

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE**

**ABOGADO:**

**“LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA PARA GARANTIZAR LA  
EFICACIA DE PRETENSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR”**

**PRESENTADO POR EL BACHILLER:**

**HUGO GUSTAVO MENDOZA PEREZ**

**FECHA DE SUSTENTACIÓN:**

**05/11/2016**

**2016**

## **DEDICATORIA**

A mis hijos y mi tío  
Alejandro Paucar por la  
ayuda incondicional que  
me prestaron cuando más  
lo necesitaba.

# ÍNDICE GENERAL

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	2
<b>CAPÍTULO I: EL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	3
1. El tema de investigación.....	3
1.1 El tema.....	3
1.2 La justificación.....	3
1.3 Delimitación espacio – temporal.....	3
2. El problema de investigación.....	4
2.1 Formulación del problema.....	4
3. Los objetivos.....	4
3.1 Objetivos Generales.....	4
3.2 Objetivos Específicos.....	4
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	5
1. Nociones Preliminares.....	5
2. Antecedentes Históricos.....	5
2.1 Las medidas y providencias cautelares en el derecho antiguo.....	5
2.1.1 El derecho griego.....	5
2.1.2 El derecho romano.....	5
2.2 Antecedentes historicos las medidas cautelares en el derecho moderno.....	6
3 Medida cautelar .....	7
4 Presupuestos de la medida cautelar .....	9
4.1 Verosimilitud o presuncion del derecho: fumus boni iuris .....	9
4.2 Peligro en la demora: periculum in mora.....	12
4.3 La razonabilidad.....	15
5 La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión:	
Un nuevo presupuesto.....	16

6	La contracautela: ¿presupuesto o requisito de cumplimiento?.....	22
7	Eficacia de la medida cautelar.....	24
	a) Tesis objetiva.....	25
	b) Tesis subjetiva.....	25
8	El proceso cautelar.....	26
9	Características especiales del proceso cautelar.....	27
	<b>CAPÍTULO III: VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA EMISIÓN DE</b>	
	<b>MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	29
	1. Caso Práctico.....	29
	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	53
	1. Conclusiones.....	53
	2. Recomendaciones.....	54
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	55

## RESUMEN

Hablar de la razonabilidad, como nuevo presupuesto de la medida cautelar, hace necesario referirnos en primer lugar sus antecedentes legislativos. En efecto, el Dictamen sobre el proyecto de Ley N.º 3079/2008-CR, hace referencia que la ausencia del presupuesto de razonabilidad (adecuación o proporcionalidad) hace que los malos litigantes utilicen abusivamente las solicitudes cautelares, como mecanismos de presión a fin de obtener ventajas indebidas, por eso se hace necesario que la decisión cautelar sea adecuada a pretensión principal, que sea proporcional, razonable. No obstante ello, a nuestro entender el indicado proyecto utiliza indistintamente, los conceptos de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación; como si se trataran de sinónimos. medida cautelar es un instrumento destinado a garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho en su integridad. En ese sentido, la doctrina ha identificado clásicamente tres presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar: la verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y la contracautela; en este último caso, a la fecha existe consenso en que se trata de un requisito para el cumplimiento de la decisión cautelar.

No obstante ello, en la práctica se ha detectado problemas jurídicos referidos a la correcta aplicación de los presupuestos de la medida cautelar, pues si bien las decisiones jurisdiccionales controlaban que la solicitud cautelar cumpla con la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, además del ofrecimiento de contracautela; muchas decisiones judiciales no controlaban que la decisión cautelar sea adecuada (medio-fin) a la pretensión principal; no se controlaba que la decisión cautelar sea proporcional cuantitativa y cualitativamente a la pretensión principal; entre otros. Eso ha desencadenado que la medida cautelar sea utilizado en forma abusiva, como mecanismo de presión hacia la contraparte, que ha merecido una respuesta legislativa.

**Palabras claves:** Razonabilidad, cautelar, eficacia, proporcionalidad y pretensión.

## INTRODUCCIÓN

La medida cautelar es un instrumento destinado a garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho en su integridad. En ese sentido, la doctrina ha identificado clásicamente tres presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar: la verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y la contracautela; en este último caso, a la fecha existe consenso en que se trata de un requisito para el cumplimiento de la decisión cautelar.

No obstante ello, en la práctica se ha detectado problemas jurídicos referidos a la correcta aplicación de los presupuestos de la medida cautelar, pues si bien las decisiones jurisdiccionales controlaban que la solicitud cautelar cumpla con la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, además del ofrecimiento de contracautela; muchas decisiones judiciales no controlaban que la decisión cautelar sea adecuada (medio-fin) a la pretensión principal; no se controlaba que la decisión cautelar sea proporcional cuantitativa y cualitativamente a la pretensión principal; entre otros. Eso ha desencadenado que la medida cautelar sea utilizado en forma abusiva, como mecanismo de presión hacia la contraparte, que ha merecido una respuesta legislativa.

## **CAPÍTULO I**

### **EL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1. EL TEMA DE INVESTIGACIÓN**

##### **1.1 EL TEMA**

El tema de proyecto de investigación se titula:

“La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión de la Medida Cautelar”.

##### **1.2 LA JUSTIFICACIÓN**

Se debe entender que las medidas cautelares dictadas por los distintos Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial, se deben de dar en proporción para así garantizar la pretensión de quien lo solicita, pero esta ha llevado a que los jueces otorguen medidas cautelares en desproporción de la contraparte, y más aun otorgando sin que reúnan los requisitos que son exigibles y que esta estipulado en nuestro Código Procesal Civil.

##### **1.3 DELIMITACIÓN ESPACIO – TEMPORAL**

La investigación se llevará a cabo a nivel de medidas cautelares emitidas por los magistrados de las Cortes Superiores de Justicia y del Poder Judicial.

#### **2. PLANTEAMIENTO DE INVESTIGACION:**

Se debe de entender que en la razonabilidad del juez al momento de otorgar una medida cautelar debe reunir los requisitos que se emana del Código Procesal Civil y otros diversos aspectos, ni que la misma jurisprudencia ha logrado unificar, en la que existen dos posiciones doctrinarias. Una se refiere a que debe de existir una relación de causa y efecto entre la conducta abusiva y

el levantamiento de la medida decretada. Sin dicha relación, sostiene, se debilita la responsabilidad de quien, aun sin derecho, logro la medida cautelar. Más aun el hecho que se den las condiciones exigidas procesalmente para conceder la medida cautelar no significa de manera alguna que **“la medida sea justificada sino solo que es formalmente procedente”**

## **2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo la vulneración al debido proceso genera afectación a los derechos en la emisión de las medidas cautelares?

## **3. OBJETIVOS**

### **3.1 OBJETIVO GENERAL**

Analizar si la razonabilidad y la eficacia al momento de otorgarse una medida cautelar en el proceso que podría generar afectación a los derechos del afectado.

### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Fomentar información necesaria acerca de la razonabilidad la eficacia y la pretensión de la medida cautelar.
- Que, los doctrinarios ayuden con una interpretación clara acerca de este derecho.
- Que, los estudiantes de derecho tengan un concepto más claro e idóneo acerca del tema.
- Proponer alternativas de solución para este problema del otorgamiento de las medidas cautelares.



## **CAPÍTULO II**

### **EL MARCO TEÓRICO**

#### **1. NOCIONES PRELIMINARES**

La medida cautelar, denominada también preventivo o precautoria, es aquella institución procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados afectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la Litis u otra razón justificable traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda integrar la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.<sup>1</sup>

Venturini define a las medidas preventivas como aquel "... Conjunto de providencias cautelares enmanadas judicialmente, a petición de parte o de oficio, por medio de las cuales se efectúa la prevención o aseguramiento procesales con carácter provisorio sobre bienes o personas para garantizar las resultas del juicio"<sup>2</sup>.

Para Moretti, "las medidas cautelares son medios de precaución o de prevención, es decir, se clasifican dentro de la categoría de las medidas preventivas"<sup>3</sup>

#### **2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

##### **2.1. Las medidas y providencias cautelares en el derecho antiguo.**

---

<sup>1</sup> Alberto Hinojosa Mínguez, Derecho Procesal Civil Tomo x pg. 15 capítulo I.

<sup>2</sup> Venturini, 1962-638

<sup>3</sup> Moretti 1962-628

Sin incurrir en injustas omisiones, podemos afirmar que básicamente dos culturas del mundo antiguo, se han destacado por ofrecer a la humanidad los aportes más trascendentales e importantes en nuestro sistema jurídico.

#### **2.1.1. El derecho griego.**

Los griegos mostraron tanta capacidad en el derecho como en las artes, la política y la filosofía. Ello se fundamenta tanto en su actitud frente al tema de la justicia, como su porte histórico a los temas legales. Los griegos no dudaban en desviarse de las normas generales para dar soluciones prácticas y justas a los hechos relativos a cada caso particular lo cual impidió que transmitieran un sistema de normas venerables a la posteridad<sup>4</sup>. En Grecia, el derecho era concebido como una obra de la razón sin ser perfectible, lo cual se corresponde con una concepción racionalista del derecho, contraria a la del derecho.

En lo que toca al aspecto procesal, la técnica de la formulación escrita de las leyes no tenía especial aceptación en la sensibilidad de ese pueblo. La ley tenía solo una función procesal, la cual estabilizaba la conducta procesal, determinaba la competencia judicial en la que sustenta la libertad del juzgamiento. El juez se basaba en el sentimiento general para dictar la justicia en caso concreto al resolver una contienda, por lo que, como colorario, las partes podrían arreglarse fuera del proceso u obviar la presentación del juicio de la Ley que habría podido invocar a su favor para apoyarse en el sentido de justicia del juzgador, y también existía la posibilidad de que cuando la ley contrariaba el sentido de justicia aquella se obvia a favor de este.

#### **2.1.2. El derecho romano.**

En el derecho romano, se conocía a la institución materia de estudio denominada en algunos casos, medidas cautelares, medidas precautorias, acciones cautelares, acciones asegurativas,

---

<sup>4</sup> PUI BRUTAU, José, *Fundamentos del derecho Civil Introducción al derecho*, 2 ed., Bosch, Barcelona, 1989, p.334

acciones garantizadoras, procesos cautelares y providencias cautelares tal y conforme lo conocemos contemporáneamente. Empero, si existían determinadas instituciones que de alguna u otra manera, cumplían el rol de las medidas cautelares que existen en la actualidad.

Consideramos importante la breve remisión al derecho romano realizada, en virtud del que el origen de la tutela cautelar de nuestros días debemos ubicarla mediante el análisis de los medios extraprocesales mencionados y que fueron creados en razón del *ius praetorium*.

Ángel Brice, tratadista Venezolano, señala que, como las medidas precautorias solo han sido objeto de un ordenamiento sistemático en los tiempos modernos, nada concreto podremos encontrar, en términos generales, respecto a ellas en el Derecho Romano ni tampoco en el español antiguo<sup>5</sup>

Desde otro ángulo, pero coincidente con lo expuesto por Ángel Brice, el profesor brasileño Calmon de Pasos arguye que es imposible transferir algo específico del pretor romano al Juez de nuestros días, como el papel jurídico-político que el pretor desempeñaba (mas legislador que magistrado, mas hombre público que técnico), similar papel jurídico político desempeñaba por los Jueces en el sistema Common Law. Según la opinión de este autor, es inaceptable pretender transferir una consecuencia sin que se transfieran también las causas, vale decir, conferir poderes nuevos para el Juez sin asignarle una nueva función jurídico-política en términos estructurales<sup>6</sup>

## **2.2. Antecedentes históricos de las medidas cautelares en el derecho moderno.**

---

<sup>5</sup> Brice, Ángel Francisco, *Lecciones de Procedimiento Civil*, Caracas, 1975, T.II, p. 45.

<sup>6</sup> Calmon de Pasos, José Joaquín, "Acoes cautelares", en *Revista da facultade de Direito*, Universidad Federal do Paraná, Año 21, Curitiba, 1994, p. 52.

Según refiere Aldo Bacre en su *Tratado de medidas cautelares*, fue la doctrina del siglo XIX la que comenzó abordar el tema cautelar, aunque primigeniamente referido al proceso ejecutivo. A fines del siglo XIX, Helwig precisó que el derecho de secuestro era asunto de “puro derecho procesal”. Esta tesis fue asumida y ampliada por Mattiolo, pero conforme señala Bacre fue con Mortara que comenzó el largo proceso para separar las medidas cautelares del proceso ejecutivo, con lo cual se independizaron de este, historia y legislativamente, en que luego fueron agrupadas y se les dio una particularidad común, iniciándose una etapa de expansión al incluirse en torno a las medidas típicas, otras cautelas y providencias dispares, cuya naturaleza preventiva y asegúratela se había mantenido hasta entonces en la penumbra.

En el Perú fue a partir de 1993, con el nuevo Código Procesal Civil, que recoge la doctrina y legislación española, en que se da un tratamiento especial y amplio de la materia cautelar, estableciéndose para ello un capítulo especial. En los ordenamientos procesales anteriores, llamase Código de Procedimientos Civiles, solo aparecían como instituciones cautelares el embargo preventivo y el embargo ejecutivo, y alguna que otra disposición aislada con característica preventiva o cautelar. Su autonomía metodológica y su agrupamiento bajo una denominación específica aparecen-como se reitera-en el nuevo ordenamiento procesal que rige a partir de 1993.

### **3. Medida cautelar.**

Una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual el ordenamiento procesal provee al ciudadano de la medida cautelar, con la finalidad de garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho. Por eso, la medida cautelar ha sido entendida como un instrumento

procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico, sino también fáctico<sup>7</sup>. La función de la tutela cautelar es evitar que la duración del proceso que el demandante se ve en la obligación de iniciar para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que ella sufre; o, hacerla más gravosa (sin necesidad de que la lesión produzca consecuencias irreparables); o, permitir que se consuma la lesión que en la situación anterior a la del inicio del proceso era una mera amenaza<sup>8</sup>.

Las llamadas medidas cautelares constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el peticionante que ha demostrado *prima facie* que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posible actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar la contraparte, y que, previa garantía de una contracautela, pueden ser decretadas por el juez inaudita parte y con la discrecionalidad que considere, conforme las circunstancias del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, haciendo cosa juzgada formal lo allí dispuesto, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes (fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en el decisorio de dicho proceso principal (fin mediato)<sup>9</sup>

La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se requiere garantizar

---

<sup>7</sup> Monroy Palacios, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Editorial Chavín, Comunidad, Lima, 2002, p. 225.

<sup>8</sup> Priori Posada, Giovanni, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 34.

<sup>9</sup> Bacre Aldo, *Medidas Cautelares, doctrina u jurisprudencia*. Editores la Rocca, Buenos Aires, 2005, p. 53.

(proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar)<sup>10</sup>. Para la concesión de una medida cautelar es requisito previo que concurran ciertos presupuestos, lo que a continuación nos referimos.

#### **4. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Clásicamente se consideran como presupuestos de la medida cautelar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en tanto, que la caución es un requisito de su cumplimiento. Dentro de nuestro ordenamiento legal, además se ha introducido como un presupuesto la razonabilidad de la medida cautelar. Presupuestos que el juez ha de verificar al momento de decidir la solicitud cautelar<sup>11</sup>.

##### **4.1. VEROSIMILITUD O PRESUNCIÓN DEL DERECHO: FUMUS BONI IURIS.**

Por regla general la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere de la instrucción suficientemente extensa para formar convicción – certeza– al juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos con interés en el litigio. En las medidas cautelares, conforme al interés que las justifica: el temor de la frustración o su urgencia, exigen suprimir o disminuir la instrucción y demorar la partición de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria –cognición sumaria–, de manera que proporcione la verosimilitud de derecho<sup>12</sup>. Por eso, la adopción de la medida cautelar no debe

---

<sup>10</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 36

<sup>11</sup> Cabe mencionar que el juez deberá verificar de un lado, el plano procesal (presupuestos y condiciones de la acción), y otro de mérito, esto es, el fondo mismo de la discusión, la posibilidad de conceder o no el pedido cautelar (Monroy Palacios, Juan José).

<sup>12</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, p. 54.

depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor, en uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, verosimilitud de apariencia del buen derecho<sup>13</sup>. Al respecto el autor PODETTI refiere «El interés privado y público de asegurar la oportuna y eficaz actuación de un derecho, permite prescindir, provisionalmente, de su justificación, pero nunca de su existencia»<sup>14</sup>. Por eso, al ser el procedimiento cautelar sumario, sin la existencia de estación probatoria, menos la posibilidad de su actuación nace el presupuesto de verosimilitud del derecho. De allí que el profesor JUAN JOSÉ MONROY GÁLVEZ manifieste que precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso<sup>15</sup>. Precisa, la razón de ser de la verosimilitud, llamado *fumus boni iuris*, es que requiere para la obtención de la medida cautelar sólo el “humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante<sup>16</sup>.

La medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente prima facie, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental. No debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan armónicamente en un momento diferente del juicio. Al órgano jurisdiccional le basta y es

---

<sup>13</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, p. 680.

<sup>14</sup> 10 PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Tomo IV, ob. Cit., p. 55-56.

<sup>15</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Chavín, Comunidad, Lima 2002, p. 171.

<sup>16</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. Cit., p. 173-174.

suficiente la apariencia fundada del derecho, lo que equivale a responder asertivamente a la viabilidad jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema<sup>17</sup>. KIELMANOVICH destaca que algunos casos la ley presume la verosimilitud del derecho, por las situaciones de las personas, la naturaleza de la pretensión o por el estado del proceso en el cual se pide, así cuando se trata de medidas cautelares a favor de quien obtuvo sentencia favorable<sup>18</sup>.

**La especial configuración de la verosimilitud del derecho.** La configuración de la verosimilitud en el derecho dependerá del tipo de medida cautelar, así, en el caso de medidas cautelares anticipadas sobre el fondo, medida de no innovar y medida innovativa, existe una repotenciación de la verosimilitud del derecho, pues se exige la casi certeza del derecho, grado superior al de la simple verosimilitud. Un ejemplo, se trata de la exigencia de la indubitable relación familiar del art. 375° del Código Procesal Civil para alimentos.

Esta expresión significa apariencia del derecho o verosimilitud de este, y está referida a que la medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino porque simplemente “prima facie”, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe de acreditarse con una prueba documental.

Del propio pedido o solicitud cautelar debe desprenderse anteladamente la verosimilitud del derecho que se invoca y que se solicita proteger, de manera que se asegure el eventual resultado de la demanda formulada o por formular. Una vez que se demuestre el interés legítimo del peticionante, la concesión de la medida cautelar adquiere ya una función de medio de sentencia

---

<sup>17</sup> HINOSTROZA, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos, Lima 2002, p. 38

<sup>18</sup> KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000, p. 52.



definitiva, asegurando la eficacia de esta e impidiendo «que se tornen ilusorios los derechos de la parte reclamante».

Al respecto, Alfredo Jorge Di Iorio precisa que la prueba de tal verosimilitud no debe ser acabada ya que en el derecho invocado debe ser materia del proceso principal. Bastara, pues, « que lo acredite prima facie; es decir, sumariamente y en la forma en que la ley procesal lo determina».

#### **4.2. PELIGRO EN LA DEMORA: PERICULUM IN MORA**

Para CALAMANDREI, citado por PRIORI POSADA, el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares. El peligro en la demora configura el interés para obrar necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar<sup>19</sup>. El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que los actos malicioso del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial<sup>20</sup>. Nace porque el proceso judicial no puede ser solucionado en forma inmediata y se complementa con las posibles actitudes que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto<sup>21</sup>. PRIORI afirma que el peligro en la demora se configura por

---

<sup>19</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 37.

<sup>20</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. Cit., p. 176. Adolfo Rivas, afirma que en el caso de las medidas cautelares de anotación de demanda, el peligro en la demora se configura por la duración del pleito, con la posibilidad de enajenación del bien negociación del bien (Rivas, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Editorial Rodhas, Lima 2000, p. 172).

<sup>21</sup> La amenaza de la ineficacia del proceso (peligro en la demora) hace que el trámite del proceso se estructure de una forma sumaria, restringiendo el derecho de contradicción del afectado hasta un momento posterior de la decisión cautelar

dos caracteres: (a) el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; (b) el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

Al respecto, el autor ALBERTO HINOSTROZA MINGUEZ afirma: «hay quienes condicionan la admisión de la solicitud cautelar a la presencia de un peligro en la demora de carácter potencial o inminente (cuya prueba –advertimos– no es de fácil obtención). En nuestra opinión el trámite prolongado de los procesos es suficiente para que se dé el *puculum in mora* por cuanto resulta ingenuo pensar que el demandado (o el reconvenido), ante la posibilidad de perder litigio, no va a disponer de su patrimonio para así evitar su ejecución »<sup>22</sup>. En sentido contrario, PRIORI afirma que si la determinación de si existe o no peligro en la demora no pasa por una evaluación genérica abstracta, sino por un juicio realizado a partir del caso concreto, es decir, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a la situación que es sometida al proceso y, además, teniendo en consideración los poderes que la parte puede ejercitar legítimamente para evitar el perjuicio, y que no son de orden procesal, sino más bien de orden material<sup>23</sup>. Nosotros también consideramos que el peligro en la demora debe determinar en cada caso concreto.

Configuración especial del peligro en la demora. Cabe resaltar que la configuración del peligro en la demora, antes mencionado, es aplicable básicamente para las medidas cautelares de futura ejecución forzada (embargo), porque en caso de las medidas cautelares coincidentes<sup>24</sup> o tutela

---

<sup>22</sup> HINOSTROZA, Alberto. *El Embargo y otras Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 42.

<sup>23</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 38.

<sup>24</sup> Las medidas cautelares no coincidentes son aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda. Las medidas cautelares coincidentes son

anticipada se deberá acreditar el peligro de la irreparabilidad. Por eso HINOSTROZA afirma que en lo que toca a medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas y de no innovar, señalamos que, por su naturaleza, suponen la existencia de un peligro en la demora potencial o inminente. En efecto, la configuración del peligro en la demora, también dependerá del tipo de medida cautelar, así: (i) en el caso de las medidas cautelares de no innovar e innovar, el peligro en la demora consiste en el inminente perjuicio irreparable; (ii) en el caso de las medidas cautelares sobre el fondo, se exige la necesidad impostergable o privación innecesaria, si bien debe acreditarse adecuadamente, en algunos casos se presume de acuerdo al tipo de reclamo formulado, por ejemplo, las medidas cautelares sobre el fondo en familia, se presume el peligro en la demora por la necesidad que se buscan satisfacer: alimentos, administración de patrimonio, en general la necesidad de proveer solución a los conflictos familiares, etc.<sup>25</sup>. También se afirma que el peligro en la demora en el Derecho Público exige irreparabilidad, en consideración del interés público comprometido en la litis, pues frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados y el interés público, debe primar el interés general<sup>26</sup>. De otro lado, es de precisarse que no se configurara peligro en la demora en caso de procesos seguidos contra el Estado (artículo 616° del Código Procesal Civil), en razón de su absoluta solvencia y responsabilidad patrimonial<sup>27</sup>. Esta precisión es importante porque en la práctica judicial muchos operadores de justicia no tienen en cuenta los presupuestos procesales a partir del tipo de medida cautelar que se solicita.

---

aquellas que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda (Monroy Palacios). Para otros las medidas coincidentes son los llamados tutela anticipada (Marinoni).

<sup>25</sup> RIVAS, Adolfo. Las Medidas Cautelares: en el Procesal Civil peruano. Editorial Rodhas, Trujillo 2000, p. 208.

<sup>26</sup> KIELMMANOVICK, Jorge. Medidas Cautelares. Ob. Cit., p. 53.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 53.

La medida cautelar se da ante peligro en la demora hasta la obtención del fallo definitivo. Es otro de los presupuestos que deben concurrir para decretar una medida cautelar que debe ser apreciada con relación a la urgencia en obtener protección especial, ante el posible daño que puede significar esperar el dictado de la sentencia en el expediente principal.

En este presupuesto imprescindible y cuya acreditación debe exigirse. El argentino Di Iorio, sobre este requisito, señala que la ley permite presumirlos en ciertos casos, dada la situación de las personas o la naturaleza de la acción.

Este presupuesto constituye la razón del ser de las medidas cautelares, pues resulta obvio presumir que si tal peligro no concurre, no se justifica de modo alguno el dictado de una medida cautelar «En una palabra: es el temor del daño eminente el interés jurídico que hace viable la adopción de la medida, interés que reviste el carácter de actual «actual» al momento de la petición (Di Iorio)»

#### **4.3. LA RAZONABILIDAD.**

En efecto, con la reciente modificación legislativa del artículo 611° del Código Procesal Civil, modificado por Ley N 293842, dentro de nuestra legislación se ha incorporado expresamente un nuevo presupuesto a la decisión cautelar, esto es, la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. No obstante ello, desde la modificación poco se ha dicho del contenido y alcance del presupuesto de razonabilidad, por eso, en el presente trabajo nos proponemos ensayar su contenido y alcance.

En efecto, es menester que la medida sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar, lo que exige que el Juez realice un ejercicio de ponderación de la medida cautelar solicitada frente al objeto de su aseguramiento (la pretensión principal), lo que

configura el requisito de razonabilidad de la medida, el cual importa que con ella se pueda asegurar de mejor manera la pretensión principal del proceso.

De igual modo, como la medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla el Juez debe regirse por el principio de mínima injerencia para no afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el quantum de la misma (de ser el caso).

#### **5. LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA PRETENSIÓN: UN NUEVO PRESUPUESTO.**

Hablar de la razonabilidad, como nuevo presupuesto de la medida cautelar, hace necesario referirnos en primer lugar sus antecedentes legislativos. En efecto, el Dictamen sobre el proyecto de Ley N.º 3079/2008-CR, hace referencia que la ausencia del presupuesto de razonabilidad (adecuación o proporcionalidad) hace que los malos litigantes utilicen abusivamente las solicitudes cautelares, como mecanismos de presión a fin de obtener ventajas indebidas, por eso se hace necesario que la decisión cautelar sea adecuada a pretensión principal, que sea proporcional, razonable<sup>28</sup>. No obstante ello, a nuestro entender el indicado proyecto utiliza indistintamente, los conceptos de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación; como si se trataran de sinónimos.

La profesora MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, afirma que la adecuación ya se encontraba regulada en el artículo 611º del Código Procesal Civil, y la única figura que se está introduciendo al proceso cautelar es el principio de razonabilidad. La indicada profesora afirma que el principio de razonabilidad y proporcionalidad, en realidad son elementos del principio

---

<sup>28</sup> <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>. Fecha: 30/11/2010.

de adecuación<sup>29</sup>. Asimismo, el profesor JUAN JOSE MONROY PALACIOS considera que la congruencia y proporcionalidad constituyen elementos de la adecuación<sup>30</sup>. Para nosotros, partiendo de la doctrina constitucional, la adecuación es un elemento de la proporcionalidad, en tanto, que la proporcionalidad y razonabilidad son entendidas como sinónimos, conforme a continuación exponemos.

**¿Qué es la razonabilidad?** El concepto de razonabilidad se identifica con el de racionalidad, es un concepto vago, componente común de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>31</sup>, y de contenido variable en sentido histórico-social, que más que por sí mismo se puede identificar por contraposición a la arbitrariedad<sup>32</sup>. Para entender la razonabilidad, debemos partir de la diferencia entre la lógica pura racional y la lógica de lo razonable<sup>33</sup>. ATIENZA, citado por FRANCISCO CHAMORRO BERNAL<sup>34</sup>, señala que la decisión jurídica racional es aquella que puede ser justificada racionalmente, la misma que se producirá, si y solo si: 1) respeta las

---

<sup>29</sup> GUERRA CERRON, María Elena. El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar. Actualidad Jurídica N 188, Julio 2009, Gaceta Jurídica, p. 36.

<sup>30</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Ob. cit., p. 186 y siguientes.

<sup>31</sup> «[...] La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos, y por consiguiente, impide al interprete conocer a priori –o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico– si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición. Dicho en sentido contrario, una disposición jurídica esta determinada o está exenta de indeterminación, cuando hace explícito plenamente el conjunto de sus significados normativos y, como consecuencia, hace posible conocer a priori, cuáles son las normas que estatuye» [Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, p. 103-104].

<sup>32</sup> Martínez Tapia citado por David Giménez Gluck, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Editorial Bosch, Barcelona 2004, pp. 55-56. Asimismo, Giménez citando a Carrasco Perrera refiere que el juicio de razonabilidad es un juicio complejo donde se mezclan decisiones de valor y ciertas apreciaciones de carácter político.

<sup>33</sup> Un ejemplo típico en el Derecho es el formulado por RECASENS SICHES. Explica el caso del campesino polaco que acude en compañía de su oso al ferrocarril, lugar donde existía un letrero que decía “prohibido pasar al andén con perros”. La interpretación estrictamente lógica y racional habría sido que, al no estar comprendidos los osos en la categoría de perros, el empleado del ferrocarril debería haber dejado pasar al campesino al andén con su oso. Sin embargo, obviamente la decisión que adoptó el empleado de los ferrocarriles fue la de prohibirle el paso, decisión que no era estrictamente racional sino la razonable que, en su lugar, habría tomado cualquier persona con sentido común.

<sup>34</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona 1994, pp. 257-259

reglas de la lógica deductiva; 2) respecta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica del punto anterior, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento. En cambio una decisión jurídica sería simplemente razonable si y sólo si: a) se adopta cuando no es posible tomar una decisión racional; b) logra un equilibrio óptimo entre las exigencias que plantea la decisión; y, c) obtiene un máximo de consenso. Para el indicado autor, la razonabilidad es subsidiaria de la racionalidad y que esa subsidiariedad es la situación normal en el campo del derecho. Sin embargo, CHAMORRO plantea la siguiente interrogante: ¿hasta que punto nos encontramos todavía en el terreno de lo racional y no en el de lo razonable? Responde citando a RECASENS SICHES, el campo de la estricta racionalidad es, por tanto, muy limitado en el Derecho, pues queda reducido a las formas jurídicas puras o a priori (por ejemplo, no puede existir derecho sin el correlativo deber), al principio de identidad o no contradicción, a las inferencias, a determinadas cuestiones prácticas (matemáticas, etc.) y poca cosa más. Todo lo demás habría de basarse en lo lógico no de lo racional sino de lo razonable. Y es que la decisión puramente racional sólo puede ser una, mientras que, descartada esta por los motivos que sean, las decisiones razonables posibles pueden ser varias, debiendo tener por tanto los órganos jurisdiccionales un cierto margen de libertad. Agrega que las resoluciones además de ser motivadas y fundamentadas en Derecho, las mismas han de reunir un requisito adicional de su racionalidad o razonabilidad, han de ser racionales o, como mínimo razonables<sup>35</sup>. Dejando constancia que existen otras acepciones desarrolladas por el citado tribunal.

---

<sup>35</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Ob. cit., p. 59

BERNAL CHAMORRO refiere que la razonabilidad no tiene un significado unívoco, pues no en todos los contextos viene a significar lo mismo. Para la jurisprudencia constitucional española es razonable un acto o decisión cuando tiene una causa o finalidad que lo justifica, cuando esa finalidad es acorde y proporcionada a los medios empleados, cuando la decisión no conduce al absurdo y respeta los valores constitucionales y cuando, después de analizada podría ser reconocida como tal por cualquier persona<sup>36</sup>. En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN, quien agrega, para algunos la razonabilidad es sinónimo de proporcionalidad y parte de ésta última; otros las consideran principios autónomos pero íntimamente relacionados<sup>37</sup>.

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN refiere que la razonabilidad alude a un juicio de valores, intereses o fines involucrados<sup>38</sup>. Entiende que el principio de razonabilidad se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia, exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales responda a un fin lícito y que los medios utilizados para conseguirlo sean proporcionales (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula). En otras palabras, el principio de razonabilidad implica también la exigencia de la proporcionalidad. La exigencia de fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que tanto el estatuto, la regulación y los límites al ejercicio de los derechos fundamentales deben obedecer a causas objetivas de justificación, basados en criterios de verdad y de justicia. La exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados, necesarios y proporcionados. Siguiendo a la doctrina alemana,

---

<sup>36</sup> *Ibíd*em, p. 267-268.

<sup>37</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores, Lima 2001, p. 165.

<sup>38</sup> *Ibíd*em, p. 162.



refiere que la exigencia de adecuación importa un control de idoneidad sobre la medida que interviene en los derechos fundamentales a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para conseguir la finalidad perseguida con ella; la exigencia de necesidad importa un control sobre la imprescindibilidad de la intervención o la limitación del derecho fundamental; y, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, importa un control de la razonabilidad o proporcionalidad de la intervención, a fin de determinar si la carga o el límite que supone la medida en el derecho fundamental es razonable o proporcional en comparación con la finalidad perseguida<sup>39</sup>. Para el citado autor, la razonabilidad es un elemento del debido proceso sustantivo.

MANUEL ESTUARDO LUJAN TÚPEZ, citando a MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, señala que la razonabilidad es la capacidad de encontrar una respuesta que en un conflicto jurídico sea capaz de producir una solución que mantenga la paz social y armonía que existía entre las partes que litigan antes de encontrarse en conflicto. En otras palabras, si acaso no pudiera anular el conflicto, al menor provocar la solución menos traumática para los que litiguen<sup>40</sup>. La razonabilidad importa que una conclusión sea proporcional al fin que busca, del mismo modo que es proporcional a los medios empleados para demostrar las premisas que provocan la consecuencia. La razonabilidad debe ser no solo formal, sino material<sup>41</sup>. También el profesor AUGUSTO M. MORELLO, refiriéndose al principio de razonabilidad refiere: «[...] Los límites están presentes para impedir lo arbitrario, la demasía en lo discrecional, la ruptura del equilibrio, o el abuso. Son criterios de razón. Sin su presencia y prudente equilibrio

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 166-169.

<sup>40</sup> LUJÁN TUPEZ, Manuel Estuardo. *Teoría de la Argumentación*. En *Razonamiento Jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 327.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 250-251.

se resiente y recompensa el conjunto y se traba la marcha y el acceso a los fines. No deja de ser beneficioso reparar ello»<sup>42</sup>. Recientemente el Tribunal Constitucional<sup>43</sup> en el expediente N.º 03167- 2010-PA/TC Arequipa, caso Sandro Favio Ugarte Herrera, ha expresado: «[...].

En este sentido, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos” (Cfr. Exp. N.º 0006-2003-AI/TC) [...]» -el resaltado es nuestro-.

---

<sup>42</sup> M. MORELLO, Augusto. Legalidad – seguridad jurídica – razonabilidad, los contrapesos para el equilibrio: privación excesiva de justicia: excesivo ritual manifiesto. En: Acceso al derecho procesal civil. Tomo I, Librería Editora Platense. Buenos Aires 2007, p. 617

<sup>43</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha utilizado indistintamente el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así en el expediente N.º 2192-2004-AA /TC ha afirmado: «[...] 15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación [...]». Asimismo, en el expediente 2235-2004-AA/TC ha señalado: «[...] Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los sub criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél [...]». De la misma forma, en el expediente 045-2004-PI/TC ha afirmado: «[...] De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno [...] En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad [...]». Conforme a lo señalado por nuestro máximo intérprete de la Constitución el principio de razonabilidad forma parte del principio de proporcionalidad.

## 6. LA CONTRACAUTELA: ¿PRESUPUESTO O REQUISITO DE CUMPLIMIENTO?

Cabe precisar que si bien es cierto tradicionalmente la contracautela ha sido considerado como un presupuesto de la medida cautelar, a la fecha se ha entendido que en realidad se trata de un requisito para el cumplimiento de la medida cautelar. De allí que nuestro ordenamiento procesal lo considere como un requisito de admisibilidad de la medida cautelar [inciso 4) del art. 610° del Código Procesal Civil]. No es un presupuesto previo para la concesión de una medida cautelar, sino que constituye un dispositivo accesorio dependiente del criterio judicial aplicado en función de su libertad interpretativa. La contracautela es un mecanismo de protección del demandado, eventualmente, pertinente<sup>44</sup>.

La caución busca salvaguardar los intereses de la parte afectada por la medida cautelar en el supuesto de que al finalizar el proceso no se ampare la pretensión de quien se vio favorecido con ella. Es un requisito que se debe verificar ex post, es decir, luego de que se ha considerado la idoneidad de la medida<sup>45</sup>. La contracautela se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad: por un lado se autoriza al peticionante a asegurar un derecho no reconocido judicialmente, sin oír al contrario, pero por otro se garantiza a éste la efectividad de resarcimiento por los daños que pudiera ocasionarle, si aquel derecho no existiera<sup>46</sup>. Prueba de que la contracautela no es presupuesto de la medida cautelar es que en los procesos sobre violencia familiar no se exige contracautela, conforme lo dispone el artículo 11°, in fine, de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, TUO de la Ley 26260, D.S. N.º 006-97-JUS. En ese mismo sentido, el art. 614° del Código Procesal

---

<sup>44</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. cit., pp. 168-169

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>46</sup> ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2007, p. 7

Civil establece que las medidas cautelares solicitadas por el Estado no es exigible la contracautela. La contracautela en medidas cautelares referidas a procesos de familia, como regla general, se prescinde de la contracautela, en razón de presumirse interés común de los litigantes y encontrar solución a los problemas generados por la ruptura matrimonial. En el caso de medidas cautelares sobre el fondo referido a conflictos de familia, dado que se exige la casi certeza del derecho y necesidad impostergable podrá eximirse la contracautela o utilizar caución juratoria<sup>47</sup>.

**6.1 Fianza o contracautela.**- Así como la medida cautelar constituye una ventaja para el demandante, quien a través de la medida obtiene un adelanto de la ejecución, este presupuesto supone que también como contraparte, el ejecutado obtenga una garantía que lo ponga a salvo de los posibles abusos y que se asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria y/o maliciosa.

De acuerdo a la doctrina y la propia ley, la contracautela es uno de los presupuestos que versan sobre bienes, y no es otra cosa que la garantía que deben de otorgar quienes solicitan la medida a fin de asegurar debidamente la reparación de los daños que dicha medida puede ocasionar al afectado de ella, en el supuesto de haber sido decretada indebidamente.

La contracautela, en tanto asegura al sujeto pasivo de la medida del resarcimiento de los posibles daños, expresa igualmente de algún modo la igualdad de las partes en el proceso, contrarrestando la falta de contradicción inicial, que es signo característico del proceso cautelar.

---

<sup>47</sup> RIVAS, Adolfo. Las Medidas Cautelares: en el Procesal Civil peruano. Ob. cit, p. 208 y 220

El artículo 613°, párrafo 2, del Código Procesal Civil dispone que el Juez debe graduar la calidad y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.

La caución puede ser real (Depósito de dinero o valore, hipoteca, embargo, etc.), o consistir en una fianza, en cuyo caso el fiador debe reunir las condiciones exigidas por la ley.

En cualquier caso del proceso, la parte contra quien se hecho efectiva una medida cautelar puede pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que es insuficiente.

## **7. EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR.**

Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial:

La ejecución judicial se iniciara afectando sobre el bien sobre el que recae la medida cautelar.

### **7.1 sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.**

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con una medida cautelar, el titular de esta, esto es, el peticionante, pagar las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor a diez unidades de referencia procesal y, alternativamente, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

De acuerdo con el mandato contenido en el artículo 621° del Código Procesal Civil, toda medida cautelar lleva en sí, implícita, la responsabilidad de quien lo solicita, la pretensión cautelar no tiene traslado, se otorga a solicitud de parte y sin conocimiento del afectado. El Juez toma la decisión de conceder o denegar la medida cautelar a través de una valoración sumaria de los hechos, fundamentos o documentos anexados.

Pese a que el art. 621° del Código Procesal Civil señala expresamente que el titular de la medida cautelar, “Podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”, si se declara infundada la demanda cuya pretensión estuvo asegurada con dicha medida, no existe un criterio uniforme para determinar la correspondiente responsabilidad, pues existen al respecto dos corrientes o tesis denominadas objetivas y subjetivas.

- a) **Tesis objetiva.-** Esta tesis, conforme lo señala Roland Ariza recoge la teoría del riesgo, independientemente de su buena o mala fe, quien solicita la medida cautelar debe resarcir los perjuicios ocasionados. Se prescinde así del concepto de culpa o dolo con el que pudo actuar el titular de la medida en perjuicio del sujeto pasivo. Ello supone que al margen de la culpa o el dolo, existe la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, por el solo hecho de haber trabado la medida.
- b) **Tesis subjetiva.-** Para los seguidores de esta tesis, la responsabilidad por los daños y perjuicios por una medida cautelar indebida, innecesaria o maliciosa, requiere no solo de la invocación o pedido de parte, que prevé el propio artículo 621°, sino además de la demostración de la conducta ilícita del titular de la medida cautelar. Sobre esta tesis, refiere Roland Ariza que “Es preciso como requisito que hubiera existido dolo de mala fe, la conciencia exacta de que la petición no era justa. O cuando menos la negligencia culposa, la torpeza inexcusable.

## 8. EL PROCESO CAUTELAR.

Podemos definir el procedimiento cautelar como la forma material y concreta con que el proceso mismo se realiza en cada caso específico. Dicho proceso –como refiere Berinzone – tiende a conjugar el daño proveniente de la prolongación infructuosa del estado de insatisfacción del derecho reclamado. Los autores que abordan el tema específico del procedimiento cautelar coinciden en señalar que nuestro ordenamiento procesal civil, prevee un procedimiento cautelar común, que regula tanto las medidas cautelares específicas como las genéricas, que puedan ser solicitadas antes de iniciado de un proceso o dentro de este, destinadas asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Martin Hurtado Reyes, en obra *Apuntes de las medidas cautelares*, citando a Hernández Lozano y al propio Oswaldo Gozaini, aborda el tema de la medida cautelar como proceso que resulta ilustrativo referir.

Señala el citado autor que la medida cautelar como proceso (proceso cautelar) es aceptada por un gran sector de la doctrina, pese a que se negado en alguna oportunidad de calidad real, en razón de que en principio podría confundirse el hecho de que las medidas cautelares se decretar *inaudita parte* (ausencia de bilateralidad) lo que llevaría a pensar que no se trata propiamente de un proceso. La controversia que se genera en doctrina es la autonomía del proceso cautelar; Gozaine nos indica que en doctrina existen tres posiciones que pretenden dar respuesta a este disputado dialecto, las que son las siguientes:

1. No existe proceso cautelar, si no providencias o medidas que aseguren el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan.

2. El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva.
3. Existe un proceso cautelar donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal.

El citado autor refiere que, sobre este extremo, Carnelutti se atreve a definir como proceso cautelar a « aquel que en vez de hacer independiente, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, estableciendo previamente una cautela. La función mediata del proceso cautelar implica, por tanto la existencia de dos procesos con respecto a la misma Litis o el mismo negocio. El proceso cautelar a diferencia del proceso definitivo no puede ser independiente; el proceso definitivo no supone el proceso cautelar; pero el proceso cautelar supone el proceso definitivo».

## **9. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROCESO CAUTELAR.**

Al abordar el tema del proceso cautelar y el de las medidas cautelares, el jurista argentino Roberto G. Loutayf ranea desarrolla interesantes conceptos referidos a las características especiales de dicho proceso, que de manera ilustrativa resulta pertinente citar.

Señala dicho autor desde que se plantea una pretensión principal hasta la sentencia definitiva que le da respuesta, es necesario transcurrir un proceso y aun cuando mayor sea el tiempo que demore el proceso, existe el peligro de que la situación de hecho se altere de un modo tal que torne ineficaz o ilusoria la decisión jurisdiccional. Citando a Hugo Alsina, dice que el Estado no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del Juez y de los litigantes.



Podemos decir también cuando la sala o el tribunal respectivo, entonces, considere que es verosímil el derecho alegado por el actor, y se dan los demás presupuestos legales, dicta la sentencia cautelar respectiva, a través de cual ordena una medida precautoria (la solicitada u otra que considere más adecuada) tendiente a asegurar ese derecho del demandante para el supuesto eventual de que sea reconocido definitivamente en la sentencia de mérito a dictarse en el juicio principal.

### **CAPÍTULO III**

# **VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA EMISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

## **1. CASO PRÁCTICO**

Para entender cómo se vulnera el debido proceso es necesario avizorarlo en una Casación donde se pone de manifiesto el tema.

**EXP. N.º 1209-2006-PA/TC  
LIMA  
COMPAÑÍA CERVECERA  
AMBEV PERU S.A.C**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, BardelliLartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Landa Arroyo y los fundamentos de voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

#### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C, contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 105 del segundo cuaderno, su fecha 15 de diciembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### **ANTECEDENTES**

Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y contra el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005 y N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, expedidas por los mencionados órganos, vulnerando su derecho al debido proceso, libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

Refiere que la empresa “Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A” (Backus), interpuso demanda en su contra ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima solicitando que: a) se declare a Backus propietaria de 88’330,000 envases de vidrio; b) se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) se ordene a las empresas García S.A., Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y

Europa S.A.C; a no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.

Sostiene también que, con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante resolución N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, en la que se ordena que: a) Ambev se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; b) se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) se ordene que Ambev se abstenga de intercambiar, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005, confirmó la apelada.

Finalmente alega que, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, en concreto su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

Mediante resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que solo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso) y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias, pues se verifica que la pretensión es igual a la solicitada en el recurso de apelación contra la medida cautelar, la misma que fue desestimada en su oportunidad.

Recurrida la sentencia, ésta fue confirmada, básicamente porque a criterio de la Sala, sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios, además de considerar que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

## **FUNDAMENTOS**

### **§1. Delimitación del Petitorio**

1. Mediante el presente proceso, la compañía recurrente solicita que se deje sin efecto la Resolución N.º. 8 de fecha 18 de mayo de 2005 (Exp. N.º 576-2005), mediante la cual la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la Resolución de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, mediante la que se concede una medida cautelar a favor de la empresa “Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.C.”.
2. En dicha medida cautelar, se ordena que la empresa recurrente se abstenga de,

*“(…) Tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio de 620 mililitros de capacidad, color ámbar, de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que va ampliando hasta llegar a la parte cóncava,*

*además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentra signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; y finalmente se ordena que Ambev no intercambie, por sí o por intermedio de terceros(...)" las referidas botellas ya identificadas previamente.*

3. En tal sentido, según refiere la empresa demandante, con la confirmación en segunda instancia de la medida cautelar se afectan sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, a la libre contratación y la libertad de empresa, comercio e industria. De otro lado, según manifiesta, la medida cautelar ha sido dictada con manifiesto agravio no sólo del derecho a la tutela procesal, en la medida que otorga más de lo solicitado en el proceso principal, sino que además, por esta misma razón, afecta también el derecho de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas que también son propietarios de envases, lo que habría sido reconocido por la propia empresa beneficiada con la medida cautelar.

## **§2. Cuestiones procesales previas**

6. Antes de avanzar sobre las cuestiones planteadas por la demandante, conviene detenerse en algunos aspectos procesales que han sido planteados en las instancias judiciales previas y que ameritan la consideración de este Colegiado. La primera de estas cuestiones se refiere a la posibilidad o no de un control constitucional de las resoluciones judiciales emitidas en el trámite de una medida cautelar; la segunda en cambio, está referida a la posibilidad procesal de emitir una sentencia sobre el fondo pese a que las dos instancias judiciales han rechazado de plano la demanda sin que se haya producido un emplazamiento pleno de la demanda.

### **2.1. Sobre el control constitucional de las medidas cautelares**

7. Con relación a la primera cuestión, esto es, la posibilidad o no del control constitucional a través del proceso de amparo de lo resuelto en el trámite judicial de una medida cautelar, ambas instancias judiciales han tomado como argumento central de rechazo de la demanda, la consideración de que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, puesto que según sostienen, constituye una característica consustancial a toda medida cautelar, el que éstas sean provisionales y, por tanto, variables en el tiempo.
8. En efecto, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 5 de setiembre de 2005, rechazó la demanda tras considerar fundamentalmente que,

*“las medidas cautelares son de tipo precautorio, preventivo, no son dictadas cuando el juzgador ha formado certeza, basta la probabilidad de que la pretensión sea amparada en la sentencia final, por tanto no tiene la característica de la inmutabilidad propia de las resoluciones firmes o definitivas” (FJ. 4°).*

Ahondando en este argumento, la Sala ha precisado que,

*“La condición de ‘firme’ de una resolución judicial prevista en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional no puede ser interpretado únicamente como las resoluciones contra las cuales no proceden otros medios impugnatorios que los ya resueltos, esto es como sinónimo de inimpugnable; sino debe ser entendido también en su atributo de inmutabilidad, característica que no se tiene en el presente caso” (FJ. 5°).*

10. En esta misma línea argumental, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, ha sostenido que,

*“(…) el amparo no es procedente (sic) en contra de lo ordenado en una medida cautelar, pues por su propia naturaleza tal medida no es firme ni definitiva, por el contrario, la validez de lo ordenado vía medida cautelar, necesariamente estará supeditado al eventual cambio de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de sustento”*

10. Este Colegiado no comparte el criterio propuesto por las instancias judiciales. Tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión tenga el carácter de firme por que es inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra que la misma sea inmutable o “inalterable” porque sea una decisión jurisdiccional definitiva. La confusión de conceptos lleva a las instancias judiciales a la errónea interpretación de que cuando estamos frente a decisiones producidas en el trámite de medidas cautelares, como éstas no son “inmutables” (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), ergo no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional. La condición es, en todo caso, que su trámite autónomo (y la medida cautelar tiene una tramitación autónoma) haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada.

11. Entender en sentido contrario, como lo hacen las instancias judiciales, llevaría al absurdo de que por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no podría ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de Habeas corpus o

incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho en cuestión. No es pues la naturaleza provisional o transitoria del acto o resolución judicial lo que determina que prospere o no una garantía constitucional como es el Amparo, sino en todo caso, la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los procesos constitucionales, y que, el afectado con tales actos o resoluciones, haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión que viene al Juez Constitucional sea una que ha adquirido firmeza en su trámite procesal.

12. En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal considera que el argumento utilizado por las instancias judiciales para rechazar la presente demanda, según el cual en el caso de autos no estamos ante una “resolución judicial firme”, debe ser rechazada debiendo proceder a analizar las cuestiones sobre el fondo.

## **2.2. Rechazo liminar y sentencia sobre el fondo**

13. Una segunda cuestión que debe también ser analizada antes de ingresar al fondo de las cuestiones planteadas, es la referida al rechazo liminar que ha merecido la demanda de autos por las dos instancias judiciales previas. La cuestión que debe plantearse en este punto es si, pese a tal situación procesal, resulta válida la emisión de una sentencia sobre el fondo. Al respecto la posición jurisprudencial de este Tribunal ha sido uniforme, al considerar que la aplicación del segundo párrafo del artículo 20º del Código Procesal Constitucional, esto es, la anulación de todo lo actuado tras constatarse que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda en las instancias judiciales, sólo podría decretarse tratándose de la presencia irrefutable de un acto nulo; entendiéndolo como aquel,

*"(...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados" (STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.)*

14. En este sentido y conforme hemos señalado recientemente en la sentencia del Exp. N° 4587-2004-AA/TC,

*“La declaración de invalidez de todo lo actuado sólo resulta procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno*

*de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar” (FJ N° 15)*

15. En el caso de autos, tal afectación no se ha producido, en la medida que las partes involucradas, pese al rechazo liminar de la demanda por las dos instancias judiciales, no obstante han tomado conocimiento del trámite procesal de la demanda. En tal sentido, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, se ha apersonado y presentado sus alegatos e incluso la empresa Backus, que en estricto no era la parte emplazada con la presente demanda, ha presentado informes y escritos sustentando su posición<sup>[3]</sup>. De este modo, el Tribunal considera que si bien los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda, sin embargo al no hacerlo, no se ha generado un supuesto de nulidad que amerite retrotraer el estado del proceso a la etapa de su admisión, pues ello podría resultar más gravoso aún para la parte que ha venido solicitando tutela urgente para sus derechos a través del proceso de amparo. Esta postura encuentra fundamento además, en el hecho de que en el caso de autos; a) en primer lugar, se recogen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; b) el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados, y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron a través del procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial; c) por último, no debe olvidarse que en el caso de autos se cuestiona una decisión cautelar, es decir, una decisión que ha sido adoptada con la inmediatez y urgencia propia de su naturaleza procesal y que viene surtiendo efectos desde su adopción, lo que requiere también una respuesta rápida que no convierta en irreparable la posible afectación si es que así se comprobara.
16. En consecuencia y, conforme a los principios que informan los procesos constitucionales, en particular, los principios de economía, informalidad, celeridad y el principio finalista, según el cual, las formalidades procesales están al servicio de los fines que se persigue con la instauración de los procesos constitucionales; este Tribunal considera que debe ingresar a analizar las pretensiones de fondo planteadas y emitir sentencia resolviendo el conflicto constitucional suscitado.

### **§3. Sobre la presunta afectación del derecho a la libertad contractual**

17. Ingresando a las cuestiones planteadas sobre el fondo, lo primero que debe analizarse, es el argumento sobre la supuesta afectación a la libertad de contratar de Ambev que supondría la medida cautelar otorgada por los jueces emplazados. Para sustentar este extremo de su pretensión, la empresa recurrente ha sostenido básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar, afecta su relación contractual con sus clientes, puesto que según sostiene,

*“En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como Ambev Perú) debe poder intercambiar*

*sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido”*

18. Por su parte, Backus ha sostenido que la medida cautelar que les ha sido concedida, en ningún momento puede afectar el derecho de libertad de contratar de Ambev Perú, puesto que lo que en ella se ha dispuesto es la restricción del uso de las botellas de propiedad de Backus sin que medie autorización de parte de ésta.

*“(…) Ello sin embargo no tiene ninguna relación con el derecho a la libre contratación que tiene Ambev para contratar libremente con los consumidores la venta de sus productos en sus propios envases.”; así mismo ha sostenido que “Ambev no tiene ninguna limitación para producir y vender su cerveza en envases de su propiedad, e intercambiar los mismos con los consumidores (…)”.*

19. Este Colegiado encuentra que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento sobre el fondo de este extremo de la demanda, puesto que, (tal como ha sido presentado), un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión, requeriría necesariamente la acreditación de la propiedad de las botellas como bienes fungibles, pero además, de la patente sobre las formas y demás derechos industriales que la misma involucra; del mismo modo, resulta indispensable la verificación de la forma en que opera el proceso de intercambio de botellas en el mercado cervecero peruano, cuestiones que no pueden ser debidamente contrastadas en esta vía, debido a la naturaleza sumaria del proceso de amparo y a la ausencia de una etapa probatoria en su interior. Como tantas veces ha afirmado este Colegiado, la tutela de derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales requiere como supuestos de hecho, que la afectación o en su caso la amenaza sean irrefutables, de modo que su evidencia sea razonablemente precisa y clara para el juez constitucional, sin que pueda admitirse solicitudes de tutela cuando los presupuestos de los que parte (como en este caso la propiedad de las botellas), son todavía objeto de un proceso judicial en trámite. De otro modo se estaría obligando a una actuación temeraria y riesgosa para los mismos derechos por parte de la justicia constitucional; máxime si se tiene en cuenta que, con relación a la propiedad de las botellas a que se refiere el presente amparo, existe pendiente ante la justicia ordinaria un proceso judicial en curso en cuyo marco se ha dictado precisamente la medida cautelar que motivó la presente demanda.

#### **§4. Sobre la afectación a las libertades de empresa, comercio e industria**



#### 4.1. ¿Puede afectarse la libertad de empresa, comercio e industria mediante una resolución judicial?

20. Antes de proceder a analizar si con la medida cautelar en cuestión se afecta alguno de los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, conviene detenernos no obstante en un aspecto procesal que ha invocado Backus. En efecto, al responder este extremo de la demanda, la empresa Backus ha propuesto el argumento conforme al cual, el amparo contra resoluciones judiciales no podría prosperar si es que se alega la violación de derechos que no sean los expresamente reconocidos en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional. En efecto, conforme ha sostenido la defensa de Backus al solicitar la improcedencia de este extremo de la demanda,

*“(...) Solo procede amparo contra resoluciones judiciales cuando estamos ante un supuesto de afectación a la tutela procesal efectiva. La vulneración de cualquier otro derecho constitucional no se encuentra protegida por el amparo contra resoluciones judiciales”.*

Según su parecer, tal conclusión se desprendería de modo inequívoco de lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

21. El referido artículo 4° del C.P. Const. establece en efecto, que tratándose del amparo contra resoluciones judiciales, éste sólo procede *“respecto de resoluciones firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”*. A partir de este enunciado general puede establecerse *prima facie*, que la procedencia del Amparo respecto de resoluciones judiciales, estaría condicionado, cuando menos, a los siguientes supuestos de hecho: a) Que la decisión judicial que se cuestiona sea una que tenga la condición de firme; b) que el agravio denunciado sea manifiesto, y que recaiga; c) en algún aspecto de la tutela procesal efectiva, que según el propio Código, comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Con más precisión aún, el mismo dispositivo legal intenta delimitar el contenido de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva para efectos de controlar la actividad judicial y su posible incidencia en la afectación de derechos fundamentales.

22. De este modo, al delimitar el ámbito de control constitucional de las decisiones judiciales a los aspectos vinculados con la tutela procesal y el debido proceso, se ha intentado dar un contenido más específico a lo que hasta hace poco se identificaba como “proceso irregular” para, de este modo, admitir la procedencia del amparo contra decisiones judiciales asumiendo en este sentido una interpretación en sentido contrario a la dicción literal de lo que establecía el inciso 2) del artículo 6° de la derogada Ley N° 23506 y recogido ahora en el artículo 200 inciso 2° de la Constitución, conforme al cual el Amparo “no procede...contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.

23. Como es sabido, hoy en día es pacífica tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de este Tribunal al admitir el amparo contra decisiones judiciales. La cuestión que en todo caso, resta por definir y que aparece planteada en el presente caso, es si los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo pueden afectar determinados derechos y no cualquiera como ocurre

con cualquier otro funcionario, autoridad o incluso los particulares. Una interpretación aislada de lo que dispone hoy en día el artículo 4° del C.P. Const., pareciera en efecto, sugerir una respuesta restrictiva en el sentido anotado, generándose de este modo algunas incoherencias con el propio texto constitucional.

#### **4.2. Los jueces como cualquier autoridad o funcionario pueden afectar cualquiera de los derechos constitucionales reconocidos.**

24. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional<sup>[7]</sup>. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos la Constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo los referidos a la tutela judicial efectiva como pareciera sugerir la lectura de los abogados de Backus con relación al artículo 4° del Código Procesal Constitucional. Si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces como a todo poder público, entonces: ¿qué pasa si una decisión jurisdiccional se emite violando flagrantemente un derecho que no se encuentre en la lista enunciativa del artículo 4° del C.P. Const.? La respuesta a esta cuestión, supone indagar sobre el modelo de protección constitucional de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo.
25. En efecto, el artículo 200 inciso 2° de la Constitución no hace diferencias entre los tipos de actos que pueden ser objeto de control mediante el proceso de amparo. Sólo se refiere a que el proceso de amparo resulta procedente “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *los demás derechos* reconocidos por la Constitución...”. De este modo, el Amparo se constituye en una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales más amplia y complementaria de las demás que ofrece el sistema constitucional peruano (a saber, el Hábeas corpus y el Hábeas data). La extensión de tal protección no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3° de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los “otros” derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como anota Häberle, en el Estado Constitucional “¡No hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay *numerus clausus* de los peligros!

En esta misma dirección se ha pronunciado recientemente este Colegiado al sostener que,

*“La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos.*

*En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación –ellos mismos– de respetar y proteger todos los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias” (STC N° 3179-2004-AA Fj. N° 18).*

26. El Tribunal considera en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del C.P. Const. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado.
27. Establecido lo anterior, debe precisarse sin embargo, que el amparo contra resoluciones judiciales no supone como tantas veces lo hemos afirmado, un mecanismo de revisión de la cuestión de fondo discutida en el proceso que lo origina, por lo que las violaciones a los derechos de las partes de un proceso deben expresarse con autonomía de dichas pretensiones. Es decir, debe tratarse de afectaciones del Juez o Tribunal producidas en el marco de su actuación jurisdiccional que la Constitución les confiere y que distorsionan o desnaturalizan tales competencias al punto de volverlas contrarias a los derechos constitucionales reconocidos y por tanto inválidas.

#### **4.3. El debido proceso como garantía no sólo procedimental sino también sustancial de los derechos**

28. Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos,

*“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos”.*

29. Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido hemos establecido que,

*“El debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce...en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”.*

30. El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del C.P. Const.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de actuar sino también a *qué* contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.

31. De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del C.P. Const. si no a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia el argumento de Backus, en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos en el ámbito de la tutela procesal efectiva, carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis.

#### **4.4. Evaluación del derecho invocado y su supuesta afectación**

32. Esclarecida la posibilidad de que mediante una decisión judicial también es factible la afectación de cualquiera de los derechos constitucionalmente reconocidos o incluso aquellos que no tienen reconocimiento expreso conforme lo establece el artículo 3° de la Constitución; debemos ahora analizar, si en el caso de autos, la resolución cuestionada vulnera el derecho a la libertad de empresa, industria y comercio. Conforme ha sostenido la empresa recurrente,

*“La afectación provocada por la resolución judicial que motiva esta demanda tiene un innegable “efecto cascada” pues, el agravio al derecho a la tutela procesal efectiva de Ambev Perú produce, como efecto directo, una afectación de nuestro derecho a la libre contratación con los consumidores. A su vez, dicha afectación a la libre*

*contratación ha traído como consecuencia la afectación de nuestro derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, garantizado expresamente por la Constitución...”.*

33. En este sentido y conforme ha expuesto la empresa recurrente en su recurso de agravio,

*“La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales”.*

34. Por su parte, la empresa Backus, mediante escrito presentado ante este Tribunal, ha refutado este argumento señalando que,

*“Dicha afirmación queda totalmente desvirtuada ya que Ambev puede comercializar su cerveza con el público consumidor utilizando sus propios envases, más no los envases de Backus ya que son de nuestra propiedad”.*

En el mismo sentido, con relación al derecho de libertad de empresa y de industria, ha sostenido que,

*“Ambev no ha tenido ninguna limitación para elegir el sector industrial en el cual desea participar en el Perú ni para obrar en él”, prueba de ello, según sostiene, es que la empresa recurrente, “está debidamente constituida..., tiene una planta de producción y comercializa su cerveza en envases de su propiedad sin ningún inconveniente”.*

35. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria al establecer que, *“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”.* Se trata de este modo de garantizar las libertades económicas en el marco de los demás derechos individuales y colectivos que la propia Constitución también proclama y garantiza. Por tanto, no se trata de libertades y garantías sin límites, sino que su delimitación constitucional requiere permanentemente de un armonioso balance a efectos de preservar otros bienes y valores igualmente valiosos para la sociedad. Como anota Häberle,

*“El mercado en el Estado Constitucional, es –como toda la vida social-estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, esto es, constituido”.*

36. Por tanto la libertad de empresa que se proclama en la Constitución no es una libertad del mercado *“de naturaleza”*, sino una libertad dentro del pacto constitucional, sometido a los acondicionamientos de la vida cultural y social de la

nación. Sólo a partir de esta constatación de la realidad normativa del mercado es que se puede concluir con Haberle, en sentido de que,

*“El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia”.*

37. En consecuencia, una concepción integral de las cláusulas de la libertad de mercado, no puede extraerse sólo a partir de la lectura aislada del Título III de la Constitución que se refiere al régimen económico, si no que resulta necesario un contraste permanente de estos postulados con los valores y principios que se desprenden de la cláusula de fundación de la sociedad constituida y contenida en el artículo 1º del Título I de la Constitución según la cual,

*“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.*

38. Conforme ha precisado este Colegiado, con relación a la libertad de empresa, éste derecho protege por lo menos cuatro ámbitos bien delimitados de las libertades económicas, que suponen al propio tiempo, los contextos en que el Estado debe garantizar su actuación sin interferencias que no sean razonables constitucionalmente. Las libertades que comprende la libertad de empresa son en este sentido; 1) Libertad para crear una empresa y acceder al mercado en condiciones de igualdad; 2) Libertad para determinar el objeto, determinar el nombre, domicilio y establecer el gobierno interno de la empresa; 3) libertad para competir en igualdad de condiciones en el mercado; y finalmente 4) libertad de salida del mercado o de cambio de giro de la actividad.

39. En estrecha relación con lo anterior, también hemos identificado a las libertades de industria y comercio. Así hemos establecido que mientras la libertad de comercio,

*“(…) Consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. (...), la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”.*

40. En el caso de autos, la empresa recurrente cuestiona que una decisión judicial, adoptada provisionalmente en el marco de un proceso cautelar, interfiera en el ejercicio de su libertad de empresa, comercio e industria. Este Colegiado encuentra que tal situación no se corrobora con lo que consta en autos, pues admitir que el

dictado de una medida cautelar resulta *per se* limitativa de las libertades económicas aludidas, llevaría al absurdo de que ninguna empresa podría ser objeto de tales medidas jurisdiccionales, puesto que toda medida cautelar supone siempre una cierta limitación de algún derecho, en la medida que busca garantizar otros que están también en juego.

41. Conforme ha quedado acreditado en autos, la empresa recurrente sigue desarrollando sus actividades y ejerce sin mayor limitación las libertades económicas que la Constitución le garantiza, tampoco ha demostrado perturbación alguna a sus libertades de elección del giro o actividad, tampoco se le ha restringido el acceso y permanencia en el mercado, toda vez que sus productos no han tenido restricción para competir libremente en el mercado cervecero peruano. En todo caso, la única restricción que ha motivado este proceso se ha producido en el ámbito de un proceso judicial y con relación al uso de determinado tipo de envases, lo cual no afecta el ámbito constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria. Ello se corrobora además con facilidad tras constatar la presencia de los productos de Ambev Perú en el mercado peruano. En consecuencia este Colegiado considera que en el caso de autos, no se ha afectado el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria de la recurrente.

#### **§5. Sobre la invocación de los derechos de los usuarios y la falta de congruencia de la medida cautelar.**

42. La última cuestión que debe analizar este Tribunal en el presente caso, está referida a la supuesta arbitrariedad y exceso en que habría incurrido el juez que concedió la medida cautelar, así como la Sala que confirmó dicha decisión, toda vez que la misma sería incongruente y, por tanto inadecuada, con relación a la pretensión principal que tiene como objetivo asegurar. En este sentido, la empresa recurrente ha sostenido en primer término, que la medida afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores de cervezas, y en segundo lugar, sería también incongruente desde una perspectiva procesal. Con relación al primer extremo, esto es, la afectación de los derechos de propiedad de los consumidores y usuarios ha sostenido que,

*“(...) Si en el mercado existe un número mucho mayor de botellas de cerveza que el referido por Backus en la demanda a que hacemos referencia, es innegable que los efectos de tal proceso no pueden hacerse extensivos a dicho “excedente”, por tratarse de bienes claramente pertenecientes a terceras personas, es decir, a los consumidores. Sin embargo el actuar de los jueces demandados está permitiendo, indebidamente, lo contrario”.*

Con relación a la falta de congruencia entre la medida cautelar otorgada y las pretensiones postuladas en su demanda principal, ha sostenido que tal situación,

*“(...) Ha afectado el presupuesto de adecuación y, con ello, se ha afectado el derecho de Ambev de recibir una resolución fundada en derecho. En otras palabras se ha violado flagrantemente su derecho a un debido proceso”*

De este modo, la actora considera que la medida cautelar otorgada por el Poder Judicial,

*“Excede larga, abusiva y arbitrariamente el número de botellas señalado por Backus como de “su propiedad”, afectando severamente la validez de la resolución cautelar mencionada”.*

43. Por su parte Backus ha respondido este extremo de los argumentos sosteniendo, con relación a la falta de congruencia en la medida cautelar otorgada y lo solicitado en el proceso principal, que la apreciación de la recurrente no es correcta, puesto que,

*“Olvida señalar (...) que asimismo hemos solicitado que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”.*

44. Con relación a la afectación de los derechos de propiedad de los usuarios y consumidores, ha sostenido básicamente que si bien,

*“Dentro de la cadena de distribución es posible que algunos de nuestros envases hayan sido transferidos a consumidores finales...”.*

sin embargo en este extremo, ha cuestionado la legitimidad para representar dichos intereses por parte de Ambev, puesto que,

*“Si aceptamos la tesis esgrimida por Ambev de que los consumidores finales son los afectados con la medida cautelar concedida a nuestro favor, entonces estaríamos ante un claro supuesto de improcedencia de la demanda por carecer de manera manifiesta de legitimidad para obrar, ya que en dicho supuesto serían los supuestos afectados, es decir los consumidores finales, los legitimados a iniciar el presente proceso de amparo y no Ambev”.*

45. De este modo, las cuestiones que en este punto deben ser analizadas por este Colegiado son las siguientes:



- a) Si se afecta los derechos de los consumidores y usuarios de cervezas al restringir el intercambio de los envases que son de su propiedad.
- b) Si la falta de congruencia entre el proceso principal y la medida cautelar concedida existe y si tal incongruencia afecta algún derecho fundamental de la recurrente.
- c) Finalmente, si la decisión judicial puede ser analizada a través del test de proporcionalidad a efectos de controlar la arbitrariedad judicial en que habría incurrido el Poder Judicial al otorgar la medida cautelar bajo análisis.

### **5.1. Sobre los derechos de los usuarios y consumidores de cervezas que son propietarios de los envases.**

46. Tal como se aprecia del tenor de la medida cautelar concedida, ésta no ha precisado el ámbito o extensión de los envases afectados con dicha medida, toda vez que en el mercado existe en circulación, no sólo botellas de la empresa que solicita la medida (Backus), sino también de los usuarios y de la propia empresa recurrente tal como se acredita en autos a fojas 114 a 119 del primer cuaderno. Como se aprecia de uno de los extremos de la medida cautelar, en ella sin precisar la extensión de la restricción, se ordena que Ambev Perú,

*“(...) No intercambie, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a los envases de vidrio de 620 ml. de capacidad color ámbar de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que se va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentran signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”*

47. Conforme se acredita en autos, sin que haya sido desvirtuado por Backus, en el mercado cervecero peruano, existe una cantidad importante de botellas de las mismas características que han suscitado el presente proceso y que no corresponden a ninguna de las empresas que comparecen en el presente proceso. Esas botellas son de los consumidores. Mientras que la recurrente ha afirmado que su número alcanza aproximadamente unos 50 millones de botellas, Backus, sin negar esta afirmación, se ha limitado a aceptar que tal hecho se ha producido *“por desconocer que los mismos habían sido entregados en calidad de comodato”*. Esto pone de manifiesto, de modo preliminar, que la decisión del poder judicial al momento de confirmar la medida cautelar otorgada en primera instancia, resulta cuando menos, poco diligente puesto que en los términos en que ha sido otorgada dicha medida, ha terminado por restringir también la posibilidad de intercambio de las botellas que los usuarios o

distribuidores de cervezas podrían concertar con Ambev, sin que ello ponga en riesgo la propiedad de las botellas de Backus que se encuentran debidamente identificadas en cuanto al número.

48. Dicho esto, de inmediato debe también quedar establecido, que se trata de derechos potenciales o probables que no han sido debidamente acreditados en el trámite del presente proceso, por lo que el amparo no resulta ser la vía adecuada para pronunciarse en abstracto sobre una afectación o peligro de afectación de los derechos de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas, o incluso de algún eventual distribuidor que haya obtenido envases y desee intercambiarlo con botellas con contenidos de cervezas de propiedad de Ambev Perú. A ello debe añadirse el hecho que los titulares de dichos envases no han expuesto un interés actual y legítimo en la presente causa, requisito indispensable para otorgar tutela de un derecho a través del proceso de amparo.
49. El Proceso de amparo no es pues un remedio procesal donde sea posible la apreciación en abstracto de las medidas y sus posibilidades de restricción como ocurre con el juicio de constitucionalidad de la Ley por ejemplo. Este extremo en todo caso será materia de pronunciamiento *in extenso* por parte de este Colegiado en el expediente N°..... donde debemos afrontar de modo directo los derechos de los usuarios y consumidores con relación a la medida cautelar en cuestión. Ello sin embargo, no constituye impedimento para que este Tribunal, valore este hecho al momento de analizar otro aspecto que en este punto resultará determinante. Nos referimos en seguida a la falta de congruencia de la medida cautelar y su incidencia en la violación del principio de proporcionalidad.

## **5.2. Falta de congruencia entre el proceso principal y aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar el presente caso.**

50. Quizá el argumento más relevante que ha presentado la empresa recurrente para cuestionar la decisión cautelar en su contra, lo constituye la afirmación según la cual ésta resulta incongruente con la finalidad que persigue en el proceso principal. De este modo, tal como han sido planteados los argumentos, mientras que Ambev Perú sostiene que existe incongruencia entre lo solicitado en el proceso principal (demanda declarativa de propiedad) y lo concedido en la medida cautelar, Backus sostiene que lo concedido por el juez se ajusta perfectamente a lo solicitado en el proceso principal, toda vez que también habrían solicitado,

*“Que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”.*

Esta aparente contradicción podría sin embargo ser fácilmente solucionada leyendo los petitorios concretos de la demanda en el proceso principal y luego contrastándola con los términos en que ha sido otorgada la medida. Sin embargo, este camino parece demasiado obvio y sencillo para evaluar lo que en realidad se cobija detrás de este argumento de la parte demandante.

51. En efecto, de una lectura literal de la pretensión planteada por Backus en el proceso principal, se desprende que mediante el proceso en referencia se solicita básicamente lo siguiente:

- a) Se declare a Backus propietaria de 88'330,000.00 de envases con las características ya aludidas.
- b) Se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar dichos envases (“nuestros envases” se lee en la precisión del petitorio) (subrayado nuestro)
- c) Se ordene a las empresas, Distribuidora García S.A.C, San Ignacio S.A., Distribuidora Central del Norte S.A.C, Central del Sur S.A., y Europa S.A.C a no entregar o disponer la entrega de los envases en cuestión a personas ajenas a Backus sin autorización voluntaria de nuestra empresa, en particular a Ambev. (Subrayado nuestro)
- d) Se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de los envases de Backus a terceras personas, en especial a Ambev Perú. (Subrayado nuestro)

52. De la lista de pretensiones planteadas aparece con claridad que el propósito de Backus es preservar la propiedad de las 88'330,000.00 envases que reclama judicialmente, a efectos de que los mimos no vayan a caer en alguna red de distribución de Ambev Perú. En tal sentido, tal como se aprecia, no se cuestiona el que Ambev compre envases de las mismas características a las que son materia de conflicto, como en efecto parece haberlo hecho conforme se acredita con las facturas que se adjuntan en autos, y tampoco solicita que los usuarios o demás distribuidores no comprendidos en la lista de su tercera pretensión principal, o aquellas que en el futuro pudieran constituirse con dicho objeto, puedan llegar a un acuerdo comercial de intercambio de botellas con las botellas de propiedad de Ambev Perú.

53. Todas estas posibilidades no advertidas por el juez al momento de conceder la medida cautelar a favor de Backus, ponen de manifiesto la necesidad de ingresar a una análisis más estricto sobre las potestades cautelares y la posibilidad de afectación del principio de proporcionalidad a que está sujeto, en última instancia, todo poder en el Estado democrático. De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar

dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y por que además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

### 5.3. Principio de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

54. El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por este Tribunal en varias ocasiones, para controlar los límites constitucionalmente permitidos en la intervención de los derechos fundamentales por parte del legislador (en el control de la constitucionalidad de la Ley), o de la administración (para el caso del control de los actos y decisiones reglamentarias). Con relación a su imbricación constitucional, hemos sostenido que,

*“Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”..*

En tal sentido este Colegiado ha señalado que,

*“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”*

55. En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

56. En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de *relación medio-*

*medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”

#### **5.4. Aplicación del test de proporcionalidad al caso de autos**

57. En el caso de autos, la adopción de una medida cautelar tiene como finalidad el preservar el resultado de un proceso al que se denomina *proceso principal*. En tal sentido, se trata de una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional. De otro lado, al margen de que *supra* se haya establecido que en el caso no puede establecerse un pronunciamiento a favor del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de los embaces que también han resultado afectados con la medida; en este punto, este Tribunal no puede ser ajeno al hecho, además admitido por ambas partes, que existen en el mercado más botellas de las que se señalan en la pretensión postulada por Backus en el proceso principal. Esto es, existen otros embaces de botellas con las mismas características a las señaladas por Backus que también están siendo afectadas y que no son propiedad de Ambev. En consecuencia, se trata de establecer mediante el test de proporcionalidad, si la intervención en el derecho de propiedad, cuya titularidad si bien no puede ser establecida mediante este proceso; sin embargo resulta razonable atendiendo a los fines de dicha intervención. Establecida la legitimidad constitucional de la intervención (asegurar los resultados del proceso principal), así como los derechos que están siendo afectados con la medida (propiedad y tutela jurisdiccional), este Tribunal considera pertinente someter dicha medida al test de proporcionalidad en los términos y procedimiento anunciados *supra*. En primer término, con relación a la idoneidad o adecuación, una medida cautelar es por naturaleza una medida procesal adecuada para lograr garantizar el cumplimiento de una sentencia. El proceso judicial, en cuanto instrumento para la realización de la justicia, tiene de este modo en las medidas cautelares una valiosa herramienta al que no puede renunciar. Se trata como anotaba Chiovenda de garantizar que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no se vuelva en contra de quien tiene la razón”, o como lo ha señalado más recientemente el Tribunal Constitucional Español, las medidas cautelares,

*“Responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (...) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones*

*contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”*

58. De este modo, “los instrumentos del instrumento” como ha denominado en célebre frase Calamandrei refiriéndose a las medidas cautelares, gozan hoy en día no sólo de regulación procesal y consenso en la doctrina como un medio indispensable para compensar los estragos que puede generar, ya sea el transcurso del tiempo en los procesos judiciales, o la propia conducta procesal de las partes destinadas a dejar en la total ineficacia la decisión final en un proceso; sino que tras la constitucionalización de los derechos de justicia y en particular a partir de la relevancia constitucional de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares deben ser consideradas auténticas garantías constitucionales al servicio de la efectividad del proceso y la justicia.
59. No es este el lugar para detenerse a desarrollar los alcances del derecho a la tutela cautelar y su dimensión constitucional, baste decir en todo caso, que se trata de una garantía para la efectividad de la justicia y que tiene como sus titulares a quienes pueden constituirse en parte en un proceso, quienes pueden exigir la constitución de mecanismo procesales que sean eficaces para preservar la efectividad de lo que vaya a ser resuelto por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional, llegado el caso. Vista la dimensión constitucional y la finalidad que persigue, la adopción de una medida cautelar por parte del Juez, se trata a todas luces de una medida adecuada y por tanto idónea a la finalidad a la que se dirige.
60. Verificada que la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar el resultado del proceso) y que el medio utilizado para garantizar dicha finalidad legítima resulta idóneo (una medida cautelar); el siguiente paso, conforme ya hemos anunciado, supone analizar la necesidad de la medida. Como lo ha precisado Alexy, “los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible”. Se trata, en el presente caso, de analizar las posibles alternativas con que contaba el Juez al momento de conceder la medida cautelar. Dichas posibilidades desde luego, no brotan de la imaginación en abstracto de este Colegiado, sino que han sido puestos de manifiesto por la propia recurrente, quien ha manifestado que,

*“La pretensión de Backus en dicho proceso (se refiere al proceso principal) es que se le declare propietaria de 88’330,000 botellas de cerveza (“primera pretensión principal”) y que, como consecuencia de ello, el Poder Judicial emita determinadas órdenes que impidan a Ambev Perú utilizar ESOS envases (“Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales”).*

Así ha podido constatar también este Colegiado y lo ha resumido en el fundamento 51° *supra*. Ahora debemos señalar que este es el marco, donde debemos fijarnos para determinar las opciones con las que contaba el Juez al momento de dictar la medida. No se trata como ya hemos adelantado, de un marco solo “procesal” para la actuación del juez, sino que alcanza relevancia constitucional en la medida que se demuestre que, en este punto, existían mecanismo menos restrictivos de los derechos de quienes han resultado afectados con la medida cautelar.

61. Si bien habíamos adelantado, que tratándose de la aplicación del sub principio de necesidad el análisis se centra en la *relación medio-medio*; ahora debemos precisar que aquí no vamos a comparar el medio (medida cautelar) con otros medios con que contaba el juez para garantizar la finalidad constitucional previamente identificada. El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad podía ser morigerada o reducida por el Juez sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intenta servir la medida cautelar dictada y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros titulares de botellas que no han participado en el presente proceso, pero cuya existencia ha sido debidamente acreditada en autos como se advertido *supra*. El control de la necesidad de la medida adoptada supone de este modo, como lo anota Gonzales Beilfuss, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la demostración por parte de quien asume una decisión en el ámbito de los derechos fundamentales, de que no existe “alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida”. La pregunta pertinente en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?
62. El Derecho Procesal, incluso antes que el Derecho Constitucional, ya intentó responder esta pregunta poniéndose también en la perspectiva de los derechos en cuestión. En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir.
63. En lo que atañe al caso de autos, la medida cautelar intenta garantizar un conjunto de pretensiones específicas contenidas en el expediente principal, las mismas que aparecen debidamente resumidas en el fundamento 51 *supra*, no obstante su concesión, a partir de una redacción defectuosa de la misma, termina por expandir sus efectos más allá de la finalidad a la que pretende garantizar. De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por Ambev Perú, y la de

los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ambar...”. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de Ambev Perú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión.

64. En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

#### **HA RESUELTO**

- 1) Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, en consecuencia NULA la resolución N° 01 de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el 26° Juzgado Civil de Lima, así como su confirmatoria de fecha 18 de mayo de 2005, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.
- 2) **DISPONE** que el Juez *a quo*, evaluando las nuevas circunstancias y el avance del proceso principal, disponga si considera aún pertinente, la concesión de una nueva medida cautelar adecuada a la finalidad del proceso principal y sin caer en el exceso que ha sido censurado por este Tribunal, bajo apercibimiento de ser pasible de las medidas de coerción a que se refiere el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional en lo que resulte aplicable.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**BARDELLI LARTIRIGOY**



## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **CONCLUSIONES:**

1. El debido proceso aparte de ser un principio general del derecho, es un derecho fundamental que pertenece a todos los ciudadanos Peruanos, consagrado en nuestra Constitución lo cual debe hacerse efectivo cada vez que formemos parte de un proceso.
2. El debido proceso tiene una función aseguradora de los derechos fundamentales, es decir otorga a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos a través de un procedimiento netamente legal y que cumpla los principios principales como oportunidad razonable, ejercer derecho de defensa, obtener una sentencia justa, etc.
3. Hoy en día se ve cantidad de falencias de los administradores de justicia respecto a la aplicación de este derecho constitucional, por lo que se ve vulnerado y prueba de ello se ve en las distintas emisiones de sentencias con falta de motivación o no teniendo suficiente claridad y lógica.

## **RECOMENDACIONES**

1. Que, los magistrados antes de emitir una resolución de una medida cautelar, debe de primar la razonabilidad antes de concederla.
2. Que es deber de todo aquel que lo solicita, de no caer en el despropósito, y haga caer en un error al magistrado.
3. Que las medidas cautelares a otorgarse deben ser en proporción a solicitado y no conceder más halla de solicitado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBERTO HINOSTROZA MINGUEZ, Juristas Editores, *Derecho Procesal Civil*. Tomo X, Edición- Lima- octubre de 2010 pg. 14- 43.

MARIANO PELAEZ BARDALES, Editores GRIJLEY, *El Proceso Cautelar*, edición-lima- abril de 2010 pg. 01-73

ERICK VERAMENDI FLORES, el nuevo presupuesto en la Medida Cautelar.

## **EXPLORACIÓN ONLINE**

<http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-española>