²⁹ Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. Crisis en el Proceso y Respuesta Legal. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. Industrial Gráfica, 1998. Tomo II. Págs. 615 a 621.

anticipada (artículo 618°), genérica (artículo 629°) y específicas (previstas en los artículos 642° a 687°, y que a su vez pueden ser: para futura ejecución forzada, temporales sobre el fondo, innovativas y de no innovar).

No obstante, a mas de nueve años de su entrada en vigencia es pertinente hacer una suerte de balance sobre la aplicación práctica del C.P.C. a fin de averiguar si se han logrado superar, por decirlo de alguna forma, los cuatro problemas antes referidos o algunos de ellos, o mejor, si solo con las herramientas actuales que prevé el Código se cubren de manera eficiente todas las pretensiones que puedan plantearse ante el órgano jurisdiccional.

Es inevitable que, en la realidad habitual, existan tiempos que deben transcurrir entre el planteamiento de los conflictos, que se materializan en las pretensiones ante los órganos jurisdiccionales, y la obtención de su satisfacción (tutela) por obra de las actividades procesales.

Sin embargo, en la actualidad, y como figura repetida no sólo en nuestro país sino también en los diversos países y realidades, tales tiempos que transcurren para alcanzar la “justicia” son de tal expansión que se convierten en intolerables para las personas que esperan la solución para sus conflictos por parte de los órganos jurisdiccionales.

Como muestra de la lentitud, costo y duración de los procesos en el Perú, en un documento de trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas denominado “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”³⁰, se señala que los procedimientos para la ejecución judicial de garantías son demasiado lentos y costosos, y que de acuerdo a la información proporcionada por la Superintendencia de Banca y Seguros estos procesos duran entre 18 y 36 meses en promedio,

Dicho dato referido a uno de los procesos que entendemos es de los más rápidos y contundentes que prevé el C.P.C., y que además es el único que tiene garantía extrajudicial preconstituida, nos devuelve a la realidad misma, y devuelve vigencia a viejos problemas mencionados: demasiada lentitud y costo, y excesiva duración del proceso.

Aún la solución justa, equitativa, que se dicte conforme a derecho, deja de ser tal cuando el tiempo que ha llevado su obtención determina la frustración de los intereses cuya solución le ha sido confiada a los órganos jurisdiccionales. La justicia lenta no es justicia propiamente dicha y la constante demora en obtener la solución jurisdiccional desemboca, indefectiblemente, en el descreimiento y deslegitimación ante las personas que pretenden tutela.

El proceso justo, sea de conocimiento o de ejecución, cargado de garantías imprescindibles, en este momento histórico ha dejado de serlo -si es que alguna vez lo fue- por imperio de las dilaciones indebidas de los plazos procesales que impiden la satisfacción y tutela de los requerimientos de las personas justiciables en tiempos racionales y tolerables, generando, mas bien, sensaciones de inseguridad, desamparo y sufrimiento humano.

³⁰ Documento publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de julio del 2001.

Por eso es que se tiene percepción y sensación (y, muchas veces, hasta la convicción) de que falta algo cuando se trata de pretensiones donde se requieren, ineludiblemente, respuestas inmediatas, ya sea por las particulares connotaciones de extrema urgencia del caso o conflicto, inminencia e irreparabilidad del daño, infungibilidad de los bienes amenazados, etc.

Téngase presente que lo que se pretende es conjurar el peligro del daño jurídico inminente o el agravamiento del mismo que crean una situación de extrema urgencia que el sistema de justicia debe tratar de evitar, pero que no se producirá como consecuencia de la duración normal del proceso, para lo cual bastaría con solicitar una medida cautelar. La urgencia y necesidad de respuesta inmediata, a que hacemos referencia, existen con independencia del proceso mismo, y la expectativa radica en que el único interés que le asiste a la persona que solicita tutela judicial es el de remover la justicia y punto, es decir que se satisfaga su pretensión sin que ello dependa de actividades posteriores.

En consecuencia, todas las pretensiones que revisten un carácter esencialmente urgente, o “muy urgente”, pero que, por ser autónomas y agotarse en si mismas con la solución inmediata, no necesitan del proceso de conocimiento ni de ejecución para la satisfacción del interés comprometido y tampoco tienen naturaleza cautelar, no encuentran una vía procesal a través de la cual instrumentarse.

En estos casos, donde es tan evidente la situación fáctica invocada y el riesgo de frustración del derecho si no se provee la tutela requerida, y ante la falta de mecanismos idóneos, los abogados obligatoriamente tienen que promover (“inventar”) un proceso principal, que a los justiciables no les interesa ni les sirve, para poder estar en condiciones de solicitar en los mismos “medidas cautelares” cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa. Después, el abogado se las arreglará e ingeniará para instaurar un proceso principal que se ve obligado a iniciar para evitar la pérdida, cancelación o caducidad de la medida obtenida, pero, de esta manera, habrá cumplido con el dogma en materia cautelar, que enfatiza que las medidas cautelares tienen como propósito garantizar la eficacia del resultado o el buen fin de otro proceso principal.

Sin duda, el tradicional sistema de justicia no siempre responde a las necesidades que nos plantea el mundo moderno. Así, en las VII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, celebradas en La Paloma en abril de 1995, se concluyó que ***“las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva, al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”***.³¹

Porque se advierten lagunas o vacíos jurídicos que son pasibles de corregir o llenar en la permanente búsqueda de un derecho mejor y de la justicia, es que la ciencia procesal tiene la obligación de dotar a la sociedad de los mecanismos procesales acordes a los tiempos modernos, los cuales son mucho más rápidos que en el pasado, y que sean idóneos para el logro de una justicia más eficiente, rápida, económica y segura;

³¹ Peyrano, Jorge. Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactorias. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes - Argentina del 06 al 08 de agosto de 1997. En “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio. Corrientes, 1997. T. I, pág. 510

de lo contrario, seremos víctimas de consecuencias imprevisibles.

TÍTULO IV. TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR

CAPÍTULO 1: FINALIDAD

Revisando en la doctrina la clasificación de los procesos judiciales se encuentra que se emplean diversos criterios para ello. Atendiendo al criterio de función o finalidad los procesos son de cognición, ejecución y cautelar, según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia.³²

No obstante, en doctrina aún se discute si el proceso cautelar es efectivamente un proceso o un procedimiento, sosteniéndose que no es proceso porque en el él no se resuelve ningún conflicto de intereses ni se elimina una incertidumbre jurídica, sino que sólo se garantiza el cumplimiento de una pretensión que corre en el proceso principal de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses. Independientemente de ese debate doctrinario, cuya importancia admitimos, lo cierto es que el Código nuestro regula el proceso cautelar conforme a la finalidad que le ha

³² A modo de referencia citamos a Fairen Guillén, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Barcelona. Librería Bosch, 1990. Págs.45 y 46.

asignado la doctrina comentada, decisión legal que por lo demás guía la actuación de todos los operadores jurídicos en esta materia³³. En efecto, la norma citada establece de modo claro que el destino y finalidad de toda medida cautelar, solicitada fuera o dentro de un proceso, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

CAPÍTULO 2: CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento viene a ser la forma de materializar o hacer tangible los actos que ha previsto la ley; es seguir paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo del procedimiento.

Para el logro de la finalidad cautelar y del valor eficacia, y como no puede ser de otra manera, el Código ha establecido a nuestro entender un procedimiento sencillo y simple cuyas principales características pasamos a comentar³⁴:

2.1. Es reservado

Significa que este procedimiento en ningún caso debe ser público, sino que exige discreción y prudencia. En efecto, si hacemos todo lo contrario, esto es si publicitamos la existencia de un pedido cautelar, lo único que lograremos es hacer inservible la institución procesal y empezar seguramente a elucubrar su desaparición o modificación so pretexto de su inoperancia³⁵.

Generalmente se piensa que únicamente es tarea de los Jueces, los auxiliares de

³³ Martel Chang, Rolando. El proceso cautelar-El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar-El procedimiento cautelar. En Orientaciones y Tendencias en el Proceso Cautelar y de Ejecución. Lima. Librería y Ediciones Jurídicas, 2002. Art. 608 CPC. "Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva". Artículo III: Fines del proceso e integración de la norma procesal: "el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".

³⁴ Martel Chang, Rolando. Ob. Cit.

³⁵ En los últimos meses, a propósito de peticiones cautelares vinculadas a una entidad bancaria intervenida y a una empresa de televisión, diversos medios de comunicación social nacionales, han informado sobre la existencia de peticiones cautelares no presentadas al Órgano Jurisdiccional, o recibidas por éste y no resueltas, o resueltas pero no ejecutadas. En todos los supuestos la parte "afectada" ha realizado una intensa defensa de sus derechos e intereses, tanto en el plano Judicial como en el extrajudicial, no obstante que el Artículo 637 del Código Procesal Civil señala que la participación del afectado es posterior a la ejecución de la medida.

Justicia y en todo caso del Poder Judicial ser celosos guardianes y garantes de esa reserva y que todo quiebre de ella es atribuible a dichos funcionarios, verdad que aún cuando puede llegar a ser cierta no es absoluta.

Nosotros creemos que igual responsabilidad tiene los justiciables, sus abogados y todo aquél que tenga un nivel de manejo o conocimiento de la petición cautelar alcanza a todos aquellos que participan de la elaboración de la solicitud, su presentación y tramitación interna dentro del Órgano Jurisdiccional, de quien toma la decisión y claro está de quienes intervienen en la ejecución.

Así las cosas, todos los que hemos mencionado tienen la obligación de guardar la reserva de la solicitud cautelar, pues en todo caso no se logrará la finalidad de la medida cautelar, y peor aún no se puede perjudicar el derecho del justiciable solicitante de la medida.

De esta forma, una vez recibida una petición cautelar por el órgano jurisdiccional, corresponde a éste tomar la decisión con estricta observancia de esta característica del procedimiento, decisión que debe adoptar en base a las exigencias que prevé el artículo 611° del texto procesal civil, es decir, comprobar, analizando lo expuesto en la solicitud y la prueba anexada a ella, si existe la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y la contracautela para su ejecución.

La reserva del procedimiento cautelar alcanza a todas sus etapas de desarrollo, calificación de la petición cautelar, dictado de la resolución y posterior ejecución, tanto así que la notificación al afectado ocurre recién después de ejecutada la medida concedida, según puede verificarse de lo reglado por el artículo 637° del Código Procesal Civil ³⁶.

2.2. Es inaudita et altera pars (sin oír a la parte contraria)

Esta característica del procedimiento cautelar significa que el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria, esto es sin notificarle de tal pedido, exigencia que resulta obvia para que no se frustre tato la finalidad de la medida cautelar como su eficacia. En efecto, si se procede de modo contrario, esto es si para tomar la decisión, en primer término se notifica del pedido al que va a resultar afectado con él, se pone en inminente peligro la finalidad de la medida cautelar, pues el emplazado podría poner a buen recaudo sus bienes y derechos, haciendo ilusorio el derecho del actor.

Mucho se discute y probablemente se seguirá discutiendo si esta característica es o no la que debe seguirse y mantenerse para nuestro procedimiento cautelar, argumentándose como razones principales de quienes participan de idea contraria a la

³⁶ 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".

del Código que se priva del derecho de defensa o de contradicción y que facilita la arbitrariedad de las decisiones.

En cuanto a la privación del derecho de defensa debe decidirse que el Código más que privación establece la restricción del derecho de contradicción, el mismo que es postergado para hacerse valer una vez ejecutada la medida. Los motivos para tal restricción obedecen a la finalidad misma de la medida cautelar, a la urgencia de tutelar derechos o situaciones jurídicas o de hecho, y a evitar que ocurran actos que luego impliquen que el derecho del peticionante se convierta en ilusorio, supuesto que por ejemplo sucede cuando el probable afectado se desprende de los bienes que servirían para asegurar el pago de un crédito.

En la práctica judicial actual se aprecia mínimamente que el afectado con una medida cautelar alegue la violación al derecho de contradicción, lo que a nuestro entender es así porque los operadores jurídicos han terminado por comprender la valía y utilidad de este instituto cautelar en el servicio de justicia. Normalmente, el afectado impugna la decisión tomada basándose en argumentos de forma o de fondo que no se habrían considerado al tomar la decisión.

En relación a las decisiones arbitrarias, generalmente se alude y menciona a los errores judiciales como su fundamento, y si bien ello es pasible de ocurrir, toda vez que la labor judicial como toda actividad humana no está exenta de errores, este argumento no puede ser valedero por sí mismo para neutralizar la posibilidad de contar con herramientas procesales idóneas que permitan brindar tutela rápida y oportuna. No está demás tener en cuenta que el dictado de una decisión cautelar favorable al peticionante requiere que el Juez compruebe, teniendo en cuenta los fundamentos de la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella, la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, exigencias legales que precisamente buscan evitar decisiones arbitrarias.

2.3. Es rápido

Toda petición cautelar presupone urgencia. El tiempo es un elemento fundamentado en este contexto, razón por la cual el justiciable requiere del órgano jurisdiccional su actuación aquí y ahora, no después, pues puede ser demasiado tarde.

Así, ante una petición cautelar la decisión puede ser tomada inmediatamente, y ejecutada con igual rapidez, sin que ello deba entenderse como interés inusitado del Juez para resolver. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, claro está verificando la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y de la contracautela para su ejecución. Lo urgente no implica prescindir de la calificación de la petición cautelar, pero exige actuar rápidamente, pues de otra manera podrían verse afectados la eficacia y la finalidad de la medida.

La actuación displicente del Juez ante un pedido cautelar puede importar desprotección y falta de tutela judicial efectiva, asuntos que son contrarios a la finalidad del proceso cautelar.

2.4. Es autónomo:

Mucho se discute en doctrina acerca de este tema. El artículo 635° del Código Procesal Civil establece que todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma un cuaderno especial.

Algunos defensores de su autonomía señalan que ella debe entenderse en el plano teológico y en el procesal, mientras que otros la admiten sólo en el primero, señalando que en el segundo no hay duda alguna sobre su instrumentalidad, toda vez que sirve a otro proceso principal donde se discute la pretensión principal.

En otras palabras, si se analiza el proceso cautelar desde el ámbito legal y procedimental no hay duda que es instrumental y por ende carente de autonomía; sin embargo si se revisa esta autonomía desde el ámbito de su finalidad encontramos que ella sí existe, pues el proceso persigue resolver un conflicto o incertidumbre jurídica (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil) en tanto que el proceso cautelar persigue asegurar que lo resuelto en aquel proceso principal se cumpla.

2.5. La resolución cautelar y su ejecución

Independientemente del amparo o rechazo de la petición cautelar, la resolución pone fin al procedimiento cautelar.

Ante un pedido cautelar el Juez puede decidir por su amparo o rechazo, mas en ningún caso estaremos frente a un supuesto de cosa juzgada, debido a que la decisión cautelar concesoria de la medida solicitada puede ser variada o modificada e incluso dejada sin efecto en cualquier momento posterior, y en el caso de la petición denegada puede ser intentada nuevamente, tantas veces como lo estime pertinente el justiciable que quiere acceder a la medida.

Para amparar o rechazar una petición cautelar es necesario que el Juez evalúe la concurrencia de los presupuestos que prevé el artículo 611° del Código Procesal Civil tanto para su concesión como para su ejecución.

Además, sobre todo en los casos de peticiones cautelares fuera de proceso, el Juez no sólo cuida de las exigencias del artículo 611° sino también del cumplimiento de las condiciones de la acción y los presupuestos procesales de forma que deben ser satisfechos por el demandante, ello por razones obvias, bastando como ejemplo, que si el peticionante no tiene legitimidad activa no obtendrá respuesta favorable a su petición.

Debe señalarse en este tema que la resolución cautelar puede afectar bienes y derechos del obligado o de un tercero, conforme se verifica de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 611° y 623° del Código Procesal Civil. En el caso del tercero es pertinente considerar que el artículo 623° señala que se puede afectar sus bienes o derechos cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda.

Una interpretación de esta última exigencia, daría a entender que en peticiones

cautelares fuera de proceso no sería factible afectar bien de tercero, pues faltaría la citación con la demanda. Pero, cuando la petición es dentro de proceso, para afectar el bien de tercero debe verificarse si ha sido o no citado con la demanda.

En cuanto a la ejecución de la medida debe observarse las reglas que establecen los artículos 638° (ejecución por terceros - funcionario público - y auxilio policial) y 641° del Código Procesal, las mismas que son concordantes con el poder coercitivo de la jurisdicción.

La reciente Ley N° 27723 publicada el 13 de mayo de 2002 ha modificado el artículo 623° del Código Procesal Civil, cuyo segundo párrafo ahora establece que tanto el deudor como el tercero ajeno a la relación obligacional pueden oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40° del Código Civil. Añade esta norma que dicha oposición surte efecto aun en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del Juez y/o auxiliar jurisdiccional.

La formalidad que debe cumplirse para que la oposición surta efecto es la remisión al acreedor, por parte del deudor o del tercero ajeno a la relación obligacional, de una comunicación indubitable, conforme lo señala el artículo 40° del Código Civil, que también ha sido modificado por la Ley N° 27723.

Lo anotado representa una nueva regla a observarse en la ejecución de la resolución cautelar que concede una medida, la misma que por efecto de la citada oposición haría inejecutable dicha resolución.

2.6. Impugnación

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

El artículo 637° del Código establece que 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:

En consecuencia, si la petición cautelar recibe amparo judicial la apelación es sin efecto suspensivo, lo que significa que la resolución impugnada conserva su eficacia en tanto no haya decisión en contrario que provenga de la instancia superior.

En cambio, cuando se deniega la medida cautelar y el peticionante formula apelación, ésta será concedida con efecto suspensivo, conforme a lo establecido en el artículo 371° del Código, habida cuenta que con tal decisión (resolución) el proceso cautelar concluye.

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 proceso.

CAPÍTULO 3.: PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN Y EJECUCIÓN

La doctrina ha establecido de manera uniforme cuales son los presupuestos fundamentales que deben satisfacerse en aras de lograr la concesión y ejecución de la medida cautelar. De esta manera ha quedado establecido que para la concesión se requieren la verosimilitud y el peligro en la demora, en tanto que para su ejecución se requiere la caución o garantía.

3.1. Verosimilitud o apariencia del derecho invocado

Este presupuesto implica la realización de un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante en relación al derecho que invoca en el proceso principal.

A decir de Monroy Palacios ³⁷ la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible.

Es claro entonces que la verosimilitud, llamada también *fumus boni iuris*, no exige comprobación de certeza, sino solamente de humo de derecho, esto es de probabilidad.

El accionante debe persuadir al Juez de la verosimilitud de su derecho con los hechos expuestos en la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella, tal como lo preceptúa el artículo 611° del C.P.C. peruano.

3.2. Peligro en la demora

Respecto a este presupuesto nuestro C.P.C. en su artículo 611° ha considerado que la sola duración del proceso importa peligro en la demora. Ello obedece a que el tiempo de duración del proceso principal puede hacer ineficaz el derecho del accionante.

El peligro en la demora o *periculum in mora* puede derivar no solo de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos o actos de mala fe del emplazado que dificulten o impidan la realización y cumplimiento de la pretensión del actor.

Calamandrei ³⁸ ***“distinguía 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, mientras que el segundo está referido a la “aceleración”, en vía provisoria, de la satisfacción del derecho. pues el periculum in mora estaría***

³⁷ Monroy Palacios, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima. Comunidad, 2002. Pág. 173.

³⁸ Citado por Monroy Palacios, Juan José. Ob. Cit. Pág. 177.

constituido por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito. Aquí la providencia provisoria recae directamente sobre la relación sustancial controvertida”.

Siguiendo esta distinción podemos verificar que en el primer caso se trata de asegurar la eficacia de la decisión final, mientras que en el segundo caso se trata de adelantar los efectos de la futura sentencia. Ejemplo del primero sería el embargo sobre los bienes del obligado a fin de asegurar el pago que debe ordenarse en la sentencia, y ejemplo del segundo sería la asignación anticipada de alimentos o la ministración provisional de la posesión.

La tesis de Clamandrei no es compartida por Monroy Palacios ³⁹, 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. Este último, prefiere hablar de medidas cautelares no coincidentes para referirse a aquellas que aseguran la eficacia de la sentencia y de medidas coincidentes para referirse a aquellas que adelantan lo que se decidirá en la futura sentencia.

3.3. Contracautela

Este presupuesto no debe evaluarse para los efectos de concederse la medida, sino para su ejecución. Así fluye nítidamente de lo previsto en el primer párrafo del artículo 613º del C.P.C. ⁴⁰, lo que además es coincidente con lo que sostiene la doctrina en este aspecto.

Conforme al Código Procesal la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, comprendiéndose en este último caso a la caución juratoria.

En definitiva, la contracautela no es otra cosa que la garantía que otorga el solicitante de una medida cautelar para garantizar lo eventuales daños que pudiera ocasionarse al afectado con la ejecución de la medida.

Es necesario advertir que en sede nacional, es finalmente el Juez quien decide en cuanto a la naturaleza y monto de la contracautela, pues no está obligado a aceptar la que ofrece el peticionante, pudiendo en su caso, graduarla, modificarla o sustituirla por la que estime pertinente, conforme se verifica de lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 613º ⁴¹.

³⁹ Monroy Palacios, Juan José. Ob. Cit. Pág. 185

⁴⁰ Art. 613 CPC. “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.....”.

⁴¹ Art. 613. “...La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente.....”

CAPÍTULO 4.: CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

En este tema nuestro enfoque se circunscribe a las características expresamente establecidas por el Código Procesal Civil en su artículo 612º, donde se consigna que ella es provisoria, instrumental y variable.

4.1. Provisoria

Monroy Gálvez ⁴² sostiene que ***“esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entenderemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este sentido, el vocablo provisorio incluye lo temporal, precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las características de una cláusula rebus sic stantibus, dado que en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero, no solo es temporal, sino que además la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varíe su estado”***.

A su turno, Silvia Barona Vilar ⁴³ afirma que las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

Conforme a lo anotado, la provisoriedad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal. Así, si el proceso principal es exitoso y se obtiene sentencia favorable con la calidad de cosa juzgada, la cautelar se consolida y se refunde en la sentencia misma; en cambio si el resultado es negativo por decisión judicial sobre el fondo o aun cuando no lo sea sobre él, no cabe duda que desaparecerá. ⁴⁴

⁴² Monroy Gálvez, Juan. Temas de Proceso Civil. Lima. Librería Studium, 1987. Pág. 36.

⁴³ Barona Vilar, Silvia, y otros. El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000). Valencia. Tirant Lo Blanch, 2000. Pág. 740.

⁴⁴ Los artículos 321 y 322 del CPC peruano regulan las formas de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo y con declaración sobre él. A tales supuestos puede agregarse otros que prevé el propio Código, como por ejemplo la conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas.

4.2. Instrumental

Acorde con la función y finalidad que le asigna la doctrina al proceso cautelar, y que es recogida por nuestro Código Procesal Civil, otra de sus características es la instrumentalidad, dado que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.

Piero Clamandrei, citado por Monroy Palacios, Juan José ⁴⁵ explica que ***“La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento”***.

Coincidiendo con la opinión anterior, Mauricio Ottolenghi ⁴⁶, explica la instrumentalidad así: ***“Con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta”***.

En consecuencia, en virtud de esta característica toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o de ejecución.

4.3. Variable

Con esta característica queda establecida que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, supuestos que por lo demás son considerados por el Código Procesal Civil en el artículo 617^o ⁴⁷. Nótese que en todos los casos será el Juez quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela

⁴⁵ Monroy Palacios, Juan José. Bases para la Formación de Una Teoría Cautelar. Lima. Comunidad, 2002. Pág. 151.

⁴⁶ Citado por Monroy Gálvez, Juan. En Temas de Proceso Civil. Lima. Librería Studium, 1987. Pág 37.

⁴⁷ Art. 617 del Código Procesal Civil: “A pedido del Titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo”.

que la ley procesal confiere a éste, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar, y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.

Las medidas cautelares pueden entonces no solo ser modificadas, sino también suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, lo que ocurre cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su obtención o concesión. De esta manera si el beneficiario de la medida cautelar no logra a través del proceso principal acreditar su derecho, es obvio que la medida puede ser suprimida y desaparecer; al contrario, si logra demostrar ese derecho, podría obtener incluso medidas cautelares adicionales que aseguren mejor ese derecho.

TÍTULO V. PROCESOS URGENTES

CAPÍTULO 1: CONCEPTO

Desde el punto de vista clásico o tradicional, los denominados “procesos urgentes” se referían, únicamente, a las medidas cautelares que se dictaban en el marco de un proceso principal. Actualmente se afirma que los procesos urgentes no se agotan con las medidas cautelares, siendo su campo de acción mucho más amplio porque también lo “urgente” está presente en ciertas pretensiones que recaen directamente sobre aspectos sustanciales o de fondo.

En el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fé, 1995) se declaró que la categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias ⁴⁸.

En el X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe (Argentina), realizado en el mes de agosto de 1996, se expresó que ***“el proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas***

⁴⁸ Vargas, Abraham Luis. Teoría General de los Procesos Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 113.

jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el hábeas corpus, etcétera”⁴⁹.

Por tanto, sería conveniente y necesario legislar sobre el proceso urgente como categoría autónoma y diferenciada, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional, donde el factor “tiempo” posee especiales resonancias. Así, dentro de lo urgente es posible incluir diversas especies, como⁵⁰:

- Cautelares clásicas
- Decisiones anticipatorias
- Autosatisfactivas
- Acciones de amparo
- Hábeas corpus
- Hábeas data
- Acciones de cumplimiento
- Etcétera, sin que nos atrevamos a establecer un *numerus clausus*, pues existe una actitud expectante ante nuevas formulaciones.

Adoptando, entonces, el concepto de “proceso urgente” en sentido amplio, este se puede obtener:

- En forma provisoria, siendo necesario que se tramite otro proceso principal al cual se encontrará subordinado. Es el caso de la clásica medida cautelar y de la tutela anticipatoria.
- En forma definitiva, que se agota en si mismo, no requiriendo otro proceso al cual subordinarse. Es el caso de la medida autosatisfactiva.

A su vez, la forma definitiva se puede alcanzar a través de:

- Una resolución dictada con bilateralidad previa, donde la parte emplazada ejerce su derecho de defensa antes de que el órgano jurisdiccional emita su decisión definitiva.
- Una resolución dictada sin bilateralidad previa, donde se desplaza transitoriamente la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa por parte de la persona emplazada para después de la decisión del órgano jurisdiccional.

⁴⁹ Vargas, Abraham Luis. Ob Cit. Pág. 113.

⁵⁰ Cecchini, Francesco Carlos. La Constitución Emplaza a la creación de Nuevos Instrumentos Procesales. Tutelas Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 199.

CAPÍTULO 2: CLASES

La doctrina es coincidente en señalar que la expresión proceso urgente alude al género, y que reconoce las siguientes especies ⁵¹ :

- La tutela cautelar clásica.
- La tutela anticipatoria, y;
- La tutela satisfactiva autónoma.

2.1. Tutela cautelar clásica

Son conocidos como presupuestos para la obtención de las medidas cautelares la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, exigiéndose la contracautela como requisito para la ejecución de las mismas.

La alteración o falta de efectividad de las medidas cautelares se presenta cuando los justiciables se ven obligados a instaurar procesos principales para poder estar en condiciones de solicitar en los mismos pedidos cautelares cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa. Así las cosas, es obvio que dichos procesos principales instaurados forzosamente por imperio de la ley, o son liminarmente abandonados o se impulsan al sólo efecto de evitar la pérdida, caducidad o cancelación de la medida cautelar obtenida.

La doctrina coincide y destaca como aspectos saltantes de las medidas cautelares, las siguientes:

- **Se ordenan sin oír previamente a la parte contraria (inaudita et altera pars).** El Juez toma su decisión en base a los hechos que afirma el solicitante y a las pruebas que para acreditarlos aporta con su petición. Por tal razón, y con la finalidad de preservar la igualdad de las partes litigantes, se exige que el peticionante ofrezca y otorgue una contracautela para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pudiese causar a su contraria por haber obtenido la medida abusando o excediéndose del derecho que la ley le otorga. Las medidas cautelares pueden obtenerse fuera de proceso o dentro de él. Si fueron ordenadas y hechas efectivas antes del proceso principal y se trata de obligaciones exigibles, la demanda debe interponerse dentro del plazo de diez días a contar desde su ejecución, pues en caso contrario se produce la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares ⁵² .

- **Son provisionales.** La medida obtenida puede ser modificada o dejada sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en

⁵¹ Carrizo P., Andrea y Lovagnini, Mariel A.K. Procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho administrativo. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág.629.

cuenta al decretarla. A la inversa, la denegatoria no impide que sea concedida posteriormente si varían los hechos o se completan los requisitos para su procedencia. Para reiterarla o requerir su modificación o cesación debe justificarse que ha variado la situación de hecho existente en el momento en que fue denegada o dispuesta, pero el pedido no puede fundarse en el error inicial de la decisión pues en tal caso el peticionario debió recurrirla en el momento oportuno; y,

- **Son accesorias.** Porque no tienen un fin en si misma, sino que son procesos sirvientes del proceso principal. De ahí que se sostiene que son instrumentos del instrumento.

2.2. Tutela anticipatoria

La experiencia histórica y también las estadísticas de campo efectuadas determinaron que en algunas latitudes se hayan implementando mecanismos procedimentales que permiten al Juez adoptar una decisión “anticipada”, sea definitiva, o provisional sobre el mérito de la litis.

Son casos “evidentes” en cuanto al grado de convicción emergente de los hechos constitutivos y fundamentalmente de la prueba aportada.

Esa evidencia y convicción también aparece cuando se está en presencia de una falta de contestación seria o de maniobras de orden malicioso o temerario por parte del contradictor de la acción interpuesta.

Es que con esa conducta se afecta no sólo el interés privado del actor, sino, fundamentalmente, el interés público de la administración de justicia, que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuales debe servir. Aquí es cuando surge como respuesta inevitable lo que la doctrina llama el fenómeno de la “tutela anticipada” que, entre otros mecanismos, se nutre de las “sentencias anticipadas”.

Al respecto, las objeciones constitucionales son salvadas por la elocuencia de Morello quien opina que: ***“Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior, ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos tiempos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después (...) Si el demandado viene “chicaneando” y levanta - sin razón- un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a la que el actor tiene derecho, según lo que ya está demostrado en los autos, ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? Ninguna”***⁵³.

⁵² Art. 636 CPC: “Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”.

El Juez debe atender esencialmente a la naturaleza de la relación sustancial que pretende cautelarse con la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación, la realidad del daño que la negativa o rechazo de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño, y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Como podemos advertir entonces, la tutela anticipada es una tutela diferenciada de urgencia que en base en una cognición sumaria y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material.

La anticipación es una de las técnicas utilizadas por el legislador para solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional.

Ahora bien, la anticipación no es sólo “cronológica” -de un hecho en relación a otro- pues, si así fuese, cualquier decisión jurisdiccional pronunciada en el curso del proceso sería anticipatoria de la decisión final.

Cuando el juez concede la anticipación de tutela, lo que en realidad hace es expedirse “en todo o en parte sobre la misma materia que será o sería objeto de la sentencia final”.

Entendemos que nuestro Código Procesal Civil ha dado cabida a este tipo de tutela, al regular de manera expresa las denominadas medidas temporales sobre el fondo, y señalando los casos, aun cuando no creemos que sea *numerus clausus*, en que dicha medida puede prosperar⁵⁴.

2.3. Tutela satisfactiva autónoma

Peyrano⁵⁵ indica que la medida autosatisfactiva ***“es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”***.

Las medidas autosatisfactivas son verdaderos procesos principales y urgentes que resuelven de modo definitivo conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, no siendo

⁵³ Citado por Vargas, Abraham Luis. Ob Cit. Pág. 87.

⁵⁴ Art. 674 CPC. “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de ésta”.

⁵⁵ Citado por Vargas, Abraham Luis. Teoría General de los Procesos Urgentes. Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 89.

por tanto provisorias ni accesorias de otro proceso.

TÍTULO VI. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

CAPÍTULO 1: EL VALOR EFICACIA

Es por todos conocido que el Derecho busca a través del proceso la realización del valor justicia como máxima aspiración.

Sin embargo, en el desarrollo del proceso concurren otros valores que son necesarios para intentar alcanzar ese ideal de justicia, entre los que encontramos al valor eficacia. Este valor constituye hoy en día un eje fundamental del desarrollo de toda actividad humana, pues el mundo actual está gobernado por la globalización, la reingeniería y otros avances científicos y tecnológicos⁵⁶. El Derecho y el proceso judicial no pueden ni deben ser extraños a este marco de desarrollo de la humanidad, lo que motiva la dación, modificación o cambio de textos procesales. Los modernos Códigos

⁵⁶ El imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones jurídicas, capaces de abastecer el valor “eficacia” para que así resulte en definitiva eficazmente surtido el valor “justicia”. PEYRANO, JORGE W. “La Performatividad en el Proceso Contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. En Análisis del Código Procesal Civil. Lima. Editores Cultural Cuzco S.A., 1994.

Procesales como el nuestro asignan a los procesos judiciales no sólo las finalidades concreta de resolver los conflictos o eliminar una incertidumbre jurídica, y abstracta de lograr la paz social en justicia, sino que además proveen de herramientas procesales que tiene por objeto contribuir de manera eficaz a ello. No obstante en éste último aspecto, nuestro CPC es insuficiente, pues la doctrina procesal moderna está aportando otras herramientas (medida autosatisfactiva) para lograr el valor eficacia, y con él la justicia pronta y oportuna.

La eficacia debe entenderse como aquella respuesta oportuna y adecuada que el órgano jurisdiccional debe dar al justiciable ante la formulación de una pretensión, permitiéndole, en el supuesto de ampararse ésta, que el derecho del justiciable sea preservado.

La medida autosatisfactiva es coherente con dicho valor, pues dada la urgencia del pedido debe haber posibilidad de actuar en sintonía con esta urgencia. Además, la actuación rápida, oportuna y adecuada del órgano jurisdiccional favorece su legitimación social y hace confiable al servicio de justicia, provocándose el efecto adverso cuando se actúa de manera contraria.

Creemos que el valor Eficacia es connatural a la medida autosatisfactiva bastando revisar lo que la doctrina le asigna como concepto y características.

Los desarrollos de la ley procesal aparecen conectados estrechamente con los cambios culturales, sociales, económicos y políticos de los pueblos, y su dinámica estriba en una permanente búsqueda de eficacia sin sacrificio de la justicia, es decir en un marco tutelar de las libertades y dignidad del hombre. Mauro Cappeletti citado por Angela Ester Ledesma ⁵⁷ enseña que ***“la eficacia no es de ninguna manera un criterio del procesalismo técnico, mecánico, de carácter puramente utilitario, moral o políticamente natural. Mas aún, este es un elemento sine qua non para un progreso futuro, en realidad para la importante supervivencia de la aspiración política y moral de una equidad, libertad y dignidad efectiva”***.

CAPÍTULO 2: CONCEPTO Y NOMEN IURIS

Dice Jorge Peyrano, principal difusor de estas medidas a través del Ateneo de Estudios del Proceso Civil (Argentina), que las medidas autosatisfactivas ***“son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover `vías de hecho`, sin tener que***

⁵⁷ Ledesma, Angela Ester. Enseñanza del Derecho Procesal. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio”. Tomo 1. Corrientes, 1997. Pág. 168.

recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables⁵⁸.

Asimismo, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina⁵⁹ (realizado en Corrientes, en el mes de agosto de 1997) se declaró que “resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una ***“solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas”***.”

Resumiendo, podemos manifestar que las medidas autosatisfactivas constituyen requerimientos urgentes (pues buscan una acertada aplicación del principio de celeridad procesal) formulados por los justiciables ante el órgano jurisdiccional con el propósito de que éste provea, con carácter expeditivo, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan acarrear un daño inminente e irreparable, no siendo necesaria la instauración de otro proceso.

La causa próxima o inmediata más importante del nacimiento de las medidas autosatisfactivas ha sido la referida percepción de los justiciables y sus abogados de que “algo faltaba” en el abanico de atribuciones judiciales que permitiese lograr la satisfacción plena y efectiva (sustantiva y autónoma) de ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones adecuadas en las medidas cautelares tradicionales que consagran las legislaciones.

Mientras que su causa mediata radica en la necesidad humana básica de contar con herramientas o mecanismos procesales verdaderamente nuevos (una tutela diferenciada urgente) para dar respuestas jurisdiccionales eficientes a desafíos que no existían cuando se estructuraron las antiguas⁶⁰.

En lugar de tergiversar, distorsionar o desfigurar a la teoría cautelar clásica, es

⁵⁸ Peyrano, Jorge.- Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio”. Tomo 1. Corrientes, 1997. Pág. 497.

⁵⁹ Peyrano, Jorge W. La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 24.

preferible su preservación y coexistencia con un nuevo mecanismo procesal pensando para dar respuestas eficaces y expeditas a ciertas situaciones de urgencia que no reclaman, por sí mismas, o porque no les interesa a los afectados, la instauración de acciones principales posteriores que se tramiten en un nuevo proceso.

En cuanto al nomen iuris, inicialmente, Morello ⁶¹ utilizó la expresión de ***“proceso preliminar preventivo”*** con el propósito de identificar a una herramienta ***“que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía que se agota en si misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso”***.

Luego, diversos autores han acuñado denominaciones como: medidas autosatisfactivas (Peyrano), proceso urgente no cautelar (Andorno), cautela material (De Lázari, Morello), tutela civil inhibitoria (Lorenzetti), tutela anticipatoria (Berizonce), tutela inhibitoria (Nicolau), cautelar autónoma (Agustín), cautela satisfactiva (Morello), de satisfacción inmediata, y tutela diferenciada ⁶².

Peyrano ⁶³ ***“considera que es mas adecuada la denominación de medida autosatisfactiva por proceso urgente, en primer lugar porque denota mas cabalmente que el núcleo central consiste en que el justiciable obtiene ya mismo la satisfacción de su pretensión y sin que ello dependa de actividades ulteriores; en segundo lugar porque la locución proceso urgente es más global y abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especiales resonancias. Así, el proceso urgente alude al proceso cautelar clásico, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria”***.

Monroy Palacios ⁶⁴ ***“expresa su discrepancia con el término medida autosatisfactiva, pues la satisfacción es una característica propia de todo proceso judicial en el cual se realice un pronunciamiento sobre el fondo, donde resulta indistinto que se dé o no la razón al justiciable. En esta medida, añade, “autosatisfacción” da la idea de que un sujeto de derecho se está valiendo de sí mismo para lograr una satisfacción, una composición de la litis, lo cual, en la actualidad, se encuentra proscrito, salvo excepciones justificadas. Considera que***

⁶⁰ Peyrano, Jorge W. Ob.Cit. Pág.21.

⁶¹ Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A. Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos. La Plata. Platense, 1986.

⁶² Galdós, Jorge Mario. El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 66 a 72.

⁶³ Peyrano, Jorge. Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio. Tomo 1. Corrientes, 1997. Pág. 497.

⁶⁴ Monroy Palacios. Juan José. Ob Cit. Pág. 278

la mejor forma de nombrar este mecanismo es señalando precisamente lo que es: un proceso que posee una característica esencial, cual es, la urgencia. Concluye, que en consecuencia, salvo mejor parecer, la denominación más adecuada es aquella que describe las cosas tal cual son: proceso urgente. Así, la medida autosatisfactiva sería, por tanto, el proceso urgente por antonomasia”.

No obstante, por primera vez una ley argentina ha incorporado expresamente el nomen iuris de medida autosatisfactiva, para denominar correctamente a una serie de situaciones urgentes no cautelares que disciplina. Se trata del artículo 5 de la ley 11.529 dictada por la Provincia de Santa Fé en materia de protección contra la violencia familiar, la misma que permite al Juez interviniente a ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo, en su caso, la residencia en lugares adecuados a los fines de su control; prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar; disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal⁶⁵.

Jorge Mario Galdós⁶⁶ sostiene que de esta multiplicidad de designaciones, por razones prácticas de su divulgación en el quehacer jurídico, la locución medidas autosatisfactivas contiene una descripción más concreta y precisa, connota las propiedades del instituto; la pretensión se agota en sí misma (por ello la referencia a autosatisfactivas), es decir se autoabastece, con prescindencia de otro proceso principal.

Este mismo autor, añade que sería más asertiva la nomenclatura proceso autosatisfactivo, para diferenciarlo total y categóricamente de las medidas cautelares clásicas, y con ello evitar confusiones al prescindir de la expresión medida, que se ha consolidado en su versión clásica cautelar como dependiente y subordinada a otro juicio.

Acorde con las características del instituto en estudio, nosotros adherimos a la conveniencia de denominarla Proceso Autosatisfactivo, no solo por las razones expuestas por Jorge Galdós, sino esencialmente porque en dicho proceso se resolverá un conflicto de intereses o se eliminará una incertidumbre jurídica, de manera definitiva, y siendo así debemos guardar coherencia con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que consagra las finalidades concreta y abstracta del proceso judicial. De esta forma su autonomía y calidad de proceso principal estarían plenamente clarificados, lo que no ocurriría si se adoptara la denominación de medida, término que entre nosotros está asociado por operadores jurídicos y justiciables a la medida cautelar, y con ello aparecerá por confusión su calidad de accesorio e instrumental.

⁶⁵ Peyrano, Jorge W. La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 24.

⁶⁶ Galdós, Jorge Mario. Ob Cit. Pág. 69.

CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA

A la luz de la historia, encontramos mecanismos procesales similares a las medidas autosatisfactivas en algunos sistemas legales, como, por ejemplo: el italiano, francés, norteamericano y el brasileiro; que tienen como rasgo común el hecho de que las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional pueden tener una rápida o inmediata respuesta.

3.1. Italia

- Los interdictos romanos

Son considerados la fuente histórica de los “procesos urgentes”. Tenían un procedimiento donde el órgano jurisdiccional, si bien despachaba inaudita et altera pars, previo a expedir su decisión se “nutría” de los elementos probatorios indispensables.

En las Institutas de Gayo⁶⁷ se da una somera explicación sobre la forma cómo se aplicaba el procedimiento interdictal: frente al pedido de alguien que reclamaba el inmediato amparo de un derecho subjetivo o de una simple situación de hecho, sin que fuera indispensable la presencia de aquel contra quien había de dirigirse la orden, ni que ésta fuera expedida en día fasto, el magistrado investigaba en forma sumaria si concurrían, en ese caso, los requisitos exigidos para que se acordara el interdicto y, luego, si se arribaba a un resultado positivo, expedía el pertinente decreto que contenía la orden o prohibición solicitada según la fórmula contenida en el Edicto o creada para el caso específico.

En los interdictos el primer acto del magistrado es de imperium y, después, sobre la base de ese acto, se desarrolla un procedimiento que se reduce siempre a la obediencia o desobediencia de la orden emanada del magistrado, que es obligatoria para las partes en virtud del imperium. Es una orden condicionada: si hay determinada relación, si se dan tales circunstancias, el pretor ordena que se haga algo o prohíbe determinados actos.

En el procedimiento reivindicatorio de la posesión del Derecho Romano, un ejemplo que grafica los interdictos es aquél que permitía al pretor conceder los vindicia a una de las partes, es decir le asignaba la posesión mientras duraba el proceso. Esta medida concedía sólo las ventajas de la posesión de hecho, es decir, el goce de la cosa, o bien concedía además las ventajas jurídicas, es decir lo eximía del peso de la prueba.

- El proveimiento de urgencia

Quien tiene fundados motivos para considerar que sufrirá un daño inminente o irreparable durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por la vía del

⁶⁷ Vargas, Abraham Luis. Ob Cit. Pág. 93.

proceso ordinario, puede solicitar, mediante escrito dirigido al juez, las providencias de urgencia que, según las circunstancias, sean las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de mérito.

El pretor es quien decide si habrá contradictorio anticipado, según estime que haya motivos de especial urgencia.

Si bien, inicialmente, el proveimiento de urgencia consagraba una tutela de tipo eminentemente cautelar; mediante la reforma procesal introducida por la ley 353/90 se prevé la admisibilidad de dos proveimientos específicos que actúan a modo de tutela “anticipatoria”, siempre que existan elementos probatorios que consistan en prueba escrita.

Se trata de los siguientes proveimientos específicos ⁶⁸ :

- La ordenanza por el pago de suma no contestada (con antecedente en el proceso laboral, que puede disponer el Juez hasta el momento final de la fase instructoria para ordenar el pago ejecutivo de las sumas no contradichas por las partes constituídas - no contumaces -); y,
- La ordenanza de “ingiunzione” a favor del acreedor de una suma de dinero o de una cantidad determinada de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, que puede ser declarada provisoriamente ejecutiva cuando el crédito está fundado en títulos de particular valor -letras de cambio, cheques-, o si existe peligro de grave perjuicio en la demora, o aún cuando la parte constituida resistió la demanda, pero su defensa no está fundada en pruebas escritas o de pronta comprobación.

En ambos supuestos se requiere que el derecho consista en prueba escrita.

3.2. Francia

- Los procesos de “référé”

Tiene su origen en la jurisprudencia del siglo XVII, concretamente en las decisiones del Chatelet de París. Se considera que su acta de nacimiento es el Edicto para la Administración de Justicia de Chatelet (22-1-1685), que dedicaba los artículos 6, 7 y 9 a su reglamentación.

Luego, el Código Procesal Civil de 1806 lo reguló en sus artículos 806° a 811° como un proceso excepcional, con una definición y delimitación muy estrictas: de la competencia exclusiva del Presidente del Tribunal Civil.

Será recién en el siglo XX cuando otros magistrados, además del Tribunal Civil, se verán investidos con la jurisdicción del référé.

La resolución del proceso de référé supone una decisión judicial provisional expedida a instancias del demandante, y previo emplazamiento al demandado para que ejerza su derecho de defensa, en aquellos supuestos en los que la ley otorga a un Juez al que no

⁶⁸ Vargas, Abraham Luis. Ob Cit. Pág. 97.

se ha sometido la cuestión principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas que sean necesarias. Dado su carácter provisional, se prohíbe al Juez adoptar medidas que impliquen la decisión definitiva del fondo del asunto, y -en particular- condenar al pago de una suma de dinero (con la excepción del référé provisión), decidir la rescisión de un contrato de arrendamiento o declarar nulo un acto que considere manifiestamente ilícito. En tal caso tendría que limitarse a paralizar los efectos de dicho acto.

En este tipo de procesos es necesario el emplazamiento al demandado, quien debe disponer de un tiempo suficiente para su defensa, permitiéndose, si la urgencia del caso lo amerita, que la audiencia se celebre incluso en días festivos.

Por lo demás, la decisión adoptada debe ejecutarse, gozando el Juez para estos efectos del poder que le confiere el Código Procesal Civil.

- Las ordonnances sur requête

Son medidas provisionales que, a diferencia de los procesos de référé, se adoptan inaudita pars cuando se presentan los siguientes requisitos: que haya urgencia en adoptar las medidas y que las circunstancias exijan hacerlo sin dar audiencia al demandado.

En la práctica, es el propio demandante quien prepara, como nota al pie de su demanda, el texto de una resolución motivada que el Juez suele limitarse a firmar si le parece fundada y pertinente.

Están excluidas de ser amparadas por estas medidas, aquellas circunstancias que sean irreversibles o atenten contra los derechos aparentes de la parte contraria y, en particular, las condenas de pago de dinero.

Son ejemplos comunes de este tipo de ordonnances las autorizaciones de constatación, sobre todo en caso de adulterio a efectos de causa de separación, las visitas domiciliarias y la designación de agentes judiciales para proceder a la búsqueda de documentos.

- Los procesos “d’injonction”

Son una especie del género de los llamados procesos monitorios. Constituyen procesos simplificados que le permiten al Juez, sin promover un debate contradictorio previo entre las partes, condenar al pago de una cantidad de dinero o a la ejecución in natura de una obligación contractual.

Su objeto es evitar el trámite del proceso ordinario para aquellas demandas simples, en las que un debate contradictorio generaría, para el demandante, gastos inútiles y, comúnmente, desproporcionados con el monto de su pretensión.

Considerando el tipo de obligación del demandado, estos procesos pueden ser:

- El mandamiento o injonction de pagar: permite al acreedor obtener un título ejecutivo contra el deudor moroso, acompañando a su petición los documentos justificativos. Si con vista a ellos la demanda parece fundada, se dicta el mandato de pago y en la resolución se instruye al deudor el plazo que tiene para oponerse, el órgano jurisdiccional ante el que debe hacerlo y el procedimiento a seguir, bajo apercibimiento de que si no se opone, no podrá ejercer más recursos, quedando obligado a pagar por todos

los medios coactivos correspondientes; y,

- Injunction de hacer: es un proceso simple sin debate contradictorio y sin gastos ni dilaciones. Permite al acreedor de una obligación contractual, distinta al pago de una suma de dinero, a obtener su ejecución in natura. De esta forma, la defensa del demandado ocurre después de tomarse la decisión. Si la petición no es aceptada, el acreedor sólo puede acudir a la vía ordinaria.

3.3. Estados Unidos

Entre las distintas “injunction” conocidas en el derecho norteamericano, podemos mencionar a las “interlocutory injunction”, que son órdenes expedidas, en cualquier momento, durante el trámite de un proceso, con el objeto de prevenir un daño irreparable para el demandante durante el tiempo en que la Corte se encuentra en posición de decidir sobre los méritos de la pretensión formulada.

Pueden ser de dos clases:

- La primera es generalmente conocida como “orden preliminar” e incluye alguna orden interlocutoria dictada luego que el demandado haya sido notificado y tenido la posibilidad de participar en una audiencia sobre si esa orden debiese emitirse; y

- La segunda es denominada “orden temporaria restrictiva” y se diferencia de la orden preliminar anterior en que es dictada sin previa notificación al demandado, es decir, sin noticia u oportunidad concedida de ser oído en audiencia. Las órdenes temporarias restrictivas se orientan, fundamentalmente, a amparar al demandante en aquellas situaciones en las cuales sufriría un daño irreparable si la decisión judicial no es emitida inmediatamente y, sencillamente, el tiempo no permite tampoco la noticia de deliberación o el derecho del demandado a ser oído en audiencia previa.

3.4. Brasil

El Código Procesal Civil brasileño, en su artículo 273, según la reforma dada por la ley 8952/94, regula la “anticipación de la tutela”.

De acuerdo a ésta norma, el demandante, luego de que el emplazado conteste la demanda, y cuando el Juez concluya que existe abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito retardatario, puede obtener, prematuramente, el objeto de su pretensión mediante la anticipación de los efectos de la sentencia; sin perjuicio de que continúe el trámite del proceso principal con el propósito de que la sentencia de mérito confirme o no la resolución anticipatoria.

CAPÍTULO 4: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES

Para incorporar normativamente una institución jurídica, es importante encontrar justificación doctrinaria, y también constitucional, a fin de salvaguardar su validez jurídica y aceptación social. Luis Luciano Gardella ⁶⁹ señala que las medidas autosatisfactivas encuentran sustento, entre otros, en los siguientes derechos y principios constitucionales, a saber:

4.1. Desde el punto de vista del solicitante

Derecho a la jurisdicción, traducido en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en busca de un pronunciamiento útil y eficaz que resuelva oportunamente la pretensión demandada. Este derecho preexiste al proceso, como un derecho del hombre, plasmado en su facultad de peticionar.

- **Acceso a la justicia**, entendido como la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la posibilidad real, concreta y sin excepciones, de solicitar y obtener que el Estado, por medio del Poder Judicial, le garantice efectivamente en los hechos el ejercicio de sus derechos.

De este principio se derivan los siguientes subprincipios:

- Subprincipio de la pretensión a la tutela jurídica: en el sentido de que una de las partes pretende frente al Estado la tutela jurídica favorable correspondiente a una situación jurídica.
- Subprincipio de “razonabilidad técnica y axiológica”, que requiere una adecuación entre los fines del proceso (en nuestro caso de las medidas autosatisfactivas) y los medios para lograrlos, mirando siempre la justicia intrínseca de la postulación.

- **Principio de “justicia pronta”**: se trata de lograr una justicia rápida dentro de lo razonable.

De este principio se derivan los siguientes subprincipios:

- Subprincipio de economía procesal: en lo tocante a la simplificación de las formas del debate.
- Subprincipio de humanización de la justicia judicial, en el sentido de propender a la intermediación y tender a la aceleración de los procesos, evitando dilaciones desleales; confianza en la buena justicia y tutela de la paz y de la armonía social.
- Subprincipio de eficacia: a fin de obtener la finalidad principal del proceso, esto es: la justicia, debe privilegiarse el valor jurídico eficacia.

4.2. Desde el punto de vista del beneficiario o destinatario de la

⁶⁹ Gardella, Luis Luciano. Medidas Autosatisfactivas: Principios Constitucionales Aplicables. Trámite. Recursos. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 259 a 270.

medida

- **Derecho de defensa**, que comprende:

- El derecho de ser oído (art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica).
- El derecho de cuestionar, que comprende dos facetas: por aplicación del principio procesal de contradicción (en nuestro caso adaptado al carácter de “proceso urgente” que revisten las medidas autosatisfactivas), se admitirá acá en ciertos casos una bilateralidad restringida previa al despacho y la posibilidad de postular la revisión judicial que se dicte, mediante los recursos legalmente autorizados.

4.3. Desde un punto de vista común a todos los implicados en el proceso, tanto justiciables como jueces

- **Principio de razonabilidad** que impregna todo nuestro sistema jurídico. Vale decir, viniendo a la órbita procesal, cualquier pretensión y cualquier decisión en el proceso (también en las medidas autosatisfactivas) debe pasar por el tamiz de la “razonabilidad” directamente conectado con el valor “justicia”.

En capítulo anterior hemos dejado establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene rango constitucional, lo que significa que en virtud de este derecho, puede devenir regulada normativamente la medida autosatisfactiva, que permitiría a su vez para el justiciable el ejercicio concreto de su derecho de acción para satisfacer pretensiones urgentes.⁷⁰

CAPÍTULO 5: CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO

En función a la naturaleza y finalidad del instituto en estudio, debe dotársele de un procedimiento que permita cumplir con ellas, pues de lo contrario nos quedaremos, como casi siempre sucede, en una idea o norma legal de difícil aplicación. Las medidas autosatisfactivas conllevan una tutela urgente, autónoma, que se agota en si misma, y, por regla general, son despachables inaudita et altera pars para que generen una satisfacción definitiva de los requerimientos del demandante.

5.1. Proceso de estructura monitoria

⁷⁰ “El constitucionalismo de la hora tiende a no desatender la efectividad de los derechos que sus textos reconocen, Así, esbozando un análisis ontológico de las medidas autosatisfactivas señalaremos que responden a una motorización idéntica a la de cualquier ocurrencia al pretorio: la acción. Traducen el derecho a la jurisdicción, que en el sentido constitucional del término se reduce al derecho de peticionar”. Cecchini, Francisco Carlos. La Constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas Urgentes. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 201.

Siendo la urgencia para atender la pretensión del demandante un requisito de procedencia de las medidas autosatisfactivas (donde el factor tiempo se ha constituido en un elemento de suma importancia para garantizar y realizar el acceso a una justicia eficaz), se advierte la necesidad de un trámite expedito para crear convicción en el Juez y evitar, de esta manera, un extenso procedimiento, debate y prueba.

En tal sentido, el diseño del procedimiento monitorio resulta conveniente para cambiar y variar los tiempos del real contradictorio, y por ende de duración del proceso, haciendo posible que se adopte una decisión urgente derivada de las circunstancias fácticas que le anteceden, llevando la controversia a un momento ulterior, siempre que el demandado se oponga a la decisión.

- **Antecedentes:** Este proceso cuya implementación tanto se pregona viene rigiendo desde hace casi cincuenta años en Italia y no se escuchan voces en contra; por el contrario se tiende a expandir su marco de aplicación.⁷¹ Coincidente con esta opinión, Enrique Verna⁷² señala que este tipo de proceso cuenta con una rica trayectoria en Alemania, Austria e Italia. Comparte y amplía esta misma opinión Sergio Restovich⁷³, quien afirma que el proceso monitorio cuenta con larga tradición y respaldo doctrinario, además de encontrarse vigente en el Derecho contemporáneo, en Alemania, Austria, Bélgica, Hungría, Italia y Uruguay.

A su turno Gómez Colomer⁷⁴ señala que países de tanta importancia jurídica como Alemania (Mahnverfahren), Italia (procedimiento d'ingiunzione) y Francia (procédure d'injonction) contemplan el proceso monitorio entre sus instituciones.

- **Concepto y fases:** A decir de Martínez y Viera, este particular instituto⁷⁵ ***“consiste en una estructura, en un modo de ser del proceso, caracterizado porque, presentada la demanda (si ella cumple con los requisitos que, según los casos, prescribe la ley) el Juez inaudita altera parte dicta una resolución favorable a aquella, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigna”***.

Calamandrei enseña que ***“el término monitorio tiene en el castellano igual sentido que en el italiano, esto es, el de advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona (deudor) para que pague”***.⁷⁶

⁷¹ Albarenga, Emilio H. Medida Autosatisfactiva y Costas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 323.

⁷² Verna, Jorge Enrique. El destinatario de una medida autosatisfactiva y el proceso de estructura monitoria. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 397.

⁷³ Ob. Cit. Pág. 381 y 382.

⁷⁴ Gómez Colomer, Juan Luis y Otros. El Nuevo Proceso Civil. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 2000. Pág. 842.

⁷⁵ Citado por Verna, Jorge Enrique. Pág. 397.

⁷⁶ Calamandrei, Piero, citado por Restovich, Sergio F. Ob. Cit. Pág. 383.

En igual sentido Gómez Colomer⁷⁷ señala que **“el adjetivo monitorio se deriva del significado de advertencia o intimación realizada por una autoridad, la judicial”**.

Martínez y Viera⁷⁸ señalan tres fases en el monitorio:

- Una primera etapa, sin contradictorio (demanda y resolución favorable).
- Una segunda fase, constituida por la citación del demandado, acompañada del plazo para oponerse. Con ello se satisface el principio del contradictorio según el cual no se puede resolver con carácter definitivo sobre la pretensión del actor sin dar oportunidad al demandado de defenderse.
- Una tercera etapa que depende de la actitud del requerido:
 - a. Si no se opone, la resolución favorable a la pretensión del actor queda firme y equivale a una sentencia consentida.
 - b. Si se opone, el actor deberá perseguir su pretensión por vía ordinaria (monitorio puro) o el procedimiento permanece en suspenso hasta que se resuelva, en definitiva, sobre el mérito de la oposición (monitorio documental o justificado).

- Clases de procesos monitorios

Mediante el proceso monitorio, la anticipación de la tutela se produce a partir de la nota característica de este trámite, cual es la inversión en el principio del contradictorio. El actor, con la sola interposición de la demanda, obtiene una resolución judicial que ordena que se le otorgue aquello que reclama. De no mediar controversia por parte del demandado, la orden queda lista para ser ejecutada.

“En cuanto a los tipos o posibilidades que el proceso de estructura monitoria admite, debe señalarse que tradicionalmente se han presentado dos modos diferenciados: el denominado procedimiento monitorio puro (que tiene como principal característica que los fundamentos de la demanda resultan de la simple afirmación del actor, apareciendo como el supuesto más adecuado para las medidas autosatisfactivas) y el llamado procedimiento monitorio documental (en el cual los fundamentos del actor deben encontrarse respaldados por prueba escrita)”⁷⁹.

Efectivamente, la doctrina procesal ha enseñado que las especies del proceso monitorio son el puro y el documental. En el primero el mandato de cumplimiento se dicta sin necesidad de prueba documental, mientras que en el segundo, ella resulta esencial⁸⁰.

Cabe anotar que los españoles en su Ley 1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, que

⁷⁷ Gómez Colomer, Juan Luis y Otros. Ob. Cit. Pág. 838.

⁷⁸ Citado por Restovich, Sergio F. El Proceso de Estructura Monitoria: Continente de las Medidas Autosatisfactivas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 385.

⁷⁹ **Restovich, Sergio F. Ob. Cit. Pág. 384.**

⁸⁰ Borges, Marcos Alfonso. Procedimiento monitorio. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima. Industrial Gráfica, 1998. Pág. 217.

regula el Nuevo Proceso Civil han optado por un monitorio basado en documentos, dejando de lado la posibilidad, por estar en desuso, de iniciarse un monitorio con base exclusivamente en afirmaciones del acreedor⁸¹.

Los brasileños también tienen el procedimiento monitorio documental conforme concluye Marcos Alfonso Borges⁸².

Se podría decir que esta figura procesal produce una verdadera sentencia condicional, a simple requerimiento del actor y que, si no es impugnada, surte todos los efectos de la cosa juzgada material; por el contrario, si es impugnada, cae el proceso monitorio y la demanda servirá de base solamente para proseguir un proceso ordinario (de conocimiento).

Es principal característica de este tipo de procesos que la oportunidad de abrir el contradictorio y, consecuentemente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte demandada.

Entendemos que es dentro de esta categoría del proceso monitorio donde deben ser ubicadas las denominadas “medidas autosatisfactivas”, advirtiendo por nuestra parte que debería emplearse el monitorio documental, no solo por el desuso del otro modelo, como sostienen los españoles, sino porque en verdad la factibilidad de que el Juez llegue a apreciar la fuerte probabilidad del derecho requiere de prueba, y no solo de afirmaciones del actor.

5.2. Autonomía

Entendidas como un proceso autónomo y exclusivo, las medidas autosatisfactivas producen efectos sustantivos o definitivos sin necesidad de estar vinculadas a la interposición coetánea o ulterior de otra pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento.

Es decir, la autonomía se traduce en que se agotan con el despacho favorable, no siendo accesorias o tributarias de otro proceso ulterior. Consiguientemente, si la pretensión del demandante no se agota con la cesación de conductas o vías de hecho, sino que además requiere que se interponga, por ejemplo, una demanda de daños y perjuicios, lo correcto es que se recurra a las medidas cautelares.

5.3. Su diligenciamiento inaudita et altera pars

Cuando por imperio de las circunstancias fácticas invocadas por el demandante, y pruebas aportadas por él, se requiera una tutela en forma inmediata y definitiva, en razón de que el asunto revista tal urgencia que sus derechos se desbaraten con la más mínima demora en el trámite, la medida autosatisfactiva se dictará inaudita et altera pars (sin oír al destinatario de la medida, sin previa audiencia). Sin embargo, existen otros supuestos

⁸¹ Gómez Colomer, Juan Luis y Otros. Ob. Cit. Pág. 838 y 839.

⁸² Borges, Marcos Alfonso. Ob. Cit. Pág. 218.

fácticos en los cuales el Juez, excepcionalmente, apreciando las particularidades de la pretensión, y en pleno uso de sus facultades jurisdiccionales, puede disponer que se realice un trámite previo y expedito que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere de la posibilidad de ser oído, disponiendo, por ejemplo, un traslado, una vista o una audiencia antes de resolver.

Consideramos que el trámite inaudita et altera pars no vulnera el principio de bilateralidad y contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con el uso de los recursos. Ante el juicio inmediato (que involucra conocimiento y decisión), rigen analógicamente los principios del procedimiento monitorio que desplazan la iniciativa del contradictorio del actor al demandado confiriéndose la oportunidad de ser oído, no antes sino después de la decisión en su contra, siempre que se cite al demandado para que se pueda defender.

En la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia.

El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

Respecto del derecho de contradicción se ha dicho que: ***“Es el derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que goza todo demandado para ser oído en los estrados judiciales y para disfrutar de la oportunidad de proponer -en su caso- defensas”***⁸³.

Couture⁸⁴ “enseña que ***“para señalar la exacta dimensión de este principio, conviene acentuar que la igualdad de las partes no es necesariamente una igualdad aritmética. Lo que este principio demanda no es una igualdad numérica sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y defensa. Las, pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso no quebrantan el principio”***”.

Peyrano añade que ***“estas pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso (vgr., cuando el legislador expurga cualquier tipo de intervención de la contraparte en el recurso de queja) son nada más que “restricciones temporales” al principio de contradicción pero no excepciones a su vigencia”***⁸⁵.

Es que este principio no exhibe excepciones, aunque podría acontecer que por razones de índole práctica se imponga “desplazar o postergar o diferir” transitoriamente y temporalmente la oportunidad del ejercicio del contradictorio (y, así, se habla del carácter

⁸³ Peyrano, Jorge W. Procedimiento Civil y Comercial. Rosario. Juris, 1991. Tomo II. Pág. 127.

⁸⁴ Citado por Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 132.

⁸⁵ Citado por Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 132.

eventual de la contradicción), pero el principio en sí, en tal caso, no se desplaza ni neutraliza.

Por ello es que ***“ni la doctrina, ni la jurisprudencia de la mayoría de nuestros países, consideran que los procesos cautelares, o las medidas ejecutivas, que difieren la eventualidad de la controversia para luego de perfeccionada la medida (de garantía), ni los procesos monitorios que invierten la carga del contradictorio y su apertura a la oposición de excepciones después de la sentencia inicial que dicta el Juez, verificando los presupuestos en la documentación presentada, implican la violación de dichos principios”***⁸⁶.

La bilateralidad es eso: oír ambas voces, pero no escuchar las mismas voces explayándose sobre el mismo tema, en dos o tres oportunidades. Este es el espíritu que alienta al nuevo Derecho Procesal, a desplazar nuestro proceso de sus “vicios trasladistas” y pulirlo como herramienta útil para el justiciable en su búsqueda de una justicia eficaz.

Si bien es responsabilidad de todos trabajar por el respeto de las garantías constitucionales del debido proceso, de la defensa en juicio, en definitiva, es menos cierto que la problemática actual nos pide y obliga a no exagerar la puesta en práctica de esas máximas, poniendo en peligro la realización de la justicia.

Recordemos que es principio constitucionalizado en la mayoría de las Cartas Magnas del mundo civilizado de que ***“nadie puede ser privado de su libertad o propiedad sin juicio previo”***

El Juez debe tener presente que para anticipar la tutela, deberá realmente constatar la verosimilitud del derecho invocado, a la luz de prueba inequívoca, ya que ***“la rapidez del proceso nunca puede implicar un desprecio al principio del contradictorio”***.

No olvidemos que el derecho a la tutela jurisdiccional es constitucionalmente apto para acoger no sólo el acceso a la justicia de aquél que esgrime su “acción” sino también la garantía del debido proceso que goza el “demandado”.

Así pues, la prohibición de indefensión ***“implica respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas posibilidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis”***.

Todo el ordenamiento jurídico procesal y todas las actuaciones de los órganos jurisdiccionales quedan, pues, sometidas al requisito de respetar el derecho de todos a no padecer indefensión; derecho que puede ser sintetizado como el consistente en no sufrir dentro de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo de todo el mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega.

La indefensión está universalmente proscrita, respecto de la tutela judicial de

⁸⁶ Véscovi, Enrique. Teoría Genral del Proceso. Bogotá. Temis, 1984. Pág. 64.

cualquier derecho o interés legítimo. La Constitución prohíbe, pues, privaciones o restricciones ilegítimas de defensa ante los tribunales de los derechos e intereses, con independencia de la importancia o entidad de dichos derechos e intereses.

Así como justificamos que por exigencias de la “tutela judicial efectiva” era posible “anticipar” la respuesta jurisdiccional sin escuchar o permitir alegar y probar a la “contraparte”, ahora importa ver cómo puede dársele a éste la posibilidad constitucionalmente consagrada para cuestionar o resistir la decisión dictada que ha cambiado la situación inicial o statu quo del conflicto intersubjetivo de intereses antes de ser presentado a consideración del juzgado.

En los certámenes científicos que trataron en la Argentina las medidas autosatisfactivas, no se concluyó en ningún momento que su despacho inaudita altera pars fuera esencial a la naturaleza jurídica de las mismas⁸⁷.

En igual sentido, Adolfo Rivas⁸⁸ sostiene que **“la sentencia anticipatoria ha de ser resultante de la sustanciación previa, como principio general, sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarlos sin contradictorios”**. Opina de igual forma Roland Arazí⁸⁹, quien refiere que **“estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia”**.

Asimismo, Peyrano, variando su idea inicial, también admite la posibilidad de sustanciación previa en determinados casos que así lo exijan, siendo la regla general el despacho inaudita et altera pars⁹⁰.

Discrepa con el criterio expuesto, María I. Riol⁹¹ quien propone que **“la regla debería ser dotar al trámite de la autosatisfactiva de una previa y reducida sustanciación, dejando al arbitrio judicial los casos excepcionales en los que pueda resolver inaudita pars”**.

⁸⁷ Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 136.

⁸⁸ Rivas, Adolfo A. La Jurisdicción Anticipatoria. En ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fé. 1995. Pág. 21.

⁸⁹ Arazí, Roland. El Proceso Civil de Fin del Siglo. En Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI, Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. Ediar Editores, 1997.

⁹⁰ “Además, y apartándonos un tanto de nuestros planteos iniciales, hoy creemos que si bien la regla es el despacho inaudita et altera pars de la medida autosatisfactiva, puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente puede arbitrar alguna suerte de módica sustanciación previa”. Peyrano, Jorge W. Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 33.

⁹¹ Riol, María I. La Cosa Juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 356.

“En definitiva, el destinatario de una autosatisfactiva va a ser oído siempre. En algunos casos, previo a su dictado y en forma “reducida” si el Juez así lo considera en atención a las circunstancias particulares y materia de la medida, y en todos los casos, con posterioridad a su despacho mediante la gama de acciones de tipo impugnativo o modificadorio de la misma, pudiendo incluso explayarse en esta instancia en el aspecto probatorio de sus afirmaciones”⁹².

En síntesis, sea que la anticipación de la tutela se otorgue en forma provisoria a través de las medidas cautelares, o que se conceda en forma definitiva a través de las medidas autosatisfactivas, debe mediar adecuada bilateralidad, a fin de asegurar el ejercicio definitivo del derecho de defensa.

5.4. Condiciones y presupuestos para el ejercicio del derecho de acción y de contradicción en una medida autosatisfactiva.

- **CONDICIONES:** Aquí recogemos las condiciones que de manera consensual establece la doctrina, y es recogida por legislaciones procesales como la nuestra.

Legitimación ad causam: es la posición del que actúa en juicio respecto a la pretensión. Se requiere coincidencia entre las partes que intervienen en la relación sustantiva o material y la procesal. Hay legitimación ordinaria, ordinaria derivada y extraordinaria. Es ordinaria cuando el mismo sujeto de la relación material participa en la relación procesal; es ordinaria derivada si el sujeto de la relación procesal no es el mismo de la relación material, pero está habilitado para actuar en el proceso (ej. los sucesores que actúan por su causante); y es extraordinaria cuando lo señala la ley (ejem. la acción subrogatoria).

Interés para obrar: es la necesidad actual, urgente, inmediata e irremplazable de recibir tutela. Debe ser directo (particular de quien lo ejerce), legítimo (lícito) y actual (no futuro, salvo condena de futuro por ejemplo).

Posibilidad jurídica: (voluntad de la ley) la pretensión debe tener regulación en el derecho objetivo.

- **PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA:** En este tema también referiremos lo que es admitido de manera pacífica por la doctrina, y recogida por las leyes procesales.

Capacidad procesal: para ser parte en el proceso se requiere contar con capacidad suficiente, esto es la capacidad de ejercicio. Si se carece de ella, pero se es titular de derechos, debe actuarse mediante representante.

Competencia: es la capacidad que tiene todo órgano jurisdiccional de avocarse al conocimiento de una causa. Puede ser absoluta por razón de materia, cuantía, grado y turno, y relativa por razón de territorio. En este último caso, existe competencia territorial prorrogable e improrrogable, siendo la primera de ellas únicamente cuestionable vía excepción o inhibitoria por el emplazado.

⁹² Peyrano, Marcos L. *La Medida Autosatisfactiva y el Derecho de Defensa. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinza - Culzoni Editores, 1999. Pág. 239.*

Requisitos de la demanda y contestación: aquí es necesario remitirse a las exigencias generales señaladas en los artículos 424° y 425° del C.P.C. para los efectos de toda demanda civil y a los artículos 442° y 444° para la contestación. Claro está que para los procesos especiales debe cumplirse además con los requisitos específicos que en cada caso establece el mismo Código.

5.5. Admisibilidad, inadmisibilidad e improcedencia de la demanda autosatisfactiva

El Código Procesal Civil vigente establece para el Juez la obligación de calificar la demanda y contestación, a fin de verificar si cada una de esos actos procesales cumple o no con los requisitos y presupuestos que la ley establece.

Como efecto de esa tarea los Jueces pueden admitir tales actos procesales cuando satisfacen las exigencias que la ley señala; declarar su inadmisibilidad cuando tienen algún defecto subsanable, para cuyo fin conceden un plazo. Si se subsana el defecto se admite la demanda o contestación, de lo contrario se decide su rechazo.

Cuando el defecto es insubsanable nos encontramos frente a las causales de improcedencia. Para el caso de la demanda se tienen las causales taxativas que registra el artículo 427 del texto procesal civil, las mismas que tienen que ver precisamente con la ausencia de condiciones y presupuestos procesales de forma. Las causales de improcedencia son *numerus clausus*, no pudiendo en consecuencia declarar ello por una causal no prevista en la ley.

Naturalmente que tratándose de las demandas autosatisfactivas, estas también serán improcedentes cuando no cumplan con los requisitos especiales que por ley deben establecerse, y que no son otros que los señalados por la doctrina.

5.6. Resolución autosatisfactiva

El dictado de una medida autosatisfactiva no contiene una solución o disposición meramente transitoria, sino que otorga plena y definitiva satisfacción a la pretensión del demandante, quien no necesita interponer una nueva acción principal. Ello de ninguna manera significa desconocer los derechos del emplazado, quien, en el ejercicio de su derecho a la defensa, podrá utilizar las vías procesales a su alcance para impugnar la medida ordenada.

No debemos olvidarnos que nos encontramos frente a un instituto procesal de “interpretación estricta” o “*in extremis*”, es decir, cuyo dictado favorable sólo corresponde - sólo a solicitud de parte, nunca de oficio - cuando realmente no existan dudas razonables acerca de la procedencia de la pretensión, previa ponderación con suma prudencia de las circunstancias de cada caso.

En tal sentido, el juez debe ser extremadamente estricto al momento de decidir, evitando equívocos a los justiciables (demandante, emplazados o terceros) y/o perjuicios irreparables.

En cuanto a la forma de la resolución, auto o sentencia, hay doctrina que estima que debe ser una sentencia⁹³, pues si se hiciera vía auto se confundiría con las cautelares; además las medidas autosatisfactivas terminan en decisiones definitivas de fondo.

Juan Alberto Rambaldo⁹⁴ considera que la resolución autosatisfactiva es un auto que puede rechazar o aceptar la petición.

Concordando con ésta última posición, y respetando la primera, nosotros estimamos que debe ser un auto, habida cuenta que en nuestro ordenamiento procesal ésta es la resolución que suele dictarse al calificarse una demanda de cualquier índole, sea referida a un proceso de cognición, ejecución o cautelar. En efecto, la demanda autosatisfactiva no necesariamente será admitida, sino que puede, en su caso, ser declarada inadmisibile, por defectos subsanables, o improcedente, por defectos insubsanables. Si se considerara que debe dictarse sentencia, entonces ocurriría que la improcedencia de la demanda también generaría igual resolución, cosa que sería marchar contra el orden establecido y practicado entre nosotros. Además, en Perú, el auto también tiene efectos de decisión definitiva sobre el fondo del asunto, bastando para verificar este aserto el auto que resuelve la contradicción en el proceso de ejecución de garantías.

Pero además y sobre todo, la resolución de este pronunciamiento deberá contemplar todos los aspectos de la medida y en su caso de su ejecución, como también deberá definir todas las cuestiones accesorias. Si el órgano jurisdiccional es cuidadoso en este aspecto, se ahorrará innecesarias aclaratorias que entrañan demora, complicación e incluso el riesgo de derivar imprevistamente en impropias rectificaciones.

Sostiene María Riol⁹⁵ “que dentro de la tradicional clasificación tripartita de las sentencias, tomando en cuenta el contenido específico de las mismas que las divide en declarativas, de condena y determinativas, la mayoría de las sentencias que resuelven medidas autosatisfactivas serán obviamente del tipo “de condena” ya que, en efecto, ordenan el cumplimiento de una obligación, generalmente, de hacer o no hacer.

No obstante pueden existir, también, casos de sentencias autosatisfactivas determinativas, cuando el juez establece bajo qué condiciones o requisitos se ejercitará un determinado derecho”.

En cuanto a la resolución judicial y la cosa juzgada, interesa saber si la resolución sobre una medida autosatisfactiva genera cosa juzgada formal o material. Al respecto Marcela García Solá⁹⁶ enseña lo siguiente:

⁹³ Gardella, Luis Luciano. Ob. Cit. Pág. 268. y Riol, María I. Ob. Cit. Pág. 358.

⁹⁴ Rambaldo, Juan Alberto. La Petición Autosatisfactiva y El Proceso Monitorio Como Forma Instrumental. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 365 a 377.

⁹⁵ Riol, María I. Ob. Cit. Pág. 356.

⁹⁶ García Solá, Marcela. Medidas Autosatisfactivas: La Excepcionalidad de su Procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su Trámite. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 287 a 289.

- Si la resolución rechaza la medida, el interesado podrá echar mano de los recursos ordinarios (revocatoria y apelación con efecto suspensivo). De cualquier modo, la misma no hace cosa juzgada y subsanado el hipotético déficit o mudada la circunstancia originaria que motivó la denegatoria, el planteo debe renovarse.
- Si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material.

A salvo ésta, distinta sería la solución para otras hipótesis de decisiones favorables, cuando es reversible la materia sobre la que recae el pronunciamiento.

- Por preclusión de la vía recursiva la decisión tendría fuerza de cosa juzgada formal si es que supuestamente fuera posible todavía (por no haber expirado los plazos correspondientes) deducir el juicio de oposición.
- Pero opuesto el recurso y firme la resolución sobre el que recae, ésta haría cosa juzgada material, porque la elección de esta vía implica abdicar de la alternativa.
- Escogido el camino del juicio declarativo de oposición y firme la decisión sobre el que recae, la cosa juzgada sería material.

Sabido es que en doctrina las sentencias que están sujetas a esta especie de “cláusula rebus sic stantibus” son las denominadas determinativas. Tales por ejemplo la de alimentos, régimen de visita o, incluso, las que acogen un mecanismo indexatorio o desindexatorio determinado. Se caracterizan por su fuerte adherencia a un determinado entorno familiar, social o económico, esencialmente alterable o modificable.

Entonces, en este como en otros supuestos de similares características, dictada la medida autosatisfactiva (determinativa) -e independiente de que se hubiera establecido un límite temporal para su vigencia- se debe admitir que el destinatario de la misma pueda solicitar su reexamen, postulando que el devenir del tiempo ha producido la modificación de las circunstancias que fundamentaron su emisión.

Por su parte, María I. Riol⁹⁷, manifiesta que, de regularse un trámite que respetara el requisito del debido proceso y debate previo al dictado de una sentencia autosatisfactiva, llega a las siguientes conclusiones:

- Una vez consentida la decisión jurisdiccional que resuelve sobre la medida autosatisfactiva, o bien, resuelto el recurso interpuesto contra ella, mientras el sustento fáctico de la medida subsista, esa resolución hará estado de cosa juzgada formal.

En efecto, ya no podrá atacarse la medida dentro del mismo juicio, aunque teniendo presente que se ha tratado de un proceso de “estrechos medios defensivos y probatorios”, tal vez dará lugar a su discusión en un proceso más amplio posterior, o si fue rechazada, a reeditar el debate en otro juicio.

- Tomando en cuenta que “existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la irrecurribilidad de la sentencia, se agrega la inoponibilidad de que en cualquier

⁹⁷ Riol, María I. Ob. Cit. Págs. 360 y 361.

circunstancia y en cualquier otro proceso se juzgue de un modo contrario a lo decidido por aquélla”, siendo esa sentencia insusceptible “de ataque indirecto a través de la apertura de un proceso que permita la obtención de un resultado distinto al alcanzado en el anterior”, en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dio lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material.

Añade esta autora que si por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esta situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones.

Y concluye ella misma, indicando que sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir, si así correspondiese, posibles efectos que la ejecución de la medida autosatisfactiva pudo ocasionar.

En cuanto a la ejecución de la resolución que accede favorablemente a una medida autosatisfactiva, es claro que debe ser cumplida por el sujeto perdedor, pues una conducta contraria podría generarle alguna acción penal derivada de ese incumplimiento, dado que es obligación legal del Juez denunciar cualquier infracción penal delictiva que conociese. Pero el incumplimiento también acarrearía la aplicación de astreintes, que puede el Juez establecer anticipadamente en la propia resolución condenatoria, las mismas que se ejecutarían, frente al incumplimiento del deudor.

5.7. Impugnación

Jorge Peyrano ⁹⁸ sostiene que ***“en materia de impugnación de medidas autosatisfactivas despachadas, el legislador debería instrumentar un procedimiento optativo para el impugnante conforme al cual éste podría apelar (con efecto devolutivo) o promover un juicio declarativo de oposición que no suspenda el cumplimiento de la autosatisfactiva en cuestión. La opción por una vía implicaría la pérdida de la facultad de acudir a la otra. De tal modo, se podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del “debido proceso”.***

Sobre este mismo tema Marcos Peyrano ⁹⁹ señala que el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva, puede optar entre:

⁹⁸ Peyrano, Jorge W. Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 33.

⁹⁹ Peyrano, Marcos L. La Medida Autosatisfactiva y el Derecho de Defensa. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. Pág. 236 y 237.

- Interponer recurso de revocatoria y subsidiaria apelación o recurso de apelación directo, siempre con efecto devolutivo.
- Iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición; o,
- Demostrando el riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestando contractuela, solicitar la suspensión provisoria de la medida.

A su vez, si la medida es rechazada, el solicitante podrá interponer:

- Recurso de revocatoria si la misma no fue sustanciada y subsidiaria apelación; o,
- Recurso de apelación directa -si se había sustanciado-, siempre con efecto suspensivo.

Luciano Gardella ¹⁰⁰ presenta en materia impugnatoria las siguientes posibilidades:

- Si se rechaza la medida, el solicitante podrá interponer aclaratoria; revocatoria si la medida no fue sustanciada, apelación directa en suspensivo si se había sustanciado. A su vez el beneficiario contará con aclaratorias; con apelación directa en suspensivo si hubo sustanciación y la resolución final, básicamente a él favorable, lo afecta en algún aspecto complementario, y con revocatoria más apelación subsidiaria en suspensivo si no hubo sustanciación y media agravio en los referidos aspectos complementarios.

- Si se acoge la medida, le cabe al solicitante vencedor: aclaratoria; revocatoria con apelación subsidiaria si, no mediando sustanciación, quedan agravios complementarios, y apelación directa en suspensivo en similares supuestos, si había mediado sustanciación previa. Y a su vez cabrá al beneficiario, en la misma hipótesis de acogimiento: aclaratoria; revocatoria con apelación subsidiaria en devolutivo si no previno sustanciación, y apelación directa en devolutivo si medió sustanciación previa.

- Si hubo audiencia preliminar y en ella se arribó a un acuerdo que el Juez homologó, no cabrá recurso alguno, en tanto el pronunciamiento judicial recoja fielmente lo acordado.

- En cualquier caso, la naturaleza de la medida autosatisfactiva y su peculiar dinámica crean un supuesto específico de inadmisibilidad: la sustracción de materia. Sabemos que tal “sustracción” estriba en “un medio anormal de extinción del proceso, constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes”. En suma, se esfuma el soporte fáctico que sustentaba el litigio: más precisamente, viniendo a nuestro asunto, que sustentaba el recurso. Así, por ejemplo, la transfusión discutida ya se hizo; los libros o papeles que se pretendía ver, ya se vieron, la publicación que se exigía, ya apareció en los diarios. Desde luego, para la improcedencia absoluta del recurso, la “sustracción de la materia” también deberá ser absoluta, de modo que no queden parcelas o residuos de judiciabilidad.

¹⁰⁰ Gardella, Luis Luciano. Medidas Autosatisfactivas: Principios Constitucionales Aplicables. Trámite. Recursos. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 268 a 270.

Si el juez que dictó la medida autosatisfactiva recurrida advierte la “sustracción de la materia”, denegará sin más la apelación. Caso contrario, en la alzada, la parte apelada podrá articular la existencia de “sustracción de la materia”, para que el auto o decreto de concesión sea “revocado”.

A su turno, Marcela García Solá ¹⁰¹ refiere que el legitimado para contradecir la resolución cuenta con una doble vía: la recursiva, a través del recurso de apelación directa, o la promoción de un juicio general sumario de oposición. Las alternativas han sido previstas como excluyentes.

Ni la interposición del recurso, ni la promoción del juicio tienen efecto suspensivo: interin tramitan una u otra se exige el cumplimiento de la decisión judicial. Suspender la ejecución en estos casos importaría un contrasentido con relación al recaudo de la “urgencia”, que por definición (y aún cuando admita dosis o, en ciertos casos, pueda considerarse implícita) fundamenta el pedido y amerita su despacho favorable.

Se sobreentiende que ambos modos de ejercer la contradicción tiene sentido y utilidad práctica sólo en el supuesto de que la orden judicial de hacer o abstenerse sea de cumplimiento continuado o sucesivo. En caso contrario, cuando la ejecución de la orden judicial de un solo acto consume todo el soporte fáctico que la sustenta, quedará al recipiendario únicamente el camino de una demanda de daños y perjuicios, porque toda impugnación devendría abstracta.

5.8. Juez competente

Dados los temas o asuntos que podrían tramitarse en el proceso autosatisfactivo, consideramos que serían competentes para conocer de ellos tanto los Jueces de Paz Letrado como los Civiles, para lo cual cada uno de ellos deberá tener presente la actual competencia que por asuntos le asignan las leyes procesales. La diferencia estará en que esos asuntos ya no se tramitarán en las vías actualmente establecidas, sino en la que corresponde a las autosatisfactivas. De esta manera no se sustraen competencias y menos se incrementan otras, lo cual representa una ventaja, pues no se contribuye a sobrecargar despachos.

Por lo demás creemos que ambas instancias pueden perfectamente manejar estos temas, con los cuales ya se encuentran en cierta forma familiarizados, siendo cierto eso sí, que en la experiencia de trabajar casos de autosatisfactivas no existe precedente, aspecto que puede y debe superarse con una debida capacitación en esta materia.

Particularmente, considero que no hay razón especial que convenza de que estos procesos deban ser conocidos exclusivamente por los Jueces Civiles, no solo por argumentos antes señalados, sino además porque debe apostarse y confiar en la justicia en todas sus instancias.

¹⁰¹ García Solá, Marcela. Ob. Cit. Pág. 284

CAPÍTULO 6: PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN

La procedencia de las medidas autosatisfactivas está condicionada a la concurrencia simultánea de circunstancias excepcionales (no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable que tiene el demandante, en la que el factor tiempo se presenta como perentorio, y la fuerte probabilidad de que su derecho material sea atendible (no siendo suficiente la mera verosimilitud del derecho que se requiere para las medidas cautelares). En tanto que la exigibilidad de la prestación de la contracautela quedará sujeta al prudente arbitrio judicial en cada caso concreto.

Recordemos también que su principal campo de acción funciona en las vías de hecho, cuya remoción imperativa se presenta de manera impostergable y urgente.

6.1. Requerimiento urgente

Es mucho más que peligro en la demora. Significa que la petición del accionante debe ser atendido inmediatamente, bajo riesgo de sufrir daño inminente e irreparable.

Es la situación de daño inminente a que se encuentra expuesto el demandante (en su derecho probable) y cuya cesación inmediata es su único interés. Consecuentemente, la tutela judicial efectiva debe ser urgente y tener por finalidad evitar la consumación de ese daño inminente e irreparable que pueda abolir o restringir sus intereses, sustanciales o procesales, tutelados por el ordenamiento jurídico.

Esta situación de urgencia constituye, de esta manera, el antecedente fáctico del dictado de la medida autosatisfactiva y se presenta, en todos los casos, como una situación contraria a derecho, manifiesta y más o menos grave; en tal sentido, se debe rechazar su dictado si no surge cierto y manifiesto que la conducta del demandado constituye una vía de hecho (meros actos materiales sin sustento jurídico alguno) directamente generadora de un daño injusto, actual o inminente, al que se debe poner “freno” de manera urgente para evitar que sea irreparable.

El daño irreparable de las medidas autosatisfactivas se refiere no al peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no poder ejecutarse, sino al riesgo de “perecimiento de la pretensión” (cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles) si no se anticipa la tutela¹⁰².

Claro que, así como tenemos el “daño inminente e irreparable” invocado por el demandante, por otra parte, el órgano jurisdiccional debe sopesar que, tal vez, y seguramente, la adopción de una medida autosatisfactiva que incida sobre la esfera jurídica subjetiva del demandado también le provocará a éste “un daño”. Sin embargo, este dilema, ya fue resuelto por el legislador -cuando prevé este tipo de procesos urgentes-, quien efectuó una opción al “preferir que sea evitado un perjuicio irreparable a

¹⁰² Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 158.

un derecho cuya existencia sea probable con el precio de provocar un daño irreversible a un derecho que, en sede cautelar, parezca improbable: en otras palabras, el derecho probable prevalece sobre el derecho improbable”.

Se dice que hay irreparabilidad cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles, en tanto que si los efectos del daño son reversibles, el daño es de difícil reparación si las condiciones económicas del demandado no permiten suponer que será efectivamente reparado ¹⁰³.

Clases de medidas autosatisfactivas según el momento del daño

Según el momento de la ocurrencia del daño, podemos distinguir las siguientes clases de medidas autosatisfactivas ¹⁰⁴:

-Medidas autosatisfactivas quia timet (preventivas): se conceden antes de la ocurrencia del “daño inminente” con el objetivo de poder evitar que el daño acaezca; y,

-Medidas autosatisfactivas con daño existente (correctivas): son dictadas en presencia de un daño contemporáneo, con el objetivo de hacer cesar los efectos del daño.

6.2. Fuerte probabilidad del derecho invocado

Para el dictado de una medida autosatisfactiva se requiere la presencia de lo que algún sector de la doctrina denomina “fuerte probabilidad” de que efectivamente el derecho postulado por el demandante tenga sustento jurídico para ser amparable. Así, Jorge Peyrano ¹⁰⁵ exige una fuerte dosis de probabilidad de que los planteos sean atendibles; en tanto que Morello ¹⁰⁶ prefiere una fórmula que deje al traluz el caso particular y la índole de la petición en cuestión, pero exigiendo una acreditación objetiva, cierta y robusta en un mayor registro que en el fumus de la admisibilidad de las medidas cautelares.

Si la posibilidad es un concepto básico, general y abstracto que nos da la idea de lo factible, que indica lo que todavía no se ha producido o verificado pero que podría realizarse o verificarse a consecuencia de una acción u omisión que determine una modificación en el mundo exterior; la “fuerte dosis de probabilidad” puede traducirse en un interés tutelable cierto y manifiesto, que excede el concepto de verosimilitud o posibilidad y está mucho más cerca de la certeza, aunque no parezca que pueda medirse en términos porcentuales, surgiendo espontáneamente la idea de la superación

¹⁰³ Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 159.

¹⁰⁴ Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 160.

¹⁰⁵ Citado por Carbone, Carlos Alberto. Consideraciones sobre el Nuevo Concepto de Fuerte Probabilidad como Recaudo de las Medidas Autosatisfactivas y Su Proyección hacia Un Nuevo Principio General de Derecho de Raíz Procesal. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 165.

¹⁰⁶ Citado por Carbone, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 165.

cualitativa de la probabilidad sola y se consume en el mayor grado de aclaración de dudas, conforme a la valoración definitiva y racional de las pruebas aportadas.

La cuestión es de importancia palmaria, por cuanto debemos diseñar un concepto que supere la mera verosimilitud (*fumus bonis iuris*) de las medidas cautelares para perfilarnos directamente hacia el fondo de determinadas cuestiones en forma rápida y eficaz, sin llegar a la certeza definitiva que caracteriza a la sentencia de fondo propia de un proceso de conocimiento (cognición) pleno y, la mayoría de la veces, lento.

Por supuesto que la probabilidad no constituye certeza y sí un juicio provisional, pero también es cierto que no puede fundamentarse en meras subjetividades del juez. En tal sentido, el derecho o interés invocado por el demandante debe aparecer *prima facie* como manifiesto y suficientemente probado (“respaldado por los diversos medios probatorios admisibles que demuestren seriamente que lo postulado resulte atendible jurídicamente”) para que el Juez arribe a la conclusión de que hay una “fuerte probabilidad” de que le asiste razón en su pretensión, lo que en el pensamiento del hombre común lego se traduce en “qué debemos esperar si ya todo está dicho y probado”.

La fuerte probabilidad, en suma, no es otra cosa que la evidencia clara y convincente, la misma que se logra con una cognición sumaria, y por lo tanto no es idéntica a la certeza, que deviene en una sentencia después de un proceso ordinario de conocimiento exhaustivo¹⁰⁷.

Vásquez Ferreira¹⁰⁸ señala que “la fuerte probabilidad requiere mayor grado de certeza. Ese grado mayor de certeza se encuentra precisamente entre la certeza absoluta - solo alcanzable por una sentencia definitiva en un proceso de conocimiento - y la simple verosimilitud - muchas veces la simple alegación del derecho- y es lo que se conoce como la alta probabilidad del derecho, que en la mayoría de los supuestos funcionará contra vías de hecho”

Será, pues, el demandante de la medida autosatisfactiva quien proveerá de consistencia y veracidad a su relato fáctico si es que lo acompaña de medios probatorios documentales, informativos, periciales, testimoniales, etcétera, que avalen la “seriedad” de su pretensión. En tanto que el Juez a quien se solicita el despacho de una medida autosatisfactiva debe tener “total convencimiento de que lo postulado resulte atendible”.

Sin embargo, consideramos que el Juez no está obligado necesariamente a decidir con los únicos medios probatorios aportados ab initio por el demandante de la medida autosatisfactiva, pues no hay impedimento alguno para que, con o sin control de la contraparte eventual, disponga, de oficio o a petición de parte, la realización de medios probatorios “urgentes” -como, por ejemplo, inspección judicial, periciales, testimoniales, etcétera- para llegar al estado subjetivo interno que le permita sostener que hay “una

¹⁰⁷ Vargas, Abraham Luis. Ob. Cit. Pág. 155.

¹⁰⁸ Vásquez Ferreira, Roberto A. Las Medidas Autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor. *En* Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 424.

fuerte probabilidad” de que la pretensión planteada sea atendible.

La necesidad de justificar esa cuasi certeza del derecho invocado en que se apoya la figura en estudio es lo que imprime al trámite de las medidas autosatisfactivas las características de un verdadero juicio.

Finalmente, Peyrano¹⁰⁹ destaca que para que medie fuerte probabilidad, el derecho material alegado realmente debe asistirle al postulante, es decir, que se despache favorable sólo corresponde cuando no existiera duda razonable acerca de su procedencia.

6.3. Prestación de contracautela

La necesidad o no de otorgar contracautela, y su alcance en miras a obtener el dictado de una medida autosatisfactiva, deberá determinarse por el prudente arbitrio del Juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto en que le sea sometida a su decisión, considerando, como punto central, que la exigencia de una contracautela se encuentre en relación lógica con lo peticionado y con la irreversibilidad del anticipo de la tutela. De esta manera, si el objeto de la pretensión está destinado a consumirse por el uso del demandante es procedente la exigibilidad de que otorgue contracautela; empero, si el objeto no se consumirá o no desaparecerá en su esencia se debe dictar la medida sin asegurar el pago de futuros daños y perjuicios, es decir, sin que se otorgue contracautela.

A efectos de señalar algunos parámetros que el Juez deberá considerar al momento de solicitar la prestación o no de contracautela al demandante, parece de fundamental importancia los siguientes aspectos¹¹⁰:

- La calidad de los medios probatorios aportados por el demandante;
- El despacho de la medida sin oír a la parte emplazada; y,
- El objeto de la prestación u objeto pretendido. Respecto a este último aspecto deberá advertirse, además, la posibilidad o no de retrotraer las cosas al estado anterior al cumplimiento de la medida autosatisfactiva ordenada.

CAPÍTULO 7: TEMAS O ASUNTOS QUE PUEDEN

¹⁰⁹ Peyrano, Jorge. Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio”. Tomo 1. Corrientes, 1997. Pág. 510.

¹¹⁰ Barbieri, Jorge Germán. Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas en relación al anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Pág. 408.

TRAMITARSE COMO MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN SEDE CIVIL

Dada la delimitación y ámbito de esta tesis, en el presente capítulo nos ocuparemos de considerar e identificar aquellos casos, asuntos o temas que podrían ventilarse en este tipo de procesos, pero únicamente en sede civil, advirtiendo que, por la razón antedicha, no corresponde señalar en qué otra áreas del derecho podría aplicarse, lo cual también es factible.

Conocido es el hecho de que el proceso monitorio es usado preferentemente para la obtención de un título de ejecución de una prestación en cantidad cierta y exigible de dinero o algún otro bien fungible.

Sin embargo, nada obsta para que tal estructura procesal sea empleada en situaciones en las que el demandante goce de los presupuestos que exige la doctrina para la medida autosatisfactiva.

En tal sentido, Sergio Restovich ¹¹¹ señala que ***“son numerosas las voces que propugnan su aplicación en el proceso ejecutivo y en otros campos, tales como: cumplimiento de obligaciones exigibles de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas ciertas y determinadas, la división y partición de condominio, la restitución de cosa mueble dada en comodato, el desalojo de inmuebles por vencimiento de contrato o falta de pago, entrega efectiva de herencia, resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscritas en los respectivos registros (compra-venta de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad de producción horizontal).*”**

De igual opinión es Roland Arazi ¹¹², conforme se puede leer en su ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Corrientes, Argentina, en Agosto de 1997.

Por su parte Juan Constantino ¹¹³ estima que el mecanismo de las medidas autosatisfactivas también son útiles para resolver problemas que pudieran existir dentro del régimen de propiedad horizontal, y que comprometan la normal convivencia pacífica que debiera haber en estos predios. Así, si el propietario u ocupante de una sección exclusiva, destinara ésta para usos contrarios a la moral o las buenas costumbre, o perturbe con ruidos molestos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, o ejerza actividades que comprometan la seguridad del edificio, o deposite mercaderías

¹¹¹ Restovich, Sergio F. Ob. Cit. Pág. 388.

¹¹² Arazi, Roland. La Reforma Procesal Civil. Bases y Presupuestos Para Un Código General del Proceso. Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. “El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio”. Tomo 1. Corrientes, 1997. Pág. 194.

¹¹³ Constantino, Juan. Las Medidas Autosatisfactivas en el Régimen de la Propiedad Horizontal y la Vida Consorcial. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999. Págs. 493 a 502.

peligrosas o perjudiciales para el edificio.

Adoptar una medida como la que se propone en líneas anteriores coadyuvaría enormemente en la solución directa y concreta de la problemática de miles de personas que cohabitan edificios de propiedad horizontal, sea que lo usen para vivienda como propietarios o arrendatarios, oficinas, negocios, cocheras, etc.

Tratándose de edificios, los legitimados serán el propio afectado o la Junta de Propietarios o cualquier vecino, dependiendo de la conducta o acto vulneratorio que se realice en zona de dominio exclusivo o común.

Vásquez Ferreira¹¹⁴ refiere que la medida autosatisfactiva también podría operar en temas societarios, citando para tal efecto un caso argentino dónde la accionante era una directora de una sociedad anónima que no podía ingresar a la sede social por orden de otro director. Este autor amparó, en su calidad de Juez, la petición como una medida autosatisfactiva, decisión que fue revocada por el superior bajo el argumento de la falta de regulación legal de esta figura jurídica.

El mismo autor ensaya algunos supuestos de aplicación de la medida autosatisfactiva en el derecho de daños, en particular en temas ambientales, cuando se trata de molestias sonoras o de humo de tal entidad, que el Juez pueda percatarse de que existe un exceso sobre la normal tolerancia.

Si bien hasta ahora se ha consignado de manera expresa los temas que podrían encausarse en la vía autosatisfactiva, creemos que la posibilidad de su aplicación puede ser numerus apertus, habida cuenta que existe una enorme gama pretensiones de competencia de los Jueces Civiles que pudieran ventilarse en esta vía, debiendo el Juez, en cada caso concreto, evaluar su viabilidad a la luz de los presupuestos que tiene que cumplirse para que se despache favorablemente este tipo de medidas.

Para advertir la valía y pertinencia de las medidas autosatisfactivas en los asuntos antes señalados, tomaremos como referente, los casos de desalojo por falta de pago y vencimiento del contrato. Aquí encontraremos que las pretensiones y hechos de su propósito pueden ser debidamente probados con las pruebas aportadas y presentadas con la demanda, pudiendo el Juez perfectamente llegar, luego de una cognición sumaria, a tener clara evidencia del derecho invocado por el actor, esto es comprobar la fuerte probabilidad del derecho, razón por la cual no habría necesidad de insistir en la actual tramitación de estas causas en la vía sumarísima. Así, estos casos, que generalmente son de orden social pueden ser rápidamente atendidos, generando consecuencias incluso favorables para la actividad inmobiliaria de arrendamiento de inmuebles, pues el arrendador tendrá una vía adecuada y expeditiva para recuperar su predio ante la falta de pago o vencimiento del contrato, supuestos que en modo alguno justifican que el arrendatario permanezca en el uso del bien. Por su parte, el arrendatario que conoce de la existencia de una vía procesal como la que se propone se preocupará de cumplir los pactos que ha asumido, produciéndose entonces en cierta medida algún desaliento para que se incumplan las prestaciones.

En la actualidad, el arrendatario moroso o el que permanece en posesión del bien

¹¹⁴ Vásquez Ferreira, Roberto A. Ob. Cit. Pág. 415 a 429.

después de vencido el contrato, continúa en posesión de los bienes, pese a no tener título que lo justifique, gracias a la duración de los procesos respectivos.

Nosotros creemos y opinamos que igual razonabilidad a la expuesta podría aplicarse a los interdictos, pues si el demandante al presentar su demanda autosatisfactiva acredita los presupuestos para su concesión, no vemos dificultad alguna para que según sea el interdicto planteado, cesen los actos perturbatorios o se ordene la devolución del bien despojado. La posibilidad de tener una vía como la que se plantea en esta tesis desalentará la injustificada y proscrita acción de entrar en posesión de los bienes por la fuerza y la vía de los hechos.

CAPÍTULO 8: SIMILITUDES Y DEFERENCIAS ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

8.1 Similitudes

- Ambas pertenecen a la categoría de los procesos urgentes.
- Ambas buscan dar respuesta jurisdiccional pronta y oportuna a determinados conflictos o situaciones que no ameritan demora.
- Ambas exigen que exista el peligro en la demora, esto es, la necesidad impostergable de tutela inmediata.
- Ambas se despachan inaudita et altera pars, salvo en aquellos casos de medida autosatisfactiva donde el Juez estime necesaria una sustanciación previa o audiencia preliminar en vista de la necesidad de comprobación del derecho invocado, cuya fuerte probabilidad no aparece nítida de la demanda y prueba aportada.
- En ambas, la resolución favorable dictada se ejecuta inmediatamente, pues de actuarse en sentido contrario se contraviene su finalidad.
- En ambas, los recursos que se interponen contra la resolución que las concede, no son suspensivos de la decisión adoptada, pues sino se frustraría su finalidad.
- En ambas, el ejercicio del derecho de contradicción se difiere o posterga para después de la decisión judicial, salvo el caso de aquellas medidas autosatisfactivas donde el Juez estime necesaria una sustanciación previa o audiencia preliminar en vista de la necesidad de comprobación del derecho invocado, cuya fuerte probabilidad no aparece nítida de la demanda y prueba aportada.

8.2 Diferencias

- Las medidas autosatisfactivas, a diferencia de las cautelares, satisfacen definitivamente la pretensión contenida en la demanda.
- Los presupuestos de la medida cautelar son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y la contracautela para su ejecución. En cambio, para la autosatisfactiva se exige daño inminente e irreparable, fuerte probabilidad del derecho invocado, y la prestación de contracautela sujeta al arbitrio del juzgador.
- La medida cautelar es un proceso instrumental, en tanto que la autosatisfactiva es un proceso autónomo.
- La medida autosatisfactiva no es provisional ni variable, como si lo es la cautelar.
- La resolución dictada en la medida autosatisfactiva, si ha quedado firme, constituye cosa juzgada, calidad que no corresponde en ningún caso a la resolución cautelar.
- Para la decisión cautelar el Juez prejuzga, en tanto que para la autosatisfactiva, juzga.

TÍTULO VII. UNA APROXIMACIÓN A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN LA JURISDICCIÓN Y EL FORO NACIONALES

CAPÍTULO 1: ANÁLISIS DE UN CASO JUDICIAL PERUANO SOBRE MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

1.1. Solicitud de medida autosatisfactiva

Petitorio.

La Compañía Minera Huarón S.A. (empresa cuyo objeto social es dedicarse a la exploración y explotación de concesiones y yacimientos mineros y a todas las actividades conexas derivadas de dicha explotación) formula una solicitud de tutela urgente (medida autosatisfactiva) ante una catástrofe inminente por ante el Juzgado Especializado en lo

Civil de Cerro de Pasco, con el propósito de que se disponga y ejecute la colocación de tapones de seguridad en las instalaciones subterráneas de su concesión minera en el distrito minero de Huarón- Animón, ubicado en la sierra central, flanco oriental de la Cordillera Occidental de los Andes en el departamento de Cerro de Pasco, distrito de Huayllay, a un altura de 4600 metros sobre el nivel del mar, a efectos de mitigar la inminente catástrofe.

Relación jurídico procesal.

Se notificará a la Empresa Administradora Chungar S.A., en su unidad minera Animón, distrito de Huallay, provincia y departamento de Cerro de Pasco, pues el conducto subterráneo que será taponeado es de convivencia mutua.

Vía procedimental.

No teniendo vía procedimental propia, consideran que debe tramitarse en los marcos del Proceso Cautelar, conforme a los principios de vinculación, formalidad y elasticidad dispuestos por el artículo IX del Código Procesal Civil.

Fundamentación de hechos.

Situación del sistema subterráneo Chungar- Huarón

Su labor minera se encuentra en extremo peligro, al comprobarse que el puente de roca ubicado en el fondo de la Laguna Naticocha y el nivel 540 de Chungar no garantizan la estabilidad requerida para soportar la presión de 11'000,000 m³ de agua; mas aún cuando dicha cantidad de líquido viene creciendo, sistemáticamente, en volumen como consecuencia del evento natural del "Fenómeno del Niño", el mismo que provoca una serie de lluvias en los Andes.

El alto peligro y la falta de previsión es más preocupante al tener su nivel 250 totalmente inundado por causa de la mala interconexión del nivel 270 de Chungar, pues la ejecución de este nivel se realizó sin considerar el cumplimiento de mínimas medidas de seguridad. Esta inundación creó un enorme volumen de agua entrampada, asociada a una acumulación considerable de lodo y barro en una columna de 25 metros de altura, situación que ha hecho que se declare en inminente peligro y de extrema emergencia su labor minera hasta no conjurar el peligro existente y que, en cualquier momento, pueda terminar en un desastre de mayúsculas proporciones.

- Daños previsibles que se desean evitar

Los daños personales, que se constituirían en irreparables, serían la pérdida de las vidas humanas de aproximadamente 110 trabajadores de la mina Chungar y 250 trabajadores mineros de Huarón, que podrían encontrarse laborando en la ocurrencia de la catástrofe.

El posible daño y contaminación al medio ambiente por la salida y desfogue de un gran volumen de agua con lodo y barro, así como consecuencia del estancamiento de aguas en un medio cerrado con presencia de minerales, cuyo desfogue abrupto ocasionaría daños irreversibles sobre los poblados de San José y Canchacucho y el Río Mantaro y su entorno.

Asimismo, el daño a las instalaciones mineras y reservas minerales que ocasionaría

el cierre de ambas minas provocaría su abandono y posterior quiebra, que atentarían contra el ingreso de divisas al país y el pago de impuestos al Estado, así como dejar sin ingresos por trabajo a las familias de trabajadores mineros y la pérdida de las reservas mineras de Huarón que ascienden a 8'500,000 TMS, con un valor económico de US \$ 40 (cuarenta dólares americanos) por tonelada métrica, que generaría una utilidad, en condiciones actuales de cotizaciones de metales y costos de producción, de US \$ 25'500,000 (veinticinco millones quinientos mil dólares americanos).

Medidas preventivas que son necesarias ejecutar a efecto de superar la situación de peligro existente en la labor minera

La construcción de tapones de seguridad en sus labores mineras de los niveles 400 y 250, con el objeto de controlar y mitigar los efectos causados por el colapso abrupto de la laguna Naticocha, al margen de cualquier otra medida preventiva que pudiera adoptar Chungar para proteger y preservar sus propias operaciones mineras.

Peligro en la demora

Los inminentes riesgos de orden humano y económico hacen imprescindible una resolución judicial rápida y efectiva con el propósito de evitar desgracias.

Verosimilitud del derecho invocado

Más que verosimilitud, existe una situación de certeza real, basada en los hechos expuestos y en los medios probatorios ofrecidos, que hace inequívoca una decisión judicial amparando la pretensión de medida autosatisfactiva.

Necesidad urgente de tutela

Considerando la situación de incertidumbre en la que realizan sus labores mineras, existe urgente necesidad de que se conceda el petitorio, para lo cual el juez podrá apreciar que el cumplimiento de la resolución recaerá bajo su responsabilidad, al realizarse en sus instalaciones mineras y con su peculio.

Principales medios probatorios ofrecidos

Informe geológico- geotécnico de la galería del nivel 540 de la mina Animón de la Empresa Administradora Chungar S.A., elaborado por el Instituto para la conservación del medio ambiente.

Concluye que ***“(...) las presiones verticales ejercidas en la labor del nivel 540 por carga hidrostática, de lodos y rocas es de 79,950 Kg/m², generando un problema potencial ante un inminente colapso de la laguna Naticocha y la consiguiente pérdida de vidas humanas y de labores mineras, inundación y colmatación de las minas Chungar (Animón) y Huarón; (...) la irrupción vilenta de agua y lodo de la laguna Naticocha en las labores mineras subterráneas es posible en cualquier momento, considerando el poco puente de roca de mala calidad (13.00 m.) que existe entre el basamento o fondo real de la laguna Naticocha y el techo de la galería del nivel 540; hecho que atenta contra la vida de 350 trabajadores mineros de Animón y Huarón (...)*”**.

Por lo que recomienda que ***“(...) en acción preventiva y en resguardo de la vida de los 350 trabajadores mineros, daños materiales y la protección del medio***

ambiente; Huarón debe colocar tapones de seguridad en sus instalaciones subterráneas a efecto de mitigar una catástrofe, al margen de cualquier otra medida preventiva que pudiera adoptar Chungar para proteger sus operaciones mineras”.

Oficio N° 666-97-EM/DGM de fecha 27 de junio de 1997, dirigido por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas a la Empresa Administradora Chungar S.A. sobre las medidas de seguridad en las labores de los niveles 310 y 540 emplazadas debajo de la laguna Naticocha.

Le manifiestan a la Empresa Administradora Chungar S.A. que estaría realizando labores mineras en el nivel 540 que podrían constituir un riesgo por debilitar el puente de roca existente con el nivel 310 y el fondo de la laguna Naticocha, con el consiguiente riesgo de inundación de las labores mineras de Chungar y Huarón. Por lo que, ante esta preocupante situación, le solicitan evaluar las condiciones de las labores mineras y disponer las medidas de seguridad necesarias que el caso amerite, especialmente la colocación de contrapuertas que se cierren automáticamente en caso de un sismo u otro movimiento tectónico a fin de asegurar el confinamiento de las aguas que pudieran descargarse desde la laguna Naticocha; quedando establecido que cualquier accidente que se produzca como consecuencia de la ejecución de labores mineras, sin las medidas de prevención requeridas, que ocasionen daños a las operaciones y/o al personal serán de su entera responsabilidad.

Fundamentación jurídica

Herramientas legales que permiten al órgano jurisdiccional amparar la pretensión de tutela urgente o medida autosatisfactiva.

El artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política de 1993 ampara, como principio y derecho de la función jurisdiccional, ***“la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva”***. En este sentido, el juez debe asegurar la certeza, justicia y legitimidad de un resultado judicial.

Este argumento es concordante con el artículo 139 inciso 8) de la Constitución Política que establece, como otro principio y derecho de la función jurisdiccional, ***“el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”***. Ello obliga al juez, director del proceso, a otorgar siempre tutela sin que pueda eximirse en la ausencia de una norma de derecho material que le permita resolver *meritum causae* la controversia.

Los principios contenidos en nuestro Código Procesal Civil permiten al magistrado adecuar las exigencias de los justiciables al logro de los fines del proceso.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil prevé que ***“en caso de vacío del Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, en atención a las circunstancias del caso”***.

El juez deberá tener presente que el artículo 546 inciso 6) de la norma adjetiva prevé la existencia de los casos de urgencia de tutela jurisdiccional, en los cuales el juez debe considerar atendible su admisión.

1.2. Resolución judicial de primera instancia

Con fecha 11 de setiembre de 1997, el Juez Mixto de la provincia de Pasco resolvió autorizar la solicitud de tutela urgente o medida autosatisfactiva a fin de que la recurrente (Compañía Minera Huarón S.A.) pueda ejecutar la colocación de tapones de seguridad en las instalaciones subterráneas de la concesión minera ubicada en el distrito minero de Huarón - Animón en el departamento de Cerro de Pasco.

La ejecución de la medida se realizará dentro de los alcances de la concesión de la Mina Huarón y bajo estricto costo de la misma, no configurándose ningún riesgo para las labores de la vecina Mina Chungar.

Consideró:

- Que, de los medios probatorios que se adjuntan se ha formado criterio respecto de la evidente verosimilitud del peligro real que existe actualmente en las labores mineras Chungar- Huarón respecto del posible desembalse de la laguna Naticocha.
- Que, siendo evidente que la búsqueda de tutela del actor no se puede encausar, por sus características propias de evitar un daño previsible, dentro de los procesos previstos por nuestra normatividad procesal, se hace necesario aplicar por analogía la primera parte del artículo 618 del Código Procesal Civil, que permite la adopción de medidas anticipadas para evitar un perjuicio irreparable.
- Que, el objetivo principal del juzgador es resolver los conflictos de intereses (no dejando de administrar justicia por vacíos o deficiencias de la ley y aplicando los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario) y, en este caso, eliminar la incertidumbre y peligro en que laboran los empleados de la accionante como de la Mina Chungar.
- Que, la doctrina procesal moderna ofrece tutela urgente o medida autosatisfactiva en casos muy especiales de evidente peligro de producirse un daño.

1.3. Recurso de apelación interpuesto por la empresa emplazada

Apelan en ambos efectos la resolución de fecha 11 de setiembre de 1997, que faculta a la Compañía Minera Huarón S.A. a colocar tapones en las instalaciones subterráneas de desagüe que son de uso común.

- Sustento de la impugnación

Que, el superior anule totalmente la resolución ocurrida porque:

- Se ha expedido sin cumplimiento de los requisitos de ley previos, cuya omisión vulnera los derechos de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.
- Se ha expedido sin observancia de los requisitos exigidos para una medida cautelar asimilada.
- Que, si el superior considera válidamente emitida la resolución, que la revoque

totalmente y, reformándola, declare infundada la solicitud.

- Naturaleza de los agravios

Errores procesales que causan agravios y causan la nulidad

a. La solicitud de medida cautelar debió cumplir con el otorgamiento de contractuela.

b. La medida cautelar anticipada es aquella que constituye anticipo de lo que eventualmente se dictaría en la sentencia; por lo que es imposible dictar medida anticipada de algo que no existe, porque no se ha señalado cuál es la controversia que se ha suscitado, o sea cuál es el petitorio que se dirige contra la recurrente.

c. Trascendencia, alcance y efectos de la nulidad.- La nulidad debe declararse porque:

- El acto procesal carece de los requisitos indispensables para cumplir su finalidad, que es la de poner fin a contradicción válida en la instancia del caso; privándosele de los derechos de contradicción, de actuar ante el juez conocido y determinado y de publicidad del proceso.
- La subsanación de los vicios ocurridos si puede influir en el sentido y consecuencias de la resolución.
- Tienen interés propio y directo porque son parte demandada agraviada y no han podido ejercer defensa ante el juzgado antes de expedido el auto que constituye una sentencia disfrazada de medida cautelar.

Errores de juzgamiento que causan agravio legal y económico

La defectuosa calificación de hechos y del derecho, porque se ordena cumplir una medida cautelar que puede paralizar sus operaciones mineras y que impide ejercer un derecho que contractualmente tienen pactado con la Compañía Minera Huarón S.A.

- Fundamentos de fondo

Las nulidades

Se ha violado el derecho constitucional debido al proceso, porque el juzgado ha emitido una resolución que constituye medida anticipada de una sentencia de proceso que no existe y que la solicitante anuncia que no va a existir. So pretexto de un caso singular y heterodoxo no previsto en la ley, el juzgado ha anticipado sentencia respecto a sus derechos a desaguar a través de los canales subterráneos en cuestión.

La medida dictada afecta sus derechos, sin haber sido oídos ni juzgados y sin derecho de contradicción, ni de actuar o cuestionar medios probatorios. En particular, sin posibilidad de contradecir el grave perjuicio para sus operaciones que supone la colocación de los tapones en túneles que sirven a ambas empresas.

Toda medida cautelar es provisoria e instrumental, o sea dependiente del petitorio principal. En el presente caso, la extraña decisión cautelar tiene vocación de ser definitiva y, por lo tanto, es nula.

El juzgado ha incumplido el artículo 610º inciso 4) y el artículo 618º del Código

Procesal Civil, a pesar de que de la solicitud se desprende que se puede causar daños con el cierre de los túneles.

La cuestión de fondo

Se demuestra la falta de verosimilitud de los argumentos de la solicitante, por lo siguiente:

a. Con fecha 5 de octubre de 1963, la Compañía Minera Huarón S.A. y los señores Galjuf celebraron una transacción judicial que comprende sus concesiones mineras Anita -padrón 3137, Montenegro -padrón 3139, Naticocha -padrón 3138 y La Esperanza -padrón 3839. Posteriormente, estos derechos mineros son asumidos por su Empresa Administradora.

En dicho contrato, Huarón se comprometió a permitir el libre tránsito de los materiales de desagüe de sus instalaciones mineras. Si Huarón considera que existen razones para incumplir su convenio, o modificarlo, debe recurrir al arbitraje pactado.

Sus derechos de desagüe derivan de un contrato y, en tal sentido, la medida cautelar no debió expedirse.

b. Las autoridades mineras ya han tomado conocimiento de los inconvenientes y Huarón ha solicitado la singular medida concedida irregularmente por el juzgado a fin de evitar dar cumplimiento a lo dispuesto por las autoridades administrativas.

Por Resolución del 9 de octubre de 1996, el Director General de Minería resolvió, entre otros puntos, que ambas empresas cumplieran conjuntamente con rehabilitar el nivel 420 de Huarón para que desagüen sus drenajes de agua de mina por dicho túnel.

c. El objetivo de Huarón es incumplir con el contrato que suscribió en 1963, así como las resoluciones de la autoridad minera y, en lugar de invertir en la rehabilitación de una manera coordinada, pretende que una irregular medida cautelar constituya sentencia y la libere de sus obligaciones contractuales y legales, taponando los túneles.

1.4. Resolución judicial de segunda instancia

Con fecha 21 de noviembre de 1997, la Sala Civil de Huánuco resolvió, por mayoría, revocar la sentencia de primera instancia y, reformándola, declararon infundada la medida autosatisfactiva solicitada por la Compañía Minera Huarón S.A.

Consideró:

- Que, frente al pedido de disponer y ejecutar la colocación de tapones de seguridad en las instalaciones subterráneas de la concesión minera a efectos de mitigar una inminente catástrofe, encontramos en el Código Procesal Civil los artículos 629 (que permite solicitar una medida cautelar genérica que asegure el cumplimiento de la decisión definitiva) y 674 (que permite una medida temporal sobre el fondo, en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta). En este caso, el juez pudo haber atendido tal pretensión procediendo a su dictado, siempre que se cumpla con los requisitos de procedibilidad, como es el de asegurar el resultado final de un proceso y la contracautela respectiva.

- Que, el justiciable pudo haber señalado el proceso sumarísimo para canalizar su pretensión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 546 inciso 6) que permite la tramitación de asuntos contenciosos que no tienen una vía procedimental propia o porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional el juez considera atendible su pedido.

- Que, las concesiones mineras de las dos empresas referidas tienen sus instalaciones interconectadas entre si a través de los niveles cuatrocientos veinte, cuatrocientos y doscientos setenta- doscientos cincuenta y que el conducto subterráneo que sería taponeado era una zona de convivencia mutua entre Huarón y Chungar; por lo que la resolución impugnada no ha cautelado los derechos de la Empresa Administradora Chungar S.A. y no constituye el resultado de un proceso justo y equilibrado, ni menos ampara la tutela jurisdiccional efectiva a que también tiene derecho.

- Que, la resolución impugnada ha originado un conflicto entre las citadas empresas mineras, en tanto que el tapón de seguridad fue colocado por la Compañía Huarón S.A. por disposición del Juzgado Mixto de la provincia de Pasco, cuando aún dicha resolución no había quedado consentida.

Voto discordante del Vocal Superior Picón Ventocilla, porque se confirme el auto apelado que resolvió autorizar la presente solicitud de tutela urgente o medida autosatisfactiva.

Consideró:

- Que, se determinó el previsible colapso de la laguna Naticocha sobre las instalaciones subterráneas de Animón y Huarón, atentando contra la vida de trescientos cincuenta trabajadores mineros, poblados de Ihsocucana, Huayllay, San José, entre otros, y contaminación del medio ambiente. Estas situaciones aunadas a la existencia innegable, pública y notoria del denominado “fenómeno del niño” forman convicción de la producción de una catástrofe que es necesario prevenir.

- Que, existe de una parte el interés económico de la Empresa Administradora Chungar S.A. de que se respete el derecho de desagüe de sus instalaciones mineras y, de otro lado, el de evitar una catástrofe que ocasionaría esencialmente la pérdidas de vidas humanas.

- Que, uno de los objetivos principales del Poder Judicial es brindar una respuesta jurisdiccional pronta, oportuna y eficaz. En este contexto, resulta evidente que si bien la medida autosatisfactiva como tal no se halla legislada procesalmente, doctrinariamente está reconocida no sólo su existencia sino su necesidad; asimismo, es aplicada jurisprudencialmente en países como Argentina.

- Que, el juez debe superar los vacíos legales en razón que no le está permitido dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; por lo que, existiendo el grave peligro de un desastre con pérdidas de vidas humanas, antes que el formalismo procesalista irrestricto debe primar el valor justicia que privilegia indudablemente el derecho a la vida.

- Que, la razón de ser de la medida autosatisfactiva no se halla acorde con un proceso sumarísimo, pues aquella requiere de una respuesta inmediata del operador jurisdiccional que sólo puede aplicarse en casos excepcionales como el presente. Esta

medida no viola el derecho al debido proceso por cuanto su ejecución sólo puede hacerse efectiva cuando la resolución queda consentida o ejecutoriada, de modo que al hacer uso del recurso de apelación el justiciable ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

1.5. Recurso de casación interpuesto por la compañía solicitante

Impugnan la Resolución expedida por la Sala con fecha 21 de noviembre de 1997.

- Requisitos de procedencia

El recurso se sustenta en el artículo 386° incisos 2) y 3) del Código Procesal Civil, esto es, por al inaplicación de normas de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Fundamentos respecto a la inaplicación de normas de derecho material

a. La Sala debió tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución Política del Perú

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Se puede verificar que la solicitud de medida autosatisfactiva busca la defensa de la persona humana y, particularmente, de sus trabajadores y de los trabajadores de la vecina Mina Chungar S.A. ante la posibilidad real que se concrete un daño irreparable al derecho a la vida, pues los hechos probados configuran un alto riesgo, al estar corroborados por los informes de las autoridades administrativas.

La concurrencia del colapso de la laguna Naticocha configura la posibilidad de ocasionarse daños personales contra la vida de los trabajadores y los daños materiales contra el medio ambiente e instalaciones y reservas minerales.

Considerando la situación de incertidumbre en la que laboran, tenían urgente necesidad que se les conceda el petitorio de su acción, para lo cual se podrá apreciar que el cumplimiento de dicha resolución sólo dependerá de su responsabilidad, la realizarse en sus instalaciones mineras y bajo su costo. Agregan que la Empresa emplazada no se vería afectada, pues no realizan explotación en las zonas donde se realizaría el taponeo.

b. La Sala ha debido, también aplicar lo dispuesto en el artículo 139° inciso 8) de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío deficiencia de la ley”.

Los “supuestos fácticos” que crean un vacío, y que es necesario cubrir, se dan evidentemente en el presente caso, al ser ésta una acción que tiene típicas características de una medida cautelar anticipada, pero con la diferencia sustancial que no se instrumentaliza con un proceso principal sino que se agota en si mismo, esto significa que una vez satisfecha la pretensión urgente no se necesita instrumentalizar un proceso principal, lo cual no es posible con los procesos taxativamente señalados por nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, nos encontramos ante un proceso urgente o de

medida autosatisfactiva, autónomo de cualquier otra pretensión, principal o cautelar.

En el caso de autos, la pretensión urgente se viabilizará cuando se autorice -cubriendo el evidente vacío de la ley- mediante una decisión judicial, la ejecución de las recomendaciones previstas por las autoridades mineras, de modo tal que evite el daño inminente que pudiera sobrevenir en sus instalaciones mineras. Así, se estaría cumpliendo con el imperativo de prevenir los daños antes que ocurran o de impedir su continuidad o su agravación.

Fundamentos respecto a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso

El debido proceso garantiza que las reglas de la organización judicial se realicen respetando las garantías constitucionales y legales vigentes. Sin embargo, en el trámite del presente proceso, la certeza, la justicia y la legitimidad del resultado han sido evadidas al no existir una motivación escrita de determinados fundamentos utilizados por ambas partes, configurándose una evidente evasión del texto constitucional que, en su artículo 139 inciso 5), señala la necesidad de motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Al respecto, la resolución recurrida señala: ***“(...) que el fundamento (...) configura la posibilidad de ocasionar daños personales irreparables de la pérdidas de vidas humanas de los trabajadores de ambas empresas mineras, daños materiales e instalaciones mineras en el subsuelo han sido desvirtuadas a mérito del estudio geo-mecánico del nivel quinientos cuarenta (...)”***. Es decir, la Sala Civil hace suyas las conclusiones de un estudio geo-mecánico presentado por la emplazada, pero, sorprendentemente, no hace la valoración conjunta con los informes oficiales de las autoridades mineras.

1.6. Ejecutoria de la Sala Civil de la Corte Suprema de la República¹¹⁵

Con fecha 28 de abril de 1998, la Sala Civil Suprema declaró nulo el concesorio e inadmisibles los recursos de casación.

Consideró:

- Que, este proceso, por propia petición de la recurrente, se ha tramitado como cautelar.
- Que, nuestra legislación ha previsto la vía procesal para los pedidos de tutela jurisdiccional urgente en el artículo 546º inciso 6) del Código Procesal Civil (procesos sumarísimos) a la que no se ha recurrido, por lo que no se trata de un vacío legal.
- Que, la medida dictada en un proceso cautelar es provisoria, instrumental y variable, de tal manera que no constituye cosa juzgada y no reúne los requisitos de admisibilidad del recurso de casación.

¹¹⁵

Es necesario señalar que días antes de que se expida la Ejecutoria Suprema, específicamente el 23 de abril de 1998, se produjo el desfonde de la Laguna Naticocha dentro de las instalaciones de la compañía Minera Chungar, causando pérdidas humanas y económicas.

1.7. Argumentos principales de la demanda y resoluciones judiciales dictadas en este caso

- De la demanda

- La actora solicitó tutela efectiva y urgente ante la inminencia de un perjuicio irreparable.
- La fuerte probabilidad del derecho invocado en la demanda fue sustentada con los fundamentos fácticos y la prueba aportada.
- En la fundamentación jurídica se nota base constitucional y el esfuerzo por justificar la aplicación de la medida autosatisfactiva bajo el supuesto del vacío legal, frente a lo cual no puede dejarse de administrar justicia, conforme lo prescribe el artículo 139°, inciso 8 de la Constitución.
- En la demanda no se ofreció contracautela.

- De la resolución de primera instancia

- El Juez se convence del peligro inminente y atiende positivamente el petitorio.
- Para justificar su decisión busca la aplicación por analogía de las medidas anticipadas que prevé el artículo 618° del C.P.C. para evitar el perjuicio irreparable.
- Se considera que el Juez debe resolver el conflicto de intereses y no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.
- Se apoya en la doctrina procesal moderna en materia de medidas autosatisfactivas.

- Resolución de segunda instancia

Voto mayoritario

- Estimó que el petitorio debió encausarse como medida genérica o temporal sobre el fondo, por lo que debió ofrecerse contracautela.
- Consideró que el petitorio también pudo encausarse en el proceso sumarísimo (art. 546 inc. 6)
- Señaló que al estar interconectadas las instalaciones de ambas partes y que el conducto a taponearse es zona de convivencia mutua entre la actora y la emplazada, la resolución impugnada no ha cautelado los derechos de la emplazada, no siendo el resultado de un proceso justo, equilibrado ni menos ampara la tutela jurisdiccional efectiva a que también tiene derecho.
- Sostiene que la resolución impugnada ha originado un conflicto entre ambas empresas, porque el tapón fue colocado por la demandante sin que haya quedado consentida la resolución de primera instancia.

Voto minoritario

- El Magistrado se convenció del peligro inminente.
- Reconoce que la medida autosatisfactiva no tiene regulación legal, pero también admite su presencia doctrinaria y aplicación jurisprudencial en Argentina.
- Sostiene que el Juez debe superar los vacíos legales y administrar justicia, primando el valor justicia y el derecho a la vida por encima del formalismo procesalista.
- Considera que la medida autosatisfactiva no vulnera el debido proceso, porque su ejecución solo se hace efectiva cuando la resolución queda consentida o ejecutoriada, de modo tal que el justiciable ejerce su derecho de defensa cuando apela de la decisión.

- Resolución casatoria

- Estima que no hay vacío legal, pues los pedidos de tutela jurisdiccional urgente tiene la vía procesal sumarísima prevista en el inciso 6 del artículo 546° del C.P.C.
- Considera que la medida cautelar es provisoria, instrumental y variable, de tal manera que no constituye cosa juzgada y por ende no reúne los requisitos de admisibilidad del recurso.
- Resolvió declarar nulo el concesorio e inadmisibile el recurso de casación.

1.8. Conclusiones

- El caso en estudio da cuenta de una pretensión autónoma que requería de tutela urgente, pues quedó probado el peligro inminente y la fuerte probabilidad del derecho.
- El amparo y atención de la pretensión incoada satisfacía plenamente el derecho de la actora, haciéndose innecesaria la instauración de un posterior proceso.
- El criterio jurisprudencial que amparó la pretensión justificó su posición a partir del vacío y deficiencia legal, y aplicó por analogía la regla del artículo 618° del CPC, relativo a la medida cautelar anticipada para evitar un perjuicio irreparable.
- El criterio jurisprudencial que desestimó el pedido consideró que el mismo debió encausarse en el proceso cautelar o el sumarísimo, desconociendo por completo la medida autosatisfactiva.
- Ninguno de los dos criterios manejó adecuadamente los presupuestos que deben observarse para la concesión de una medida autosatisfactiva. En efecto, solo se hizo referencia al peligro inminente, mas no a la fuerte probabilidad del derecho y tampoco a la necesidad o no de la contracautela.
- La dualidad de criterios en comentario revela la necesidad de regular de manera clara y explícita las medidas autosatisfactivas, pues finalmente el justiciable es el gran perdedor cuando los Jueces prefieren las formas y no flexibilizan sus criterios.
- Lo real y concreto es que el oportuno amparo de la petición de la actora hubiese evitado las pérdidas humanas, materiales y económicas, que después fueron

conocidas de manera pública a través de los medios de comunicación social.

CAPÍTULO 2: LA APLICACIÓN DE UNA ENCUESTA SOBRE MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

2.1. Descripción

Con el propósito de averiguar el nivel de conocimientos de los operadores jurídicos acerca de las medidas autosatisfactivas, y si ellas estaban reguladas en el Código Procesal Civil Peruano, elaboramos y aplicamos una encuesta con preguntas cerradas destinadas específicamente a tales efectos.

Dicha encuesta se aplicó a 30 magistrados en lo civil y paz letrado, 20 profesores universitarios de la especialidad, 300 abogados litigantes en temas civiles, 300 egresados y 500 estudiantes del último año de derecho, es decir, se aplicó a 1,150 personas.

La tabulación de la encuesta aplicada arrojó los siguientes resultados:

- Respecto al conocimiento de las medidas autosatisfactivas:

	Suficientemente	Medianamente	No conocen	Total
Magistrados	06	20	4	30
Prof. Univ.	07	10	3	20
Abogados	37	179	84	300
Egresados	16	73	211	300
Est. ult.. año	23	62	415	500
Total	89	344	717	1150

- Respecto a si el C.P.C. peruano regula o no las medidas autosatisfactivas:

	Si las regula	No las regula	Total
Magistrados	07	23	30
Prof. Univ.	08	12	20
Abogados	71	229	300
Egresados	46	254	300
Est. último año	37	463	500
Total	169	981	1150

2.2. Conclusiones generales de la encuesta

- Como se aprecia del primer cuadro, la mayoría de encuestados desconoce sobre las medidas autosatisfactivas, aproximadamente un tercio de ellos señaló conocerlas medianamente, y menos del 10% dijo conocerlas suficientemente.
- Del segundo cuadro se nota claramente que la gran mayoría coincide en que las medidas autosatisfactivas no están reguladas en el C.P.C. peruano, mientras que un poco más del 10% considera que sí lo está.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

CONCLUSIONES

- La doctrina procesal moderna propone el eficientismo procesal como forma de hacer ciencia útil, identificada con los reclamos y necesidades impostergables de la población en temas de justicia.

- Las medidas autosatisfactivas son procesos urgentes y autónomos. que requieren de la fuerte probabilidad del derecho que se invoca e impostergable necesidad de recibir tutela inmediata, y son despachables inaudita pars, o, excepcionalmente, oyendo a la parte contraria.

- Las medidas autosatisfactivas dan soluciones urgentes a pretensiones de igual naturaleza, satisfaciéndolas de modo definitivo.

- La medida autosatisfactiva debe encausarse dentro del proceso monitorio documental, cuya estructura es acorde con la naturaleza y finalidad de dicho proceso urgente.

- Es pertinente, dada la naturaleza de la medida autosatisfactiva, así como la urgencia de tutela que reclama el actor, que la apelación contra el auto que ampara una petición autosatisfactiva, sea sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, pues en caso contrario, de concederse con efecto suspensivo, se desnaturalizaría la medida y seguramente se frustraría la tutela solicitada.

- Mas allá de la diferente terminología empleada en la doctrina para denominar a esta figura jurídica, consideramos adecuado y conveniente emplear la denominación de

proceso autosatisfactivo, porque con la expresión proceso queda claro no solo su carácter autónomo y principal, sino que en él se resolverán de manera definitiva conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, acorde con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Además, obviando la expresión “medida”, dejamos atrás la idea de asociarla a la medida cautelar, evitando de esta forma que se piense en su accesoriedad. Finalmente, la conveniencia del término autosatisfactiva, fluye de su mayor divulgación práctica y doctrinaria. Por lo demás, dicha denominación la define por sí misma, siendo innecesario acudir a mayor explicación.

- La doctrina cautelar clásica y los tipos cautelares previstos en nuestro C.P.C., son insuficientes para solucionar todos los casos urgentes, siendo su principal falencia que necesaria e ineludiblemente debe instaurarse o sostenerse un proceso principal a fin de mantener vigente la medida cautelar concedida, proceso principal que muchas veces no es deseada ni querida por los justiciables.

- La regulación legal de nuestro C.P.C. en materia de procesos urgentes (medidas cautelares y asuntos urgentes tramitables en el proceso sumarísimo de acuerdo al inciso 6 del art. 546) no comprende a las medidas autosatisfactivas.

- Los operadores jurídicos, de acuerdo a la encuesta aplicada, mayoritariamente desconocen o conocen medianamente el tema de las medidas autosatisfactivas, mientras que la gran mayoría estima que ellas no están reguladas en el actual Código Procesal Civil peruano.

- La incorporación legal de nuevas herramientas procesales que aporta la doctrina procesal moderna, como es el caso de las medidas autosatisfactivas, es fundamental para mejorar el servicio de justicia, coadyuvar a la legitimación social del Juez, y principalmente para beneficiar a los justiciables.

- Es imperativo regular y normar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil peruano, en aras de la eficacia, celeridad y certeza en las áreas procesal y sustantiva del derecho.

- La regulación normativa de las medidas autosatisfactivas en nuestro proceso civil servirá para resolver con eficacia y eficiencia los asuntos que la ley establezca, que a tenor de nuestra sugerencia y propuesta deben estar vinculados a temas de alcance social. Al respecto, si bien se han identificado diversos asuntos o temas dónde podría aplicarse la medida autosatisfactiva, consideramos que la ley debe consignar de manera expresa algunos asuntos que ofrecen menor dificultad para tramitarse en esta vía, dejando abierta la posibilidad (*numerus apertus*) de que sean ventiladas en ella otras pretensiones que cumplan los presupuestos para la viabilidad de las autosatisfactivas.

- Es tarea de todos cuidar y vigilar la calidad constitucional, y la eficacia sustantiva y procesal de la medida autosatisfactiva, para lo cual no debe desnaturalizársela, debe tenerse presente la bilateralidad en forma suficiente y razonable, y debe evitarse la tendencia a su uso indiscriminado, como ocurrió en alguna época con la acción de amparo.

SUGERENCIAS

Como resultado de este trabajo de investigación nos permitimos proponer como

única sugerencia un proyecto de ley que regule a las medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Creemos que la propuesta normativa además de ser simple y clara, debe: recoger los presupuestos que la doctrina establece para la viabilidad de estas peticiones; regular el trámite que debe dársele, así como el régimen de impugnación; y, establecer *numerus apertus* los asuntos que deben tramitarse en este proceso.

Debe advertirse que la creación de esta nueva herramienta procesal no implicará la derogación de otros dispositivos que actualmente regulan los asuntos o materias que deberían, a nuestro criterio, ventilarse en sede autosatisfactiva, todo ello en razón de que esta nueva vía tiene presupuestos específicos para su viabilidad, que si no se cumplen, dejan siempre abierta otra opción mas lata para el justiciable. Así, si la pretensión es de desalojo por falta de pago, y el actor no cuenta con pruebas que le permitan demostrar la fuerte probabilidad de su derecho en un proceso autosatisfactivo, creemos que debe tener, por ser razonable y justo, otra oportunidad de probar su derecho en una vía mas lata, sea sumarísima o de conocimiento.

“PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL PROCESO AUTOSATISFACTIVO EN EL PROCESO CIVIL”

ARTICULO 1.- El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba aportada, considere que está acreditada la fuerte probabilidad del derecho y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, dictará resolución autosatisfactiva. De acuerdo a las circunstancias del caso, el Juez queda facultado a solicitar la contracautela real o personal que estime pertinente y suficiente.

ARTÍCULO 2.- La resolución autosatisfactiva de amparo o rechazo de la petición deberá dictarse sin oír a la parte contraria. Sin embargo, excepcionalmente, el Juez puede realizar dentro de tercero día de recibida la petición, una previa sustanciación o audiencia, con citación de la parte contraria, siempre que la materia controvertida y las circunstancias del caso así lo justifiquen.

ARTICULO 3.- Procede apelación con efecto suspensivo contra el auto que rechaza la petición, y apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida contra el auto que ampara la petición.

ARTICULO 4.- Sin perjuicio de la apelación, el demandado o tercero legitimado podrá también solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución autosatisfactiva que lo afecta, si acredita con prueba suficiente y de manera indubitable la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación, debiendo en tal caso prestar contracautela suficiente que el Juez determinará.

ARTÍCULO 5.- Se tramitan en el proceso autosatisfactivo autónomo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Desalojo por vencimiento de plazo del contrato o falta de pago de la renta.
2. Interdictos de retener y recobrar.
3. Otorgamiento de escritura pública.
4. División y partición de bienes sujetos a co propiedad.
5. Aquellos cuya pretensión persiga la cesación inmediata de conductas o vías de

hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho, según la legislación sustantiva o adjetiva.

6. Los demás que la ley señale.

ARTICULO 6.- Son competentes para conocer los asuntos indicados en los incisos 2, 3, 4 y 5, exclusivamente, los Jueces Civiles. En el caso del inciso 1, cuando la renta mensual es mayor de 5 U.R.P., son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta 5 U.R.P., son competentes los Jueces de Paz Letrados.

DISPOSICIÓN FINAL: Las disposiciones del Código Procesal Civil se aplican supletoriamente a este proceso, en todo lo no regulado por la presente ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Albarenga, Emilio H. *Medida Autosatisfactiva y Costas*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires. Editorial Ediar, 1963.
- Arazi, Roland. *El Proceso Civil de Fin del Siglo*. En Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI, Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado. Buenos Aires. Ediar Editores, 1997.
- Arazi, Roland. *La Reforma Procesal Civil. Bases y Presupuestos para un Código General del Proceso*. Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. "El Derecho Procesal en el Tercer Milenio". Tomo 1. Corrientes, 1997.
- Banco Interamericano de Desarrollo - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.- *Acceso a la Justicia y Equidad* - Estudio en siete países de América.- San José, 2000.
- Barona Vilar, Silvia, y otros. *El Nuevo Proceso Civil* (Ley 1/2000). Valencia. Tirant Lo Blanch, 2000.
- Barbieri, Jorge Germán. *Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas en relación al anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé* redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal -

- Culzoni Editores, 1999.
- Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993*. Análisis Comparado Lima. ICS Editores, 1996.
- Bidart Campos, Germán. *Derecho de Amparo*. Buenos Aires. Ediar, 1961. Cap. I
- Borges, Marcos Alfonso. *Procedimiento monitorio*. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima. Industrial Gráfica, 1998.
- Calamandrei, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- Calamandrei, Piero. *Introducción Al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- Carbone, Carlos Alberto. *Consideraciones sobre el Nuevo Concepto de Fuerte Probabilidad como Recaudo de las Medidas Autosatisfactivas y Su Proyección hacia Un Nuevo Principio General de Derecho de Raíz Procesal*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Carrizo P., Andrea y Lovagnini, Mariel A.K. *Procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del derecho administrativo*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Cecchini, Francesco Carlos. *La Constitución emplaza a la creación de Nuevos Instrumentos Procesales. Tutelas Urgentes*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Constantino, Juan. *Las Medidas Autosatisfactivas en el Régimen de la Propiedad Horizontal y la Vida Consorcial*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1985.
- De Bernardis, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima. Cultural Cusco S.A. Editores, 1995.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del Proceso*. Buenos Aires. Universidad, 1984. Tomo I.
- Fiaren Guillén, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Librería Bosch, 1990.
- Galdós, Jorge Mario. *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- García Solá, Marcela. *Medidas Autosatisfactivas: La Excepcionalidad de su Procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su Trámite*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Gardella, Luis Luciano. *Medidas Autosatisfactivas: Principios Constitucionales Aplicables. Trámite. Recursos*. En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo

- de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- Gómez Colomer, Juan Luis y Otros. *El Nuevo Proceso Civil*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 2000.
- González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Editorial Civitas, 1984.
- Gonzales Pérez, Jesús.- *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* - España. Editorial Civitas.- Segunda edición, 1985.
- Ledesma, Angela Ester. *Enseñanza del Derecho Procesal*. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En "El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio. Tomo 1. Corrientes, 1997.
- Martel Chang, Rolando. *El Proceso Cautelar: El Valor Eficacia y La Finalidad del proceso Cautelar.- Procedimiento Cautelar*. En Orientaciones y Tendencias en el Proceso Cautelar y Ejecución. Lima. Librería y Ediciones Jurídicas, 2002.
- Martínez Botos, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires. Universidad. 1990.
- Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fé de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1996.
- Monroy Gálvez, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima. Librería Studium S.A. 1987.
- Monroy Palacios, Juan José. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima. Industrial Gráfica. 2002.
- Monroy Gálvez, Juan y Monroy Palacios, Juan José. *Del mito del Proceso Ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes Iniciales*. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo IV. Lima. 2001.
- Montero Aroca, Juan y Otros. *El Nuevo Proceso Civil*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2000.
- Morello, Augusto. M. *Anticipación de Tutela*. La Plata. Librería Editorial Platense. S.R.L. 1996.
- Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A. *Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos*. La Plata. Platense. 1986.
- Parodi Remón, Carlos.- *El Derecho procesal del futuro*.- Lima. Editorial San Marcos. 1996.
- Peyrano Jorge W. *El proceso Civil. Principio y Fundamentos*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1973.
- Peyrano Jorge W. *Lo urgente y lo Cautelar*. En Ius Et Veritas. Lima. 1995. Año V. No 10.
- Peyrano Jorge W. *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactivas*. En Ius Et Veritas. Lima. No. 15.
- Peyrano, Jorge W. *La Performatividad en el Proceso Contemporáneo*. En Análisis del Código Procesal Civil. Tomo I. Lima. Cultural Cuzco Editores. S.A. 1994.
- Peyrano, Jorge.- *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactorias*. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En "El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio".

Tomo 1. Corrientes, 1997.

Peyrano, Jorge W. *La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.

Peyrano, Jorge W. *Procedimiento Civil y Comercial.* Rosario, Juris. Tomo II, 1991.

Peyrano, Jorge W. *Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Peyrano, Marcos L. *La Medida Autosatisfactiva y el Derecho de Defensa.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Podetti, Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil.* Buenos Aires. Ediar S.A. Editores. 1963.

Rambaldo, Juan Alberto. *La Petición Autosatisfactiva y El Proceso Monitorio Como Forma Instrumental.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Riol, María I. *La Cosa Juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Rivas, Adolfo A. *Decisiones Anticipatorias.* En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima. 1998.

Rivas, Adolfo A. *La Jurisdicción Anticipatoria.* En ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fé. 1995.

Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Bogotá - Buenos Aires. Editorial Temis - Depalma, 1983.

Vargas, Abraham Luis. *Teoría General de los Procesos Urgentes.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Vásquez Ferreira, Roberto A. *Las Medidas Autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores. 1999.

Verna, Jorge Enrique. *El destinatario de una medida autosatisfactiva y el proceso de estructura monitoria.* En Medidas Autosatisfactivas. Parte General. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.

Véscovi, Enrique. *Teoría general del Proceso.* Bogotá. Editorial Temis. S.A., 1984.

Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. *Crisis en el Proceso y Respuesta Legal.* En Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima. Industrial Gráfica, 1998.

Anexo

ENCUESTA

Actividad de la persona encuestada:

Magistrado ()

Abogado ()

Profesor Universitario ()

Egresado ()

Estudiante de último año de Derecho ()

Conoce usted que son las medidas autosatisfactivas?

Sí, suficientemente []

Sí, medianamente []

No []

Considera usted que el Código Procesal Civil regula sobre medidas autosatisfactivas?

Sí ()

No ()