



Sergio Salas Villalobos(*)

Efectos de la aplicación de la adecuación en los **petitorios y providencias cautelares**

“El proceso, no puede volverse contra el propio justiciable ni imponerle la condena de sus tiempos ni favorecer la muerte de sus prerrogativas jurídicas... El proceso, no puede ser cómplice, ni reliquia”.
Jorge W. Peyrano

El presente trabajo, nace de un hecho práctico y real que se produce comúnmente en el ejercicio práctico del Derecho Procesal Civil en nuestro sistema judicial respecto del uso y aplicación de las medidas cautelares. Tiene por tanto la finalidad de comprobar si en el Derecho Judicial se viene atendiendo adecuadamente el concepto la tutela urgente dentro de los parámetros de razonabilidad, pero sobre todo, si los jueces vienen empleando todas las facultades y herramientas de función jurisdiccional de las que están investidos, no solo legales y jurídicas, sino también efectivas para atender diligentemente y en momento oportuno, el acceso a este tipo especialísimo de tutela jurisdiccional. Las prácticas judiciales, deben ser cuidadosamente apreciadas como indicadores de la forma cómo se desarrolla nuestra judicatura en atención a estos temas, y finalmente será la comunidad en general, la que legitime su accionar en función a la respuesta eficaz y oportuna de justicia.

Abona quizá a favor de este pequeño ensayo, la experiencia adquirida en el ejercicio del derecho judicial del autor, en el cual buscó la solución real a los casos que se le proponían.

1. Planteamiento del problema

1.1. El hecho

Se trata de la ejecución de un contrato de renovación automática anual, en el cual una de las partes alega que el mismo ya no le es exigible por cuanto cursó una comunicación a su contraparte manifestando que ya no deseaba continuar con la relación contractual y por lo tanto se

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de Derecho Judicial en la Universidad de Lima. Profesor principal de la Academia de la Magistratura. Ex Presidente de la Corte Superior de Lima. Ex Juez Supremo Provisional. Especialista en Derecho Procesal Civil. Socio de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

desvinculaba del mismo, no siéndole exigibles las obligaciones correspondientes.

Sin embargo, en el mismo escenario fáctico, el contrato en referencia estipulaba que cualquier comunicación de las partes manifestando que ya no procedería a la renovación automática, debía formularse con una anticipación de noventa días al vencimiento del plazo contractual. En el caso tratado, si bien se cumplió con enviar dicha comunicación de no continuar con la relación contractual, esto se efectuó fuera del plazo mencionado, y más aún, cuando ya había operado la renovación automática.

Es por tal sentido, que la parte perjudicada accede a la tutela jurisdiccional para demandar el cumplimiento del contrato, ya que la resolución unilateral no solo es indebida, sino que ello le causa perjuicio a sus intereses.

1.2. La pretensión cautelar

En este escenario, la parte perjudicada, antes de acceder a la tutela jurisdiccional común, decide hacer a la tutela urgente; esto es, a pedir una medida cautelar fuera de proceso, lo cual en la medida de las circunstancias no solo se aprecia factible, sino lógico, ya que se trata de obligaciones contractuales que su incumplimiento genera daños evidentes, siendo el objetivo de la justicia, impedir precisamente su generación e irreparabilidad. Para eso están las medidas cautelares.

Sin embargo y como quiera que la norma que regula las medidas cautelares, forma parte del ordenamiento procesal, estas deben guardar ciertos parámetros de formalidad tanto en sus pretensiones, como en sus concesiones. No se trata de pedir por pedir, sino invocar situaciones fácticas y jurídicas que guarden un grado de certeza tal, que permitan la solución inmediata al problema. Por ello, los hechos y el derecho en las medidas cautelares no deben ampararse en bases mínimas, sino por el contrario, sólidas que no admitan dudas ni márgenes de error en la medida.

En el caso tratado, concretamente, el petitorio cautelar, consiste en: "(...) solicitamos se sirva ordenar una medida cautelar, que ordene a (...), que ejecute su obligación de (...), prestaciones a las que se obligó en virtud del contrato (...)"

Como se aprecia del petitorio, el solicitante no especifica de manera precisa, cuál es el tipo de medida cautelar que pretende.

Lo deja al criterio del juzgador. Para los efectos prácticos, el pedido cautelar en el caso concreto, contiene la estructura requerida de fundamentos de hecho y derecho, así como la exposición de los argumentos de verosimilitud y peligro en la demora, conforme se expone más adelante. Por tanto, debemos centrar todo el análisis en la forma concreta de este petitorio.

1.3. Base legal del petitorio

Se expone en la solicitud cautelar, que la misma se efectúa de conformidad con lo dispuesto por los artículos 608, 610, 674 y demás pertinentes del Código Procesal Civil (en adelante, "CPC"). Es decir, se recurre a una fórmula casi automática en la práctica forense, cual es emplear cláusulas abiertas para que sea el Juzgador el que elija cual aplicar. Ello si bien podría apreciarse dentro de las facultades del *juris novit curia*, no obstante consideramos que es una práctica que no solo no ayuda al Juez para la determinación del derecho, sino que es una excusa para disimular la probable falta de argumentos jurídicos en las pretensiones; lo cual en exceso es éticamente cuestionable.

1.4. Respuesta del órgano jurisdiccional

En primera instancia, se concede la medida cautelar innovativa, haciéndose mención a los artículos 608, 611 y 682 del CPC. Empero, no realizó el análisis de subsunción al caso concreto.

El órgano colegiado Superior, anuló la medida otorgada por vulneración al Principio de congruencia al concederse una innovativa y no una temporal sobre el fondo conforme al petitorio (artículo 674 del CPC).

2. Análisis de la base legal empleada

En este estado, empecemos por analizar la base legal que emplea el peticionante para los efectos de la sustentación jurídica de su pretensión cautelar. Ello es el punto de partida



Sergio Salas Villalobos

de un análisis jurídico del tema y su propósito. Determinar ¿hasta dónde se puede omitir ó invocar erróneamente una norma procesal en una pretensión cautelar? Veamos.

Las normas procesales invocadas para la concesión de la medida cautelar, son:

2.1. Artículo 608

“Juez competente, oportunidad y finalidad.-

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. *El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.*

La medida cautelar tiene por *finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva*” (énfasis agregado).

Esta norma procesal, es la que garantiza el Acceso a la Tutela Jurisdiccional de naturaleza cautelar, y la que además lo hará también de posterior pretensión principal.

Se trata en consecuencia, de la llave de acceso a la *tutela cautelar o urgente*, entendida tal, como aquella en la que se tratan derechos cuya atención debe ser inmediata, y si bien el fondo de los mismos se verá en un contradictorio con las garantías del debido proceso, las condiciones especialísimas de su certeza y los efectos de daño inminente que se advierte, lo convierten en una tutela exclusiva. Obvio es que su tratamiento está dentro del Derecho Procesal Civil, y se atiene a él; pero tales características especialísimas, lo tornan en un proceso exclusivo.

Peyrano la define como *tutela provisoria*, y la enmarca precisamente cuando existe un riesgo de daño irreparable

si el tribunal no adopta prestamente alguna decisión que lo conjure⁽¹⁾. Es decir, a entender del jurista argentino, la prontitud en la decisión del órgano jurisdiccional, implica su obligación de atender el pedido de tutela que realiza un justiciable para prevenir un daño inminente.

Al efecto se advierten dos presupuestos preliminares que *in stricto* van a verse reflejados en la decisión que resuelva el fondo:

- a) la expresión clara de la pretensión a demandar; y,
- b) la garantía que ofrece el acceso a la tutela, para que lo mandado en una resolución cautelar se cumpla en una definitiva.

Vale decir, la *primera norma de acceso a la tutela cautelar* no exige como requisito indispensable, la determinación exacta del tipo de medida que pide el recurrente; esto, por la propia naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Únicamente exige claridad en la pretensión a demandar, más no la misma claridad en la pretensión cautelar. Esto, por cuanto la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se orienta a atender una emergencia comprobada como tal, pero para hacerlo, el juez deberá tener una noción clara y precisa de cual va a ser la pretensión principal como tema de fondo, ya que lo que resuelva en la medida cautelar, causará efecto directo en aquella. Además, por que será el juez competente que resolverá dicho tema de fondo y debe tener un conocimiento previo de ello.

Así, Calamandrei refiere que “(...) el Juez llamado a disponer en sede cautelar estos efectos anticipados debe prever cuales podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia”⁽²⁾.

(1) PEYRANO, Jorge W. *Problemas y soluciones procesales*. Rosario: Editorial Juris, 2007.

(2) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA, 2005; p. 75.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

En ese mismo sentido Plasencia Cruz sostiene que: "(...) Esto significa que la concesión de la medida cautelar no se encuentra sujeta a la potestad y liberalidad de las partes, sino que *corresponde al Juzgador decidir sobre su adopción*, (el énfasis es nuestro) ya sea en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal (artículo 611 del CPC), siempre que exista, como se ha indicado, apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), y si su no concesión puede ocasionar un daño irreparable (*periculum in mora*), tornando en necesaria la decisión preventiva"⁽³⁾.

Por lo tanto, estando garantizado el acceso a la tutela cautelar, corresponde a la jurisdicción garantizar la efectividad de la medida que se adopte para que se cumpla en una resolución definitiva.

Con ello, la doctrina lo que establece es que: finalmente es el Juez el que va a decir el tipo de medida cautelar va a otorgar en función a la naturaleza jurídica del derecho principal, y que tal decisión debe asegurar la conservación plena de éste.

2.2. Artículo 610

"El que pide la medida debe.-

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y,
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal".

La norma procesal, establece cuales son los *requisitos materiales* para la obtención de las providencias cautelares. Como tales, deben ser concretos para garantizar que no se

concedan de manera ligera; esto es, que deben sustentarse adecuadamente ya que se van a afectar patrimonios u otros derechos, o en todo caso (como en el presente) a dictarse medidas que garanticen el cumplimiento de obligaciones pre determinadas por un negocio jurídico plenamente identificado.

Por tanto, los requisitos materiales, si bien son formales, en algunos casos pueden también, estar sujetos a su *adecuación* por el órgano jurisdiccional, como la forma ó la contracautela.

En efecto, ambos elementos pueden ser adecuados por el Juez al momento de dictar la providencia cautelar. Así, en supuestos de hecho, el Juez puede considerar que no es adecuada una pretensión cautelar, y será él quien dé la forma correspondiente, atendiendo a que ha advertido previamente la concurrencia de los otros *requisitos sustanciales o de fondo* que identifican la verosimilitud y la necesidad de proceder a la tutela urgente.

Es importante destacar que la apreciación de ambos tipos de requisitos; los sustanciales ó de fondo y los materiales o formales; deben ser analizados en ese orden. Solo para los efectos de este trabajo se ha invertido el orden en atención a que se ha estructurado primero el análisis de las normas que se propusieron como sustento del caso. Por ello, en circunstancias normales, el juez debe necesariamente evaluar si concurren los presupuestos sustanciales o de fondo (*verosimilitud y peligro en la demora*) lo cual dará apariencia de certeza no solo del derecho, sino de la pretensión cautelar misma. Cuando dicho examen sea positivo, deberá proceder al análisis de los requisitos materiales ó de forma; lo que evidentemente no tendrán la

(3) PLASENCIA CRUZ, José Antonio. *La Buena Fe en el Proceso Cautelar*. En: *Derecho y Cambio Social*. Año V. No. 13. La Molina, 2008.



Sergio Salas Villalobos

misma rigurosidad de los primeros, por cuanto detectada la justificación del acceso a la tutela urgente, el juez deberá flexibilizar su razonamiento a la búsqueda práctica, oportuna, real, legal y jurídica de la emergencia. El juez que conoce de la tutela urgente, es el símil del médico de emergencias que atiende las mismas para salvar al paciente, y no lo deriva a una consulta interna en la cual mientras espera su atención, el enfermo se desangra y perece. Es decir, cumple el protocolo estricto del análisis de certeza (requisitos sustanciales) y prepara (adecua) la prescripción clínica (requisitos materiales) para el tratamiento de recuperación posterior (la medida cautelar propiamente).

La correlación que debe existir entre el pedido cautelar (cuando lo hay) o la *adecuación* que hace el Juez en su providencia, y la situación jurídica de la que es objeto, es conocida también como la relación de coherencia y adecuación entre lo que se intenta garantizar y la medida solicitada como garantía o como dice Monroy Palacios, “que deba ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento”⁽⁴⁾.

Es por ello, que la concurrencia de los requisitos materiales ó de forma no debe entenderse de manera rígida, sino aplicarse sobre ellos la interpretación sistemática por ubicación de la norma, es decir, su comparación próxima con otras normas de la misma clase, grupo o acápite normativo⁽⁵⁾. En este caso, ello debe hacerse con el artículo 611 del CPC.

“Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada *o en la que considere adecuada*, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie (...).”

Nuevamente encontramos la fórmula de la adecuación a las características ó forma que finalmente se va a dar a la medida cautelar, y ello recae exclusivamente en la persona del Juez. En consecuencia, es el único que tiene la potestad de determinar la forma de la medida cautelar que va a disponer

cuando aprecie la concurrencia previa de los elementos sustanciales y de fondo.

Siendo todo ello así, prevalece la adecuación como principio de las medidas cautelares, dependiendo la elección del peticionante, a la razón que determine el Juzgador. Por ende, debe entenderse que resulta suficiente acogerse al acceso de la tutela cautelar que establece el artículo 608 en la forma antes comentada.

2.3. Artículo 674

“Medida temporal sobre el fondo

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

Las medidas temporales sobre el fondo, son definidas en la doctrina como las *medidas autosatisfactivas* y se presentan bajo la denominada *tutela diferenciada* que forma parte de la *tutela urgente*. Es decir, es una forma ó variación de las medidas cautelares generales; sobre todo en sus efectos y consecuencias; ya que no requieren de una Sentencia posterior que las confirmen.

La medida autosatisfactiva “es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota (de ahí lo de autosatisfactiva) con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación

(4) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002.

(5) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 267.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento⁽⁶⁾.

En ese sentido, *in stricto* las medidas autosatisfactivas, mal denominadas temporales sobre el fondo, implican una sentencia propiamente dicha, ya que no requieren de otro pronunciamiento posterior que las confirmen. Se agotan en sí mismas, ya que tienen por objeto, garantizar la eficacia de la tutela urgente. Son usuales en procesos de alimentos al fijar las pensiones provisionales, desalojos anticipados, administración de bienes; aún cuando en algunos, sean necesarios una sentencia sobre el fondo. No obstante su característica es su vigencia sin que exista pronunciamiento final.

Tomamos como referencia la definición de Peyrano, que indica que se tiene por medida autosatisfactiva, a aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota (de ahí lo de autosatisfactiva) con su despacho favorable, sin ser entonces, necesaria su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se le haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma⁽⁷⁾.

Nuestro ordenamiento procesal, al igual que otros de la región latinoamericana, ha incluido mal esta institución cautelar dentro del capítulo de las medidas cautelares como si fuera una más, ya que se ha obviado la regulación de su proceso *sui generis* y especialísimo. Por ello, se pueden originar confusiones en los operadores jurídicos, al plantear sus pretensiones cautelares; como la advertida en el caso tratado.

Sin embargo, ello en absoluto lesiona la pretensión original, la que subsiste por la base legal de las otras normas anteriormente tratadas.

Como reflexión complementaria a este tema, ya la doctrina ha sugerido la necesidad de legislar los procesos cautelares autosatisfactivos. Así Martell Chang en su reconocida tesis⁽⁸⁾, no solo ha hecho un estudio analítico é histórico de estas medidas, sino que fundamentalmente concluye en la necesidad de legislar adecuadamente la forma como tratar estas medidas en la tutela urgente. Por su lado, Barros Bourie, destaca que en Chile, "... dicho recurso (...) no constituye una medida cautelar respecto de otra acción sino un procedimiento de urgencia y autónomo..."⁽⁹⁾. Destaca dicho autor, el enorme éxito y masiva aplicación en dicho país⁽¹⁰⁾, al contrario del nuestro. Prueba de ello, la afirmación de Silva Muñoz quien refiere que es posible que no podamos hablar de jurisprudencia nacional, entendiéndolo por tal resoluciones firmes que han atendido las medidas autosatisfactivas⁽¹¹⁾, por que estas o son escasas, no han trascendido, ó simplemente su producción ha sido pobre. En cualquier circunstancia, ello se releja por el poco uso efectivo que se hacen de dichas medidas en nuestro sistema procesal.

Finalmente y para cerrar el tema, añadiremos que en otros sistemas procesales la doctrina viene introduciendo el concepto de los Procesos Monitorios para el tratamiento de las medidas autosatisfactivas, con lo cual se confirma una vez más que estas no deben tratarse como medidas cautelares comunes, sino exclusivísimas. Así, Di Nubilia define su naturaleza jurídica como un proceso plenario rápido abreviado que tiene por finalidad la

(6) PEYRANO, Jorge W. *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas*. En: PEYRANO, Jorge W. (editor). *Ateneo de estudios del Proceso Civil. Medidas Autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 1997; p. 27.

(7) PEYRANO, Jorge W. *Un fuerte espaldarazo jurisprudencial a la medida autosatisfactiva*. ED, 180-285; en *Problemas y soluciones procesales*; p. 226

(8) MARTELL CHANG, Rolando. *Acerca de la necesidad de legislar las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Tesis UNMSM.

(9) BARROS BOURIE, Enrique. *El recurso de protección como medio de amparo de los contratos, en Instituciones modernas de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1996; p. 334.

(10) *Ídem.*; p. 335.

(11) SILVA MUÑOZ, Carlos. *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal peruano*. Chiclayo: Editorial GPZ., 2005; p. 179.



Sergio Salas Villalobos

rápida creación de un título ejecutivo, en aquellos casos en los que el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda reclamada por el acreedor, hace presumir que la resolución dictada *inaudita altera parte* por el órgano jurisdiccional no será contestada por el deudor⁽¹²⁾. La inexistencia de contradicción y la celeridad de su ejecución, garantizan la eficacia de la tutela urgente que caracteriza a este tipo de medidas.

3. Juicios de razonabilidad

Analizadas las normas que concurren al tratamiento práctico del presente caso, toca ahora desarrollar las razones de orden jurídico que deben tomarse en cuenta para la solución del problema.

Por razones de orden jurídico deberemos entender la fundamentación de derecho que concurren tanto en las pretensiones como en las providencias cautelares. Si bien el peticionante debe exponer con claridad las circunstancias que rodean al hecho, el juez deberá hacer un exhaustivo análisis cognitivo que no le deje sombra de duda, que el problema debe tratarse en la tutela urgente de las medidas cautelares.

La racionalidad es una herramienta del pensamiento humano, y en ese ámbito no hay lugar a las decisiones intuitivas o al ensayo de prueba y error ya que de esas decisiones dependen vidas humanas, recursos económicos y, objetivos políticos⁽¹³⁾. En tal sentido, los juicios de razonamiento que sustenten una providencia cautelar, no escapa a los parámetros de la racionalidad jurídica.

Para ello, desarrollaremos con mayor amplitud, las características de los requisitos sustanciales o de fondo y los materiales o de forma a los que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, prestaremos mayor atención a los segundos, ya que los presupuestos sustanciales, por la naturaleza de este trabajo merecen una atención distinta, como también ya han sido objeto de otro ensayo del autor⁽¹⁴⁾.

3.1. Requisitos sustanciales o de fondo

Son aquellos que en esencia constituyen los componentes de la apariencia del Derecho que se invoca. Su carácter sustancial ó esencial, está determinado precisamente por la necesidad de atención urgente. Por sustancial debemos entender lo indispensable, sin cuya concurrencia no es posible seguir analizando la presencia de otros elementos para completar un juicio de razonamiento válido. Es la cualidad indesligable de la cual el objeto no puede prescindir.

El desarrollo que a continuación exponemos, contiene las reflexiones más básicas de estos requisitos, pues consideramos que al propósito de este trabajo, si bien son necesarios exponerlos, no obstante son complementarios, no ocupando el punto nuclear del tema. No extenderemos pues su análisis completo.

3.1.1. Verosimilitud

Quizá el elemento sustancial más importante en las pretensiones cautelares. La jurisprudencia comparada la considera como un “asunto susceptible de grados y está influida por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la medida precautoria, (...) habiéndose señalado en forma reiterada que es menester partir de la base de que la medida a dictarse debe significar un requisito asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho, cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva⁽¹⁵⁾.”

(12) DI NUBILIA, Elena Palmira. *Proceso Monitorio: Tribunales de ejecución*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Nacional del Nordeste. Argentina: Corrientes, 2005.

(13) LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo. *Razonamiento Jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia y la irracionalidad en a decisión judicial*. En: *Revista de Filosofía, Derecho y Política*. No. 3. Buenos Aires: Universitas; p. 4.

(14) SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Factores para determinar la verosimilitud del derecho invocado en las Medidas Cautelares*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo LXXV. Lima: Normas Legales, 2007.

(15) Cfr. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, 1999; p. 63.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los peticitorios y providencias cautelares

Es decir, constituye por excelencia el elemento sustancial de mayor trascendencia por su vinculación estrecha no solo con el hecho producido, sino con el reconocimiento del derecho mismo que se reclama. La presencia de los elementos que constituyen la verosimilitud, debe ser más que una simple apariencia ó cálculo de probabilidades⁽¹⁶⁾. Debe contener una apreciación cognitiva del juez a través de la comprobación de la concurrencia de determinados factores.

Como se ha indicado, dichos factores determinantes de la verosimilitud ya han sido desarrollados por el autor en un trabajo específico sobre el particular⁽¹⁷⁾, por lo que solo proporcionaremos sus identificaciones. Ellas son: *factor de legalidad o relación de la base legal del derecho invocado, ultima ratio, confirmación de alteración del orden natural del derecho a través de la prueba, concreción ó identificación del daño aparente*.

3.1.2. Peligro en la demora

Este elemento a decir de un sector de la doctrina, ocupa un segundo orden sustancial; aunque cada vez es más creciente la corriente que refiere que es independiente de la determinación de verosimilitud, pues no depende de ella para generar convencimiento de providencia cautelar. Es decir, se postula que aún cuando la verosimilitud no sea del todo convincente, este elemento puede persuadir al juez que es necesario el otorgamiento de una cautela apropiada.

Tal postura no deja de tener validez, aún cuando la duda en la tutela urgente, puede en ocasiones ser sinónimo de rechazo. Si un juez tiene dudas de la certeza ó verosimilitud del derecho, puede rechazar la pretensión.

Sin embargo, si se advierte un alto grado de peligro en resolver el tema de fondo al notar la presencia de actos lesivos de inminente

realización, utilizando el tercer elemento de la contracautela, el Juez podrá despejar sus dudas y conceder la medida precautoria.

Sartori⁽¹⁸⁾, citando a Morello, Sosa y Berizonce refiere que expresan que el “estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal, y que da características propias a aquéllas frente a la duración o demora del proceso, pues la prolongación del mismo durante un tiempo más o menos largo crea siempre un riesgo a la justicia y si bien no es necesaria la plena acreditación de su existencia, se requiere que resulte en forma objetiva. No basta el simple temor o aprensión del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados (en sus posibles consecuencias) aun por terceros. Se acredita sumariamente o prima facie o mediante una *summaria cognitio*, pudiendo en ciertas hipótesis presumirse a través de las constancias de autos”⁽¹⁹⁾.

Como vemos, el elemento cognitivo siempre estará presente, aunque en la tutela urgente, ello no requiere del contradictorio, sino se refuerza principalmente en la instrumentalidad que sustenta la pretensión.

3.1.3. La razonabilidad

Si la contracautela en su momento dejaba dudas si era o no un requisito sustancial, la modificación del artículo 611 del Código Procesal Civil introducida por la Ley 29384⁽²⁰⁾, complica aún más la aplicación de la tutela urgente en nuestro sistema procesal.

Resolución del Juez de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. R. 488.277 “Guerrero Juan Roberto y otro c/Mutual Rivadavia de Seg. De Transporte Público de Pasajeros s/artículo 250 CPC. Incidente civil” J. 18 (Expediente No. 32.376/2007).

(16) QUIROGALEÓN, Anibal. *El proceso cautelar Constitucional: singularidades*. Lima, abril del 2006. En: Martell Chang, Rolando. *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso Civil*.

(17) SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Factores para determinar la verosimilitud del derecho invocado en las Medidas Cautelares*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo LXXV. Lima: Normas Legales, 2007.

(18) SARTORI, José Antonio. *El debido concepto de lo cautelar*. VIII Congreso Procesal Garantista. Escuela Superior de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2006.

(19) MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto y BERIZONCE, Roberto. *Códigos procesales*; p. 536.

(20) Publicada el 28 de junio de 2009.



Sergio Salas Villalobos

Por razonabilidad; como hemos indicado; entendemos los juicios de valor, en donde además se introducen otros ingredientes de orden abstracto que no obstante darán un contenido jurídico adecuado a un problema o conflicto. La proporcionalidad, la ponderación y la idoneidad, formarán parte de aquellos ingredientes para formar un juicio de valor adecuado y por lo tanto requerirán de una compleja metodología de análisis. Sin embargo, por sus propias características todos estos elementos deben conjugarse en una sentencia de fondo en el debate principal sujeto a las reglas del debido proceso y no en una pretensión cautelar. No olvidemos que la finalidad de la tutela urgente es su eficacia en sí misma y no la resolución del conflicto como tema de fondo.

Por ello, resulta complejo y difícil encontrar la *ratio legis* en este elemento. En todo caso y tal como está diseñada la norma, resulta evidente que la intención del legislador fue considerar la adecuación como elemento sustancial.

Pero ello, en esencia no es un requisito, sino es precisamente el producto de una facultad propia del Juez en la forma de conceder la medida para proteger el derecho invocado y no un elemento que se encuentre presente en éste.

Por su parte, la contracautela ha venido siendo cuestionada por la doctrina como requisito sustancial y ha preferido colocarla como un requisito de cumplimiento. Así, se considera que tal requisito se debe verificar *ex post*, es decir luego de que se ha considerado la idoneidad de la medida⁽²¹⁾. Por lo tanto, siendo posterior a la decisión de protección cautelar, ya dejaría de ser un requisito sustancial para verificar su concurrencia. Se torna así, en una suerte de condición de obligatorio cumplimiento, para la efectividad de la providencia cautelar.

Por su parte, Veramendi Flores, sostiene que prueba que la contracautela no es un requisito sustancial, es que en los procesos sobre violencia familiar⁽²²⁾ y las solicitadas por el Estado⁽²³⁾, no es exigible la contracautela⁽²⁴⁾.

Sin embargo, las prácticas jurisdiccionales consideraban que precisamente en casos de dudas en la apariencia de verosimilitud, la contracautela efectiva con una garantía cierta no juratoria, se tornaba de un requisito de cumplimiento en uno sustancial, ya que el peticionante comprometía su patrimonio en la certeza que le asistía el derecho. Tal compromiso, despejaba la duda de los jueces y quedaban persuadidos con esa muestra de desprendimiento patrimonial efectiva. Lo dudoso se tornaba en cierto y por tanto, tal demostración de certeza adquiriría la calidad de requisito sustancial.

Sin embargo, esta situación no es siempre concurrente. Es decir, no acompaña de manera natural, al hecho producido y al derecho invocado. Es eventual y complementaria. Solo procede en caso de duda, ya que cuando no se presente, mantiene su condición de requisito de cumplimiento. Es por esta razón, que la doctrina no llegó a aceptar a la contracautela, como un presupuesto sustancial por naturaleza.

En cualquier situación, consideramos que ni la razonabilidad ni la contracautela, son en esencia requisitos sustanciales por naturaleza jurídica; pudiendo serlo la segunda solo de manera condicional en casos de duda de certeza. Sin embargo, la modificación de la norma procesal, la erradica por completo como un requisito de fondo.

3.2. Requisitos materiales o de forma

No están referidos al contenido intrínseco del objeto mismo de la pretensión cautelar, el cual como hemos advertido, está constituido por

(21) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad, 2002; p. 202.

(22) Artículo 11 *in fine* de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar. TUO de la Ley 26260, Decreto Supremo 006-97-JUS.

(23) Artículo 614 del Código Procesal Civil.

(24) VERAMENDI FLORES, Eric. *El nuevo presupuesto de la Medida Cautelar: La Razonabilidad*.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

el Derecho mismo que se invoca y cuya vulneración aparece inminente mediante el supuesto de hecho presentado.

Implican la forma como se pide la pretensión cautelar; es decir, el contenido de la estructura de dicha pretensión. Dicho contenido es importante para la atención del Juez, estando al principio de formalidad consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano, el cual implica someterse a sus disposiciones por el carácter público de sus normas, lo cual conlleva su obligatorio cumplimiento⁽²⁵⁾. Sin embargo, cabe destacar la regla de excepción al Principio de Formalidad, la cual se encuentra en la propia norma y constituye la primera señal de la presencia del Principio de Adecuación que es materia central de este tema.

Al efecto, la doctrina ha precisado en la necesidad de contar con esta regla de excepción que va a permitir que la adecuación más que una fórmula procesal, sea también un Principio necesario. Calamandrei, citando a Chiovenda, refiere que este eminente jurista considera implícitamente existente “la figura general de la providencia provisoria cautelar; dejándose completamente al Juez el poder de establecer su oportunidad y naturaleza”⁽²⁶⁾.

Por lo tanto, debemos entender que los requisitos materiales o de forma, son necesarios para dar el impulso al acceso a la tutela urgente, y también lo son para otorgarle al proceso, el manto de legalidad y eficacia que exige dicha tutela. Finalmente, es la ley y la forma como esta se aplica, la que deriva en la juridicidad de la medida que se adopte. Por tanto, identificamos los siguientes presupuestos materiales:

3.2.1. Fundamentación de la pretensión

Implica la postulación misma del pedido cautelar. El ejercicio de la acción⁽²⁷⁾ cautelar que se pretende transformada en una demanda ó petitorio cautelar.

Al efecto Gómez Lara define a la demanda como “el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión”⁽²⁸⁾. En ese sentido, la exposición y fundamentación de la pretensión de obtener una cautela urgente, constituye el primer presupuesto material.

Del mismo modo, Monroy Gálvez citando a Chiovenda, refiere que este connotado jurista fue el primero en considerar que la petición de una medida cautelar importaba *per se*, el ejercicio de una acción⁽²⁹⁾. En efecto, dice Chiovenda que “el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora) y es pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, por que existe como poder actual, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe”⁽³⁰⁾.

Al igual que los requisitos de la demanda, las exposiciones fácticas y de derecho, son las mismas exigidas en la pretensión cautelar; aún cuando la norma no las distingue.

Sobre el particular, debemos considerar que esa omisión normativa de no especificar la fundamentación jurídica del petitorio, no es adrede, sino en todo caso se sustenta precisamente en la facultad de adecuación que tiene el Juez para dictar la providencia correspondiente, como veremos más adelante.

(25) Principio de Obligatoriedad de la Ley. Artículo 109 de la Constitución.

(26) CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*; p. 66.

(27) Entendida como el ejercicio del derecho de acceso a la tutela urgente dentro de la tutela jurisdiccional efectiva. De acuerdo a la definición de Couture: “Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión”. BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. *Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil. Preguntas y respuestas*. 2da. Edición. México: Editorial LIMUSA, 2004.

(28) GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Oxford University Press Harla México, 1998; p. 35.

(29) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium, 1987; p. 21.

(30) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de E. Gómez de Orbaneja. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo I, Madrid, 1948; p. 35.



Sergio Salas Villalobos

No obstante, y tratándose del ejercicio de acción a la tutela urgente, es imprescindible que el peticionante exponga con claridad meridiana, la concurrencia de su derecho, pero más aún, lo acredite con los elementos de instrumentalidad que caracteriza la eficacia de las medidas cautelares. Por lo tanto, la prueba cautelar, forma parte de la fundamentación de la pretensión, al ser inherente a ella.

3.2.2. Identificación de la forma de la pretensión cautelar

Consideramos que este es el punto neurálgico de todo el tema tratado.

Siendo el proceso civil de naturaleza particular por que responde al impulso e intereses de las partes mediante su acceso a la tutela efectiva, es obvio que estas tienen las prerrogativas de escoger el tipo de protección que desean. Sin embargo, este derecho de libre elección de la forma de tutela, no queda a su libre albedrío, sino debe guardar relación lógica y coherente con los hechos y el derecho reclamado.

Nuestro ordenamiento procesal ha incorporado precisamente la excepción de oscuridad y ambigüedad en la forma de proponer la demanda⁽³¹⁾, lo que no preveía el viejo Código de Procedimientos Civiles. Y esto porque el razonamiento jurídico no solo es exigible a los jueces al momento de emitir sus resoluciones y dictar sentencia, sino también es deber de quienes promueven los conflictos judiciales.

Sumado a ello, un ordenamiento normativo que identifica los distintos tipos de protección cautelar, sirve precisamente para que el peticionante opte por aplicar alguno de ellos que mejor se adecúe a su caso.

El impulso de parte para señalar la forma de la medida por tanto, es una potestad y facultad del justiciable. Cabe entonces preguntar si además es un deber procesal de obligatorio cumplimiento.

Al respecto consideramos que en cualquier caso, quien pretende una medida cautelar, debe en principio, señalar el tipo de medida al que se quiere acoger. Sin embargo, y en el supuesto que no se encuadre debidamente su opción al hecho y derecho conflictuados, es conveniente que delegue finalmente en el Juez, esa facultad.

Dicha delegación no debe entenderse como un traslado simple por omisión en el señalamiento de la forma de la medida. De hecho, debe señalarla, pero dejar abierta la posibilidad para que sea el Juez quien finalmente adopte la mejor decisión.

Es muy distinto simplemente omitir el señalamiento de la forma de la medida, a equivocarse en ello. En el primer caso, el pretensor está faltando a un deber procesal, cual es el de colaboración con la administración de justicia⁽³²⁾. En el segundo, no hay infracción alguna, ya que es precisamente cuando opera la adecuación.

Sobre el particular, cabe destacar el excelente trabajo del profesor Tam Pérez, quien identifica claramente el tema. Dicho autor señala que “el problema, o más bien la duda, se presenta para el justiciable en el momento de solicitar una medida cautelar o para el juzgador en el momento de conceder o adecuar una solicitud. Es decir, ¿solo es posible la concesión de una medida cautelar derivada del poder general de cautela cuando no existe una cautela típica regulada para el caso concreto?”⁽³³⁾.

Entendemos en consecuencia de acuerdo a la pregunta del profesor Tam, que en efecto, la

(31) Inciso 4) del artículo 446 del Código de Procedimientos Penales.

(32) Código de Ética de los Abogados. “Artículo 1.- El Abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado”.

(33) TAM PÉREZ, José. *El poder general de la cautela como máxima expresión del poder jurisdiccional en sede cautelar*. En: *Derecho Procesal. II Congreso Internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002; p. 175.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

identificación de la forma de la pretensión cautelar, conlleva una situación procesal que podría originar un impedimento para lograr la eficacia de la tutela urgente, cuando se exige como un requisito formalísimo y no material simple. Citando el referido autor a María Pía Calderón, refiere que ella señala refiriéndose al artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento ya derogada, que éste tiene un "(...) marcado carácter residual o subsidiario"⁽³⁴⁾. Por tanto, concluye el autor de acuerdo con Tarzia⁽³⁵⁾, en que dicho carácter residual implica que la norma no es omnicompreensiva de todos los supuestos y situaciones que pueden merecer tutela cautelar, sino una norma de cierre que sustenta su existencia en la posible insuficiencia de las medidas cautelares típicas (relación de exclusión)⁽³⁶⁾.

En tal sentido, apreciamos que la doctrina es mayoritaria (sino unánime) al soslayar que no puede exigirse bajo sanción de nulidad por falta de congruencia, la precisión exacta de la pretensión cautelar, sino que en todo caso, ello constituye una *prima facie* de determinación previa.

3.2.3. Afectación de patrimonios

Finalmente, como requisito puramente material, la norma establece también como una opción no vinculante u obligatoria, la indicación de los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación⁽³⁷⁾.

Decimos que no es vinculante ni obligatoria, por que esta alternativa de elección, está estrechamente vinculada con el derecho de ejercicio de acción que nos hemos referido al tratar el requisito de fundamentación de la pretensión. Constituye por tanto un derecho del peticionante quien además conjuga su condición de acreedor y por tanto, con facultades legales y jurídicas para proteger su acreencia⁽³⁸⁾. Así, Vidal Ramírez sostiene que el retardo en el cumplimiento de la obligación que determina la mora ó el incumplimiento por dolo ó culpa del deudor, vienen a ser los presupuestos de la tutela jurisdiccional del acreedor⁽³⁹⁾.

En ese sentido, es facultad del acreedor señalar qué bienes serán objeto de afectación, cuando el interés es patrimonial.

Sin embargo consideramos que no sería coherente que un acreedor no ejerza su derecho en la forma indicada, ya que precisamente la razón de ser del acceso a la tutela urgente, es precisamente preservar su derecho ante la inminencia de un daño evidente por acción propia de su deudor.

Por ello, entendemos que la *ratio legis* de la norma apunta a abrir las posibilidades de elección a la parte o al juez, cuando el interés no sea directa o inmediatamente patrimonial, sino se derive de una obligación de hacer.

En cuanto a los aspectos de contracautela y designación del órgano de auxilio judicial, consideramos que si bien están considerados en la fórmula normativa del artículo 610, no obstante en esencia no constituyen requisitos materiales, sino de cumplimiento el primero y de formalismo el segundo. Ya nos hemos referido a la contracautela en el acápite tratado sobre la razonabilidad como requisito sustancial o de fondo.

4. Los principios de congruencia, *iuria novit curia* y su relación con la adecuación

Como corolario de este trabajo, es importante referirnos a la relación del tema, con los principios de congruencia, *iuria novit curia* y

(34) CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Un intento de aproximación a la tutela cautelar civil española. Cuatro temas controvertidos*. En: *Revista peruana de Derecho Procesal* 4. Lima, 2001; p. 50.

(35) TAM PÉREZ, José. *Op. cit.*; p. 175.

(36) TARZIA, Giuseppe. *I Procedimiento Cautelari*. Milán, 1990; p. 179.

(37) Inciso 3) del artículo 610 del Código Procesal Civil.

(38) "Artículo 1219 Código Civil.- Acciones del acreedor como efecto de las obligaciones: Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado".

(39) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Tutela Jurisdiccional del acreedor*. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Volumen II. No. 2. Lima, 2008; p. 224.



Sergio Salas Villalobos

adecuación, entendiendo que los dos primeros consagrarán al tercero como el sustancialmente preponderante en las medidas cautelares.

Como quiera que la decisión cautelar requiere de una dosis apreciativa de razonamiento preliminar, es deber del Juez proceder a ello mediando la congruencia en cuanto a la exposición de los hechos y derecho invocados. Por dicho principio, el juez no puede pronunciarse respecto de pretensiones no planteadas, no puede dar más de lo que se pide, tal como reza el aforismo *ne eat iudex ultra petita partium*, cuya vigencia es absoluta en el Derecho civil. Esto tiene su explicación en que si bien es cierto el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se discuten son de orden privado ó particular, en consecuencia, le pertenecen a las partes. Por ello, el pronunciamiento del juez se constriñe a las pretensiones expresadas en la demanda y su contestación⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo, es claro que se debe distinguir el proceso civil como tal; en donde conforme a lo citado dicha potestad de pronunciamiento es limitativa y absoluta en extremo; del proceso cautelar. Éste no se desarrolla dentro de la tutela jurisdiccional efectiva de los procesos civiles comunes, sino dentro de la tutela urgente que merece una atención diferenciada.

La doctrina ha desarrollado el carácter de autonomía de las medidas cautelares; pero no solo por su tratamiento procesal, sino fundamentalmente por su tutela especialísima. Monroy Gálvez participa de este carácter autónomo a partir de su petición y refiere que el ejercicio del derecho de acción tiene un fin concreto: el cumplimiento de lo querido por el ordenamiento jurídico, o como lo dice Chiovenda, la actuación de la voluntad

de la tutela jurídica⁽⁴¹⁾. Esta no es otra que la tutela urgente ó diferenciada de las medidas cautelares.

Por último y para terminar de probar la cuasi uniformidad de la doctrina⁽⁴²⁾ respecto de la autonomía de las medidas cautelares que finalmente va a determinar su tutela diferenciada de la procesal civil común, está la definición que realiza Alsina, al llamarla acción precautoria⁽⁴³⁾.

En consecuencia, si bien el principio de congruencia debe estar presente también en la estructura de una decisión cautelar, ello debe considerarse como el orden del razonamiento mismo; exposición de hecho, normas aplicables, y medidas razonables y proporcionadas; pero no como limitante de la facultad decisoria del juez; ello, en función del Principio de autonomía de la tutela diferenciada.

En cuanto al Principio de *iuria novit curia*, consideramos que no existe mejor campo de acción de éste, que el de los procesos cautelares. La aplicación de dicho principio, obliga al juez a fallar el caso conforme a los títulos que encuentre sin limitarse a los mencionados por el demandante. Evidentemente los límites de este principio, son los mencionados anteriormente, es decir que el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos a los señalados por las partes y tampoco puede ir más allá del petitorio. Sin

(40) Resolución No. 05 expedida por la Sala especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Ucayali. Expediente No. 00479-2011-59-2402-JR-CI 02(A).

(41) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*; p. 21.

(42) Es interesante por otro lado, el trabajo del profesor Abraham Luis Vargas, quien haciendo un profundo análisis de los conceptos incorporados por la ciencia procesal sobre las tutelas diferenciadas, hace notar la presencia de los primeros puntos de vista disonantes citando a Guillermo Verdi, quien refiere que no solo es errado hablar de "nuevos derechos" o de "tercera generación" sino que la misma expresión de "tutelas procesales diferenciadas" ha sido reconocida como equívoca aún por quienes comenzaron a acuñarla y utilizarla. Aunque ese es un tema más complejo que este modesto trabajo. Véase VARGAS, Abraham Luis. *Tutelas procesales diferenciadas (Relato General)*. En: *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2009.

(43) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1962.

Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares

embargo, como también lo hemos desarrollado, tratándose de una tutela diferenciada, estas excepciones no restringen la aplicación del principio referido.

No encontraremos mayores trabajos al respecto, ya que en todo caso se abunda la aplicación de dicho Principio, pero destacando sus limitaciones. Solo nos quedaría por agregar que la excepción a la limitación de la regla general de este Principio, en todo caso se inspira en el espíritu de constitucionalidad de impartición de justicia empleando precisamente las herramientas que funcionalmente posee el juez a través de la doctrina de la Justicia Democrática; esto es, a decir de Ulpiano, dar a cada quien lo que le corresponde.

Como consecuencia de todo lo dicho, nos encontramos finalmente con la adecuación como producto de la permeabilidad de acción procesal que permite la tutela urgente ó diferenciada, la potestad del juez de no limitarse a formalismos superables, ni al pretexto de invocar vulneración al principio de congruencia que origine un vicio nulificante absurdo por exceso del *iuria novit curia*.

Esta herramienta se encuentra sólidamente prevista en el ordenamiento procesal como norma rectora en el artículo IX del Título Preliminar del CPC⁽⁴⁴⁾. Por ende, el juez está obligado a usarla sin resquemores.

Es posible pues, que ante la imprecisión de identificación de la forma de la pretensión cautelar, el juez adecúe correctamente la protección del derecho, en la que mejor considere necesaria para proteger el derecho vulnerado. Para ello, bastará que lo invoque racionalmente en su resolución y señale él la norma y forma de medida que sean aplicables.

En concreto el juez: (i) apreciará que la pretensión en su contexto guarde los parámetros mínimos de coherencia en el modo de postular su pretensión al ejercer su derecho de acción de tutela cautelar en su fundamentación; (ii) tenga en cuenta el Principio de Autonomía de las medidas cautelares que le permitan desempeñar de manera fluida sin someterse a restricciones procedimentalistas; (iii) emplear la facultad

de adecuación que prevé el artículo IX del Título Preliminar del CPC; (iv) aplicar la norma procesal pertinente, que se encuadre dentro del manto protector de la tutela urgente para la protección del derecho invocado; finalmente, v) conceder la medida que corresponda al caso concreto.

5. Conclusiones

De lo tratado en este trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- El ejercicio del derecho de acción de una pretensión cautelar, constituye en esencia, el derecho al acceso a la tutela jurisdiccional del acreedor; y por ende, ello le otorga prerrogativas especiales a diferencia de las demás pretensiones procesales civiles comunes.
- Tal acceso, se caracteriza por la necesidad de urgencia en atender el pedido de tutela. Ello conlleva a que se habilite la tutela urgente o diferenciada que caracteriza exclusivamente a los procesos cautelares y los distingue de los procesos comunes.
- El desarrollo de la tutela urgente, a su vez se caracteriza por no emplear necesariamente los parámetros procesales ordinarios, empleando para ello el Principio de Autonomía de las medidas cautelares.
- Es suficiente la satisfacción de los requisitos sustanciales o de fondo, para que el juez pueda determinar en la concurrencia o no de la apariencia del derecho y la necesidad de atender prioritariamente la protección cautelar. Ello, como condicionante para evaluar luego la forma en que lo hará.

(44) "(...) Las formalidades previstas en éste Código son imperativas. Sin embargo, el Juez *adecuará* su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale la formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada" (énfasis agregado). La norma obliga al Juez a realizar el ejercicio de adecuación, el cual es producto del test de razonabilidad previo.



Sergio Salas Villalobos

- La satisfacción de los requisitos materiales o de forma, no son del todo condicionantes para acceder a la medida cautelar adecuada. Bastará que se satisfagan los parámetros mínimos de razonabilidad en la fundamentación de su pretensión e identificación de la forma cautelar.
- Los principios de congruencia y *iuria novit curia* no son necesariamente condicionantes ni omnipresentes en las providencias cautelares. Por lo tanto, sus limitaciones pueden ser superadas empleando la excepción de la adecuación. Para el uso de esta , *el juez no solo* está facultado por mandato expreso de la norma preliminar de nuestro ordenamiento procesal, sino por sentido estricto del valor de la justicia.