



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

“CRITERIOS QUE DETERMINAN LA
INAPLICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN
REGULADA EN EL ARTICULO 621 DEL
CODIGO PROCESAL CIVIL EN EL
SEGUNDO Y TERCER JUZGADO CIVIL DEL
DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA EN
LOS AÑOS 2015 – 2016”

Tesis para optar al título profesional de:
Abogado

Autor:
David Enmanuel Arana Becerra.

Asesor:
Abg. Luis Carlos Polo Chavarri.

Cajamarca – Perú
2017

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, APRUEBAN la tesis desarrollada por el Bachiller David Enmanuel Arana Becerra, denominada:

“CRITERIOS QUE DETERMINAN LA INAPLICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN REGULADA EN EL ARTICULO 621 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL EN EL SEGUNDO Y TERCER JUZGADO CIVIL DEL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA EN LOS AÑOS 2015 – 2016”

Abg. Luis Carlos Polo Chavarri

ASESOR

Abg. Carlos Díaz Vargas

JURADO

PRESIDENTE

Abg. Carlos Miyasato Bazan

JURADO

Abg. César Alberto Soto Sánchez

JURADO

DEDICATORIA

A mí amada esposa por su apoyo incondicional, a mí querida madre por ser mi motivo, a mi padre por ser mi inspiración, principales promotores de mis sueños.

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios por permitirme tener tan buena experiencia dentro de mi universidad, y convertirme en un ser profesional en la que tanto me apasiona. Agradezco a mi familia por apoyarme en cada decisión y proyecto de vida, gracias por creer en mí.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

GLOSARIO DE TÉRMINOS	8
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	12
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	18
1.4. LIMITACIONES	19
1.5. OBJETIVOS	19
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	21
2.1. ANTECEDENTES.....	21
2.2. BASES TEÓRICAS	22
2.2.1. Teoría del Proceso.....	24
2.2.2. Acción	25
2.2.3. Jurisdicción	27
2.2.4. Proceso.....	30
2.2.5. Teoría Cautelar	31
A. Los procesos cautelares	31
B. Características del procedimiento cautelar	33
C. Ejecución de la decisión cautelar	40
D. Impugnación	41
E. Presupuestos para su concesión.....	44
2.2.6. Contracautela, responsabilidad civil e indemnización.....	57

2.2.7. Teoría de la indemnización	64
A. Sobre la indemnización	64
B. Relación de la indemnización por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria con la responsabilidad civil.....	69
C. Pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar maliciosa o innecesaria	99
2.2.8. Delimitación doctrinaria del ejercicio regular del derecho.....	122
2.2.9. Acerca de la ineficacia del artículo 621 del código procesal civil..	126
2.3. HIPÓTESIS	135
CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA	137
3.1. VARIABLES.....	137
3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	137
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	139
3.3.1. No experimental	139
3.3.2. ExPostFacto.....	139
3.3.3. Transversal.....	140
3.4. UNIDAD DE ANÁLISIS.....	140
3.5. POBLACIÓN.....	141
3.6. MUESTRA.....	141
3.7. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	142
3.7.1. Técnica de Observación de contenido	142
3.7.2. Recopilación	142
3.7.3. Entrevistas.....	143
3.7.4. Ficha de observación de la realidad.....	143
3.7.5. Cuestionario abierto.....	143

3.7.6. Procedimiento.....	143
3.8. MÉTODOS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS DE DATOS.....	144
3.8.1. Análisis documental.....	144
3.8.2. Análisis exegético.....	145
3.8.3. Análisis Dogmático.....	145
CAPÍTULO 4: RESULTADOS.....	146
4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	146
4.1.1. SEÑALAMIENTO O SELECCIÓN DE UNIDADES DE ANÁLISIS...146	
4.1.2. POBLACIÓN OBJETIVO Y ACCESIBLE.....	147
4.1.3. MUESTRA.....	148
4.1.4. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y RACIONAL DE LA ESTRATÉGIA METODOLÓGICA.....	149
b. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS.....	182
CAPÍTULO 5: DISCUSIÓN, CONTRASTACIÓN y PROPUESTA.....	197
4.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	197
4.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	207
4.3. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 621 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 768, CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	211
CONCLUSIONES.....	217
RECOMENDACIONES.....	219
REFERENCIAS.....	220
ANEXOS.....	229

GLOSARIO DE TÉRMINOS

1. Indemnización no integral

Expresión utilizada en el derecho comparado como contrapartida de la indemnización integral; la primera involucra el reconocimiento “justo” de la dimensión extra-patrimonial del daño, es decir, el daño personal y daño moral sufridos por el afectado por la conducta antijurídica que no puede estar sujeto a límites específicos, sino que posibilitan el otorgamiento de una indemnización continua e inconmensurable; en cambio, la segunda está referida al establecimiento de límites, la regla es reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, esto es, se trata de indemnizar la totalidad de los daños padecidos sin que se puedan superar sus estrictos límites. Como lo explica Henao Pérez, "si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la 'víctima'; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima" (Henao Pérez, 1998, pág. 45). De manera más elocuente aún: "el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena, y nada más (Hinestrosa Forero, 1983, p. 727).

2. Resarcimiento del daño

Bajo el título "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual" se pretende aportar un estudio unitario y completo acerca de los principios básicos o fundamentales que rigen la materia relativa a la reparación de los daños y perjuicios derivados de esa responsabilidad civil,

si bien, teniendo en cuenta la relación de interdependencia que existe entre el resarcimiento y el daño, se hace preciso tomar como punto de partida para acometer el análisis del resarcimiento la previa individualización del concepto de daño resarcible (Naveira Zarra, 2005).

3. Medida cautelar innecesaria o maliciosa

Se refiere a la medida cautelar que ha sido invocada bajo el conocimiento de que los derechos invocados no corresponden materialmente o que los hechos presentados no son los correctos, involucra el abuso del derecho y la actuación de mala fe, además de la contradicción a la finalidad abstracta del proceso civil que es la consecución de la paz social en justicia.

RESUMEN

La medida cautelar, por su propia naturaleza puede ser considerada una actividad riesgosa cuyo daño causado es lícito y legítimo; sin embargo, cuando ésta ha sido invocada abusando del derecho y de mala fe, elimina la legitimidad del daño y anula su permisión, por lo que es susceptible de un resarcimiento o indemnización.

Dicho resarcimiento no se agota en la presentación o exigencia del pago de una contra cautela ni en la fijación de una multa, puesto que el daño sufrido a causa de su presentación no es únicamente público, sino y sobretodo, es privado; por lo que debe sustentarse una indemnización del mismo a título de responsabilidad civil extracontractual, habida cuenta que la calificación que realiza el juez de la referida medida no involucra un quiebre del nexo causal en la relación de causalidad establecida entre la solicitud maliciosa y el resultado lesivo a los derechos de demandado.

Razón por la cual la presente tesis tiene como finalidad servir de base para determinar las causas de la ineficacia de la cláusula contenida en el artículo 621, última parte del primer párrafo del Código Procesal Civil, lo que coadyuvará con el desarrollo de los mecanismos para su implementación.

ABSTRACT

The injunction, by its very nature can be considered a risky activity whose damage is lawful and legitimate; however, when it has been invoked abusing the law and in bad faith, removes the legitimacy of the damage and voids your permission, so it is susceptible of redress or compensation.

Such compensation does not end with the presentation or demand payment of a caution against or in setting a fine, since the damage suffered because of his presentation is not only public, but and above all, is private; so must be based compensation thereof by way of tort, given the rating made by the judge of that measure does not involve a break in the causal link established causation between malicious and harmful result request the rights of the defendant.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

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

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

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

Por tanto, si una norma no cobra eficacia, no logrará ser derecho aunque sea catalogada de derecho subjetivo, debido a que no cumpliría con la finalidad del mismo que es la protección de los derechos subjetivos de las personas.

Al respecto, tal situación parece ocurrir con el artículo 621 del Código Procesal Civil, que, a partir de una interpretación sistemática, podría decirse que se encuentra orientado a hacer efectiva la institución de la contracautela, la misma que no cuenta con regulación adicional para su ejecución cuando ha sido ofrecida a modo de caución juratoria; sin embargo, el artículo sobrepasa los límites del contenido de dicha figura y regula además la condena de costos y costas del proceso cautelar, una multa no mayor a diez unidades de referencia procesal y, "...a pedido de parte..." la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados; situación última que genera incertidumbre acerca de la igualdad o diferenciación de contenidos entre la figura de la contracautela que, según el primer párrafo del artículo 613 del mismo cuerpo normativo es resarcitoria.

Esta última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil que regula la facultad del afectado por una medida cautelar de interponer indemnización cuando el proceso principal haya sido declarado infundado, es decir, que dicha medida cautelar ha sido interpuesta de manera maliciosa o innecesaria; párrafo que, para el caso específico de la indemnización, deviene en ineficaz¹ puesto que su aplicación se torna en imposible por su

¹ La eficacia de una norma, según Kelsen (1986), se concreta en una doble y disyunta condición: una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma se aplican legalmente, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o haciendo cumplir las normas por medio de

indeterminación (Jiménez Vargas-Machuca, 2015), situación que busca ser corroborada en el Distrito Judicial de Cajamarca, junto con la determinación de los criterios de la no utilización de la figura mencionada.

Así tenemos que, en el expediente cautelar 288-2012-1, con fecha 04 de mayo del 2012, se declaró fundada la pretensión contenida en la medida cautelar en forma de anotación de demanda en la partida electrónica número 11025618 del registro de propiedad inmueble de Cajamarca, teniéndose por ofrecida la contracautela, para luego en el proceso principal de nulidad de acto jurídico, con fecha 29 de abril del 2015 se haya declarado infundada dicha pretensión, la cual ha sido confirmada por la sala especializada civil permanente mediante sentencia de vista N° 127-2015- SEC de fecha 27 de noviembre del 2015.

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

los órganos jurídicos aplicando la sanción que es parte de dicha norma, además aclara que "...una norma en desuso se caracteriza precisamente por ser una norma ineficaz...". (p.25)

Es así que, en ninguno de los dos casos detallados existe resolución alguna que en ejecución de sentencia haya dispuesto el pago de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, lo que nos da un indicio de la posible ineficacia de esta figura.

Sin embargo, ocurre que se han identificado casos tipo en los que a pesar de haberse declarado infundada o improcedente la demanda y, a pesar de haberse solicitado la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, el Juzgado ha resuelto declarar infundada o improcedente dicha solicitud.

Ello ocurre en el Expediente N° 00847-2010-5-0601-JP-CI-01, cuaderno cautelar, en el que el abogado de la parte demandada solicita se fije una indemnización por daños y perjuicios argumentando que “nuestro ordenamiento legal establece que las medidas cautelares son una actividad riesgosa y por ello son pasibles de indemnización por parte de quien las solicita a favor de quien termina siendo perjudicado con la medida innecesaria; por lo que si se tiene en cuenta que la demanda por la que se trabó la medida cautelar fue desestimada aplicando el artículo 200° del Código Procesal Civil por improbanza de la pretensión, demostraría que el demandante actuó de forma negligente, temeraria e imprudente al solicitar dicha medida cautelar...”; sin embargo, el Juez de la causa, resolvió declarar infundada la solicitud de condenar a la parte demandante al pago de una indemnización por daños debido a que, según indica, “...el demandante ha actuado en el ejercicio regular de un derecho, no siendo dicho actuar contrario a ley, por lo que el primer

elemento no se ha configurado...”; sin embargo, ocurre que el artículo 621 establece presupuestos objetivos para la condena de indemnización, estos son, que la demanda haya sido declarada infundada, que en el presente caso concurren pero que han sido desestimados en virtud de un análisis de los elementos subjetivos de la responsabilidad civil.

Otro caso similar es el presentado en el Expediente N° 00905-2010-38-0601-JP-CI-03, en el que “...la parte demandada fundamenta su pedido por cuanto en el proceso principal se declaró infundada la demanda de obligación de dar Suma de dinero por improbanza de la pretensión, actuando el demandante en forma negligente o temeraria al momento de solicitar una medida cautelar, causándole daño por cuanto a raíz de este proceso la empresa disminuyo sus contratos suspendiendo sus actividades comerciales ocasionando un perjuicio en la reputación de la entidad demandante...”; sin embargo, el juez declaró improcedente la solicitud debido a que “...si bien es cierto, el artículo 621º del Código Procesal Civil establece que “Si se declarar infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar (...)” “...a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, sin embargo, en el presente caso la parte demandada no ha presentado medio probatorio idóneo que acredite la existencia del evento dañoso, que resulta insuficiente para acreditar la existencia del hecho presuntamente dañoso y para acreditar que los hechos invocados por la parte demandada se hayan producido por dolo del demandante...”; utilizando nuevamente un criterio de análisis de la responsabilidad civil y no la mera

aplicación del artículo mencionado y generando una diversidad de criterio con el caso anterior en que se declaró infundado un supuesto similar.

Por los problemas detallados, se pretende determinar los criterios para considerar la existencia de dicha ineficacia de la última parte del primer párrafo del referido artículo 621° que contiene la figura de la indemnización o resarcimiento regulado por el Código Procesal Civil en los casos en los que se ha presentado una medida cautelar innecesaria o maliciosa que pretendía asegurar una demanda que posteriormente fue declarada infundada, y a partir de ello los criterios que llevan a considerar la mencionada indemnización desde una perspectiva subjetiva u objetiva.

Con lo dicho, es imperativo tener en cuenta que “...la eficacia como propiedad es compatible con una ausencia ocasional de la eficacia como relación. Es decir, la falta esporádica de acatamiento o aplicación de la sanción en el contexto de las distintas condiciones de aplicación, no implica la falsedad del enunciado “la norma no es eficaz...” (Calvo Soler, Octubre 2007, p. 180); motivo por el cual, en relación con el tema en particular a ser estudiado en la presente investigación, habrá que determinar si la falta de acatamiento es o no esporádica, a fin de determinar la expulsión de la norma por desuetudo o su mantenimiento con ciertas modificaciones.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios que determinan la inaplicación de la indemnización por daños y perjuicios regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil en

los expedientes tramitados ante el Segundo y Tercer Juzgados Civiles de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca en los años 2015-2016?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La razón por la que se pretende desarrollar la presente investigación es la advertencia de la aplicación diversa que se da en la judicatura a la posibilidad de obtener una indemnización por la concurrencia de una medida cautelar maliciosa o innecesaria en un proceso civil. Puesto que, existen casos en los que dicha indemnización no es otorgada, asimismo, los supuestos de su otorgamiento en otros casos son diversos, tal y como se podrá corroborar en los casos tipo recolectados para la ejecución de la tesis; en ese sentido, a fin de dotar de uniformidad la aplicación de este tema particular del ámbito jurídico se hace necesario realizar un estudio explicativo acerca de la naturaleza de la referida indemnización que sirva de parámetro a los operadores jurisdiccionales.

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

Por lo que tales beneficios, serán perceptibles al corto plazo, evitándose de esa manera la generación de injusticias en el contexto de la administración de justicia.

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

1.4. LIMITACIONES

La presente investigación presenta limitaciones en cuanto al problema específico de investigación dado que no existen tratados completos ni tesis anteriores que lo desarrollen, solo un proyecto de investigación a nivel de doctorado en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca que será mencionado en los antecedentes de la investigación; sin embargo, en cuanto a los temas independientes como son la ineficacia como categoría jurídica, la indemnización, la restitución y el resarcimiento como institucionales jurídicas y la medida cautelar maliciosa o innecesaria, no presentan limitaciones; de la misma forma, no existen limitaciones logísticas para su desarrollo.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Determinar los criterios para determinar la existencia de ineficacia de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil en el Segundo y tercer Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Cajamarca durante los años 2015-2016.

1.5.2. Objetivos específicos

E1: Determinar la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo, en la jurisprudencia nacional y doctrina en relación con la regulación normativa nacional.

E2: Estudiar el grado de información que presentan los operadores jurídicos externos, llámese solicitantes y abogados respecto de la naturaleza de la indemnización por medida cautelas maliciosa o innecesaria y los procedimientos a seguir para solicitarla.

E3: Analizar los criterios judiciales acerca de la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

No se han encontrado antecedentes directos acerca del tema de investigación, eficacia de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria contenida en el artículo 621 del Código Procesal Civil; sin embargo, a nivel de proyecto de investigación, se ha identificado el trabajo del Dr. Williams Ventura Padilla en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, titulado “ (2017)”, dicho proyecto de investigación ha sido orientado desde un aspecto de ineficacia de la contracautela después de que se ha identificado su interposición maliciosa o innecesaria, es decir, se diferencia del estudio ejecutado en este trabajo debido a que aquel está referido a la contracautela y el presente trabajo a la indemnización. No es posible realizar mayor análisis sobre el particular, debido a que dicha investigación todavía no ha sido ejecutada y no se conocen sus resultados.

Por otro lado, para efectos de tener conocimiento acerca de los estudios generales que se han realizado acerca de las figuras jurídicas contenidas en el tema de investigación, presentamos la siguiente lista:

El primer estudio acerca de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria ha sido realizado por Erick Veramendi Flores (2013), desde una perspectiva procesal, es el siguiente: “Restricción a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa”; se trata de una perspectiva procesal debido a que se

critica que exista la restricción para reclamar dicha pretensión únicamente en el contexto del proceso ya iniciado, debido a que se limita la actividad probatoria y se presentan muchos vacíos que los magistrados deben integrar y, dicha integración hace correr el riesgo de diversidad de criterios y, por tanto, inseguridad jurídica para los solicitantes.

Un estudio crítico, relacionado medianamente a la materia de investigación puesto que no está referido a la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, sino a la contracautela, que es otro supuesto regulado también en el primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil, ha sido presentado por Ulises A. Yaya Zumaeta (2014), titulado “La Contracautela. Requisito de ejecución de las Medidas Cautelares”, la importancia del presente trabajo radica en que desarrolla la naturaleza de la contracautela, de manera que dicho desarrollo puede ser vinculado al presente para diferenciarla de la definición de la naturaleza de la indemnización antes referida que, a diferencia de la contracautela, procede únicamente ante la infundabilidad, es decir, cuando se hace evidente la falta de fundamentos de fondo para interponer la demanda.

2.2. BASES TEÓRICAS

El Derecho -en tanto disciplina- está integrado por diversas doctrinas y teorías² que intentan sistematizar y economizar las explicaciones de la problemática

² Según la epistemología, una teoría es un sistema de enunciados con características propias como coherencia, poder predictivo y deducción desde un cuerpo superior de postulados (Mosterín, 2000, p. 25)

jurídica en breves postulados. Dicho trabajo es emprendido con el fin de dotar de conceptos y relaciones conceptuales que resultan imprescindibles para el trabajo del jurista o el estudioso del Derecho.

Estas teorías y doctrinas tienen por objeto sistematizar el conocimiento que sustenta una institución jurídica, por lo que su dinamicidad y capacidad para hacer entender la práctica jurídica -es decir, ordenarla según principios superiores- es clave para el desarrollo de esta disciplina.

Por ello, en el presente capítulo hemos definido el marco teórico-doctrinal que sustenta la investigación, haciendo explícitos los fundamentos teóricos que constituyen piedras de toque en la discusión desarrollada líneas abajo.

Los fundamentos teóricos no serán sometidos a discusión pues excedería la finalidad planteada en la investigación; sin embargo, hemos llevado a cabo el desarrollo de las definiciones -operativas en cierto sentido- y postulados heurísticos básicos para que el lector consiga establecer el marco de referencias respectivo a las bases de la institución cautelar, las consecuencias de su presentación maliciosa e innecesaria en el proceso que deberían encontrarse reguladas a fin de que pueda plantearse la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con su presentación, evitando con esto la ineficacia de la fórmula legal regulada.

Téngase en cuenta que el marco general está referido al proceso cautelar; sin embargo, para efectos de la investigación a desarrollarse en la que se busca

descifrar las causas de su ineficacia, hemos consignado de manera antelada que una de ellas son los vacíos legislativos obrantes en la norma que dejan a la discreción del Juez su integración; es por ello que también constituye un propósito del presente capítulo establecer dichas omisiones a fin de corroborar en la parte empírica si efectivamente se presentan en la realidad.

2.2.1. Teoría del Proceso

La Teoría del Proceso es el cuerpo de conocimientos, principios (materiales y heurísticos) que abordan el problema del conflicto judicializado. Intenta sistematizar el conjunto de principios y conceptos que abordan la actuación jurisdiccional y la racionalidad de los procedimientos que la informan y desarrollan.

Dicha teoría resulta importante para efecto de la investigación en el extremo referido a la interpretación de los vacíos normativos por parte del juez, debido a que la integración que este realice debe ser tomando en cuenta la consideración acerca de si la medida cautelar es comprendida como proceso o como procedimiento incidental de un proceso jurisdiccional.

Asimismo, a fin de entender los procedimientos que deben llevarse a cabo a fin de petitionar la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria puesto que la regulación del artículo 621 del Código Procesal Civil es general.

Así, este acápite abordará la Teoría del Proceso desde los tres conceptos claves: acción, jurisdicción y proceso a fin de constatar si estos son cumplidos por el procedimiento cautelar, así como con el procedimiento para solicitar la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria, dicha interpretación quedará contemplada en el propio desarrollo del marco teórico y será utilizada sin mayor desarrollo en la interpretación y análisis de los datos recopilados.

2.2.2. Acción

De conformidad con Ticona Postigo (1996), se denomina acción a un poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de la jurisdicción; es decir, para incoar una petición o dar cuenta de un asunto de interés jurídico que involucra el ejercicio de los derechos subjetivos de los individuos. Desde este punto de vista la acción se caracteriza por su vinculación al derecho subjetivo privado que busca la protección del aparato estatal a través de sus órganos jurisdiccionales.

Según lo dicho, la acción puede asociarse o confundirse con el derecho subjetivo mismo, actualizándose ante su lesión, es decir como una parte integrante del mismo derecho subjetivo que habilita a su actuación en caso de que sea colocado en riesgo o lesionado.

Sin embargo, la presencia de litigios en los cuales no existían derechos en el fondo de la discusión (v.g. nulidad de acto jurídico) destruyó dicha

concepción. A partir de este momento se postula la autonomía conceptual y material de la acción del derecho subjetivo mismo; que se dirige específicamente al derecho de activar el órgano jurisdiccional en busca de la obtención de tutela jurisdiccional efectiva, independientemente de la invocación o no de otro derecho subjetivo.

Calamandrei define: “...la acción es el derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que puede existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial) y concreto (esto es, dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición de reclamante).” (Apud Sentís 1973, p. 256).

La definición anterior corresponde a un último desarrollo teórico sobre la acción y su naturaleza y, a la vez, planteó grandes discusiones dentro del Derecho Procesal.

Las dos perspectivas clásicas que consideran a la acción como derecho concreto o abstracto han recibido un trato deferente por parte de los juristas y abogados, por lo que es necesario mencionar brevemente la naturaleza jurídica que ostenta la acción a la luz de la historia, más aún cuando recurriremos a este concepto y su definición para desarrollar la discusión de fondo, pues, como veremos, la solicitud de cautela tiene como fundamento al Derecho de Acción, de igual forma que el derecho de petición de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Con lo mencionado, recalcamos que es relevante tratar el tema del derecho de acción puesto que éste es activado al presentar la demanda para el proceso principal, pero además, al presentar la solicitud cautelar y la petición de indemnización, con la única diferencia que en el primer escenario se inicia un proceso y con los demás se originan procedimientos derivados.

2.2.3. Jurisdicción

Es común en la doctrina abordar el tema de la jurisdicción desde la perspectiva constitucional por la que es definida como la facultad exclusiva que tiene el Estado para resolver conflictos e incertidumbres jurídicas relevantes.

Es así que, el artículo 139°, inciso 1°, de la Constitución política del Perú, reserva la potestad jurisdiccional a los organismos del Estado, en específico a la función jurisdiccional, lo cual es en apariencia y, hasta la actualidad, una restricción para que cualquier otra organización distinta de la formalmente establecida y perteneciente al aparato gubernamental pueda ejercerla, límite normativo y doctrinario respecto del cual se desarrollará la presente tesis, pues encuentra estrecha relación con la formulación de la Tutela Jurisdiccional Efectiva contemplada de manera programática en el mismo artículo 139°, inciso 3°.

A partir de esta formulación programática es que se desarrollan o regulan los fines del proceso establecidos en el Título Preliminar y primeros capítulos del Código Procesal Civil, los mismos que constituyen los lineamientos claves sobre la jurisdicción, lineamientos principistas que deben ser respetados y contrastados en la aplicación de las demás normas del referido cuerpo legal, incluido el capítulo referente a las medidas cautelares.

La jurisdicción es el poder-deber del Estado destinado a solucionar conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas (Monroy Gálvez, 1987, p. 75). Como los hemos mencionado, es una facultad ejercida en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto.

Es decir, el poder judicial no hace referencia al órgano u organismo sino a la potestad o facultad derivada de la soberanía como elemento del Estado, como parte del poder constituido, los órganos son las cortes, Corte Suprema, Cortes Superiores, Juzgados Especializados y Juzgados de Paz Letrados.

Los poderes clásicos de la jurisdicción son Notio (poder que tiene el órgano jurisdiccional para conocer la cuestión propuesta), Vocatio (consiste en ordenar la comparecencia de los litigantes y seguir el proceso en rebeldía), Coertio (empleo de los medios necesarios dentro del proceso, para que se cumplan los mandatos judiciales, como son

los apremios y las multas), Iudicium (la litis normalmente se soluciona a través de la sentencia) y Executio (poder para hacer cumplir las sentencias con la calidad de cosa juzgada) (Monroy Gálvez, 1987, p. 64).

Estas potestades clásicas todavía se encuentran vigentes en las disertaciones doctrinarias y, para efectos de la presente discusión, a pesar de considerarse importantes todos aquellos, se constituye como apoyo teórico lo referente a la executio como poder de órgano jurisdiccional para asegurar el cumplimiento de las sentencias con calidad de cosa juzgada, el cual se activa desde el momento en que es ejercida la acción e instrumentalmente es materializado por las medidas cautelares, entre estas, la de embargo en forma de retención.

Según ello, si la finalidad de las mismas es la de otorgarle seguridad al solicitante de que lo ordenado en la sentencia será cumplido o ejecutado oportunamente puesto que “en todo proceso existe el riesgo de que la sentencia definitiva presente dificultades de ejecución, porque aquellas personas que podían prever el resultado perjudicial, han adoptado disposiciones que convirtió en inútil la sentencia que se dicte” (Montenegro Cannon, 2000, p. 15); entonces, es perfectamente aconsejable que en el caso concreto dicho resultado de la sentencia sea asegurado a través de una medida cautelar y, para que ello sea posible, dicha medida debe ser eficaz.

Esta eficacia depende estrictamente del ejercicio de la función jurisdiccional por los propios operadores jurisdiccionales y, siendo que se trata de personas con conocimientos jurídicos, pero finalmente personas, resulta recomendable establecer parámetros específicos a partir de los cuales se considere ejecutada una medida cautelar, como en el caso del embargo en forma de retención. Tal necesidad es extraída del ámbito práctico al que haremos alusión más adelante.

2.2.4. Proceso

En su definición más difundida la palabra proceso viene a significar una serie de hechos o actos que se suceden unos a continuación de otros y que tienen por objeto un fin determinado.

Constituye la actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas (Palacio, 2003, p. 71). Sin embargo, la terminología jurídica tradicional utiliza esta designación como sinónimo de proceso judicial, aunque no excluye a la actividad que se desarrolla por y ante los árbitros y demás métodos heterocompositivos de solución de conflictos (Palacio, 2003, p. 72).

Para efectos de nuestra tesis, el término proceso está referido a los dos tipos de proceso inmersos para asegurar una tutela jurisdiccional efectiva, puesto que es necesario que el Juez haga uso de su poder de dirección para asegurar dicha tutela en el proceso principal; así como, para determinar la procedencia de un proceso instrumental

(procedimiento) respecto del primero en el cual, según Monroy Palacios, nos señala que la actividad del juez en este sentido “...asegurar la eficacia del proceso [principal] sea cual fuere su función (de conocimiento o ejecutiva)...” (Monroy Palacios, 2002, p. 132).

Según la posición del mencionado autor, al tratarse de un trámite que se da a lo largo de todo el proceso principal y su eficacia parece con la culminación del mismo, no es posible catalogarlo como proceso cautelar, sino como procedimiento cautelar que se tramita en cuerda separada del expediente principal.

2.2.5. Teoría Cautelar

A. Los procesos cautelares

Los procesos judiciales pueden clasificarse según diversos criterios, siendo el más difundido y aceptado aquel que los clasifica por su finalidad, o criterio de función: de cognición y de ejecución.

Pueden ser clasificados también según la naturaleza de la pretensión: declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia³ (Fairen, 2000, p. 145). Debe precisarse que, aun cuando en doctrina subsista alguna discusión

³ Este autor desarrolla la posición tradicional que concibe al procedimiento cautelar como proceso, la que sin embargo, desechamos en el presente trabajo.

sobre la naturaleza del proceso cautelar como proceso o procedimiento, en este estudio optamos por considerarlo como un mero procedimiento.

Para fundamentar de mejor modo la anterior afirmación retomemos nuestra definición de proceso y las características que emanan de ella. Hemos indicado que proceso es el conjunto de actos que tiene por objeto la solución de un conflicto o litigio, de lo que se desprende su naturaleza eminentemente teleológica: alcanzar la solución de un conflicto (paz social, según nuestro modelo procesal). Esta finalidad determina una necesaria jerarquización de las actuaciones de los sujetos procesales; mientras más directa sea la actuación para la prosecución de los fines del proceso mayor relevancia obtiene el sujeto procesal y la actuación que realice.

En este caso, el instrumento de mayor importancia es el proceso mismo. En el desarrollo de éste se instrumentalizan actos sucesivos para objetivos cortos: procedimientos. Ello será mucho más claro cuando consideremos los principios propios de la tutela cautelar y sean comparados con los fines del proceso, ya que nuestro Código Procesal Civil ha asignado una finalidad específica al procedimiento cautelar (artículo 608º), lo que confirma que es correcto el criterio de considerarlo como procedimiento, antes que como proceso y a la vez determina el decurso que seguirá nuestra investigación (Martel 2002, p. 90).

B. Características del procedimiento cautelar

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

En el sentido anteriormente acotado podemos afirmar que el procedimiento viene a ser la forma de materializar los actos previstos en la norma respectiva; implica seguir, paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo de un acto procesal determinado y a la vez implica que tal procedimiento tenga ciertas características, las que en el caso del procedimiento cautelar, son:

a) Reservado⁴

Significa que este procedimiento en tanto sea tal, de ninguna manera debe ser publicitado, sino que exige reserva durante

⁴ Artículo 637. Trámite de la Medida: "La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido, sin embargo, pueden excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta la pretensión principal.

Al término de la ejecución, o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna".

su trámite, a fin de que no se frustre la decisión dictada por el órgano judicial.

En efecto, este principio es clave para el alcance los fines de la tutela cautelar, ya que, en caso contrario, haríamos inservible la institución procesal y empezaríamos seguramente a justificar su desaparición o modificación so pretexto de su inoperancia.

Esta característica deriva del principio consagrado en el derecho romano, denominado *inaudita pars* (sin oír a la otra parte), quedando suspendidos en este caso los principios de bilateralidad y contradicción hasta la ejecución de la medida. Así, en el caso de la medida cautelar de embargo en forma de retención, es imperativo que la reserva del procedimiento se mantenga hasta que se haya asegurado que el bien materia de retención efectivamente se encuentra en poder del retenedor, caso contrario, el procedimiento cautelar devendrá en ineficaz.

Generalmente se piensa que únicamente es tarea de los Jueces, los auxiliares de Justicia y en todo caso del Poder Judicial ser celosos guardianes y garantes de esa reserva y que todo quiebre de esta es atribuible a dichos funcionarios. Pero la responsabilidad de dicha infracción –y posible perjuicio- también corresponde a los justiciables, sus

abogados y todo aquél que tenga un nivel de manejo o conocimiento de la petición cautelar.

Alcanza a todos aquellos que participan de la elaboración de la solicitud, su presentación y tramitación interna dentro del Órgano Jurisdiccional, quien toma la decisión y, claro está, quienes intervienen en la ejecución; dentro de estos último a los órganos de apoyo jurisdiccional, como el caso del retenedor, tanto si se trata de una persona natural como de una persona jurídica en el caso de las casas financieras, etc.

De esta forma, una vez recibida una petición cautelar por el órgano jurisdiccional, corresponde a éste tomar la decisión con estricta observancia de esta característica del procedimiento. La reserva del procedimiento cautelar alcanza a toda su fase de ejecución, y solamente finalizará una vez alcanzado su objetivo: asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Ello, en definitiva, implica supeditar las formalidades al cumplimiento material de los fines cautelares en todo el procedimiento, pero principalmente, en el caso de la ejecución misma, debido a que, de notificarse de manera antelada al afectado con la suscripción del acta de retención, sin asegurarse de que dicha retención sea posible factualmente hablando podría significar la imposibilidad de la ejecución de

la propia medida cautelar y de la decisión final en el proceso principal.

b) *Inaudita et altera pars* (sin oír a la parte contraria)

Característica del procedimiento cautelar por la que el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria: es decir sin notificarle de tal pedido. Esta exigencia resulta obvia para que no ver frustrados tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia.

Esta característica debe permanecer en el marco normativo de la medida cautelar ya que permite enervar el peligro en la demora que justifica la decisión de amparar el pedido cautelar⁵.

Si bien existe una aparente privación del derecho de defensa debe decirse que el Código Procesal Civil establece la restricción del derecho de contradicción, postergado para hacerse valer una vez ejecutada la medida, el que no ha sido eliminado ni proscrito.

⁵ Los presupuestos de la medida cautelar no constituyen meros requisitos para fundar una decisión afirmativa sobre una solicitud cautelar. En un sentido dinámico, los presupuestos procesales son el marco fáctico que circunda a la relación procesal (la medida cautelar forma parte de ella). Por lo que, dichos presupuestos describen una situación de riesgo y la ejecución e implementación de dicha medida no debe agravarla, incrementándolo. En caso contrario su ejercicio deviene en irracional. En cuanto al riesgo asumido, en un inicio correspondió al acreedor solicitante pero posteriormente es el operador judicial que enfrenta semejante riesgo, no por propio título sino por el carácter exclusivo, unitario y vasto de la jurisdicción como poder-deber del Estado ante el ciudadano.

Los motivos para tal restricción obedecen a la finalidad misma de la medida cautelar, a la urgencia de tutelar derechos o situaciones jurídicas o, de hecho, evitar actos que impliquen que el derecho futuro se convierta en ilusorio, supuesto que por ejemplo sucede cuando el probable afectado se desprende de los bienes que servirían para asegurar el pago de un crédito. Esta es una conducta estratégica que forma parte de la lógica del deudor en nuestra sociedad.

c) Rapidez / celeridad

Una petición cautelar exige que la decisión pueda ser tomada inmediatamente, y ejecutada con igual rapidez, sin que ello deba entenderse como algo extraordinario y malo. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente. Cabe indicar que esta característica guarda íntima relación con uno de los requisitos para su concesión: el peligro en la demora.

La característica de la rapidez, no exime de verificar la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y del ofrecimiento de contracautela (Bordalí Salamanca, 2001, p. 55). Lo urgente no implica prescindir de la calificación de la petición cautelar, pero exige actuar rápidamente, pues de otra manera podrían verse

afectados la eficacia y la finalidad de la medida. En este momento tienen gran importancia las facultades discrecionales disciplinarias del juzgador, tendientes a impedir el éxito de estrategias de un deudor irresponsable al amparo de la lentitud en la concesión y ejecución de una medida cautelar.

Un juez que ante un pedido cautelar no le presta la debida atención puede ocasionar la desprotección y falta de tutela judicial efectiva en asuntos que son contrarios a la finalidad del proceso cautelar, y -como veremos- del proceso civil en sí mismo.

d) Autonomía

El Código Procesal Civil establece que todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma un cuaderno especial.

Sin embargo, como hemos señalado, ello no implica su total separación sino una mera distinción operativa para alcanzar los fines del proceso y de esta institución en específico. Esta relativa autonomía nos permite no perder de vista la trascendencia de la discusión central que ha originado la *litis*, ya que el trámite de la solicitud cautelar es independiente del tema de fondo indicado.

Esta característica es criticada por la mayoría de doctrinarios; sin embargo, autores como Juan José Monroy Palacios nos señala que, con el transcurso del tiempo, la teoría cautelar se ha consolidado como institución, diferenciada, destinada a cooperar con el desarrollo del proceso. (Monroy Palacios, 2002, p. 175).

Con lo anteriormente señalado, hemos de acotar que la autonomía de la cautela debe ser tratada desde un punto de vista material y no procesal.

e) Instrumentalidad

En cuanto al aspecto funcional, en cambio, el procedimiento cautelar carece de autonomía, por cuanto su finalidad consiste en el aseguramiento de la eficacia práctica de la sentencia.

Pietro Calamandrei refiere que la instrumentalidad consiste en que "...la tutela cautelar, es en relación al derecho sustancial una tutela mediata, que contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, es el instrumento del instrumento..." (Calamandrei, 1936, p. 162)

Según ello, las medidas cautelares cumplen con una acción especial en relación al resto de los actos procesales debido a que este instrumento, con respecto del proceso principal, no

constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal. (Ortells Ramos, 1995, p. 637).

C. Ejecución de la decisión cautelar

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

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

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

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

D. Impugnación

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

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

Sin embargo, la misma norma en comento da la solución a esta aparente confusión cuando refiere que “...La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida...”. Si bien la

técnica legislativa empleada no es la mejor, es evidente que la *ratio legis* de la norma aludida está dirigida a permitir que el deudor formule oposición a la medida cautelar, sólo una vez que se haya ejecutada ésta, ya que solamente así guardaría congruencia con la característica de la reserva del procedimiento cautelar.

Debemos indicar que, antes de su modificación, el artículo 637° del Código Procesal Civil establecía que al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso⁶.

Si bien este texto no se mantiene vigente, es indudable que la parte afectada podrá ejercer su derecho constitucional a la pluralidad de instancias en cuanto sea notificada con la medida cautelar -sin perjuicio de la oposición que corresponda- y siempre que se cumplan con los requisitos generales para tal fin⁷. Éste está íntimamente relacionado con la cautela y ésta a su vez con la prestación de la obligación.

⁶ Modificación por ley N° 29384 del 28-06-09.

⁷ Cabe indicar que no toda medida cautelar provoca agravio en el ejecutado. Únicamente, cuando exista un perjuicio directo en su patrimonio (v.g. el costo de oportunidad ante la inminencia de un próximo negocio) pero no en cualquier caso (v.g. embargo sobre depósitos a plazo fijo, cuyo origen implica un no uso por el deudor). En todo caso, ello debe observarse en cada proceso y según las circunstancias que la rodean. En caso contrario, dicho requisito ha venido a constituir un formalismo más en la interposición de los medios impugnatorios.

Por ello, *a priori* no se puede afirmar que el agravio que expresado al sustentar un recurso impugnatorio sea el pagar la deuda, o su posibilidad. Más aún deviene en ridículo el ejercicio de un medio impugnatorio cuando no se ha cautelado la totalidad del contenido de la prestación porque ello presupone dos aspectos: la existencia de una intención para no cumplir la prestación y la posibilidad de haber transferido los bienes restantes para una ejecución de otra medida cautelar posterior⁸.

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

⁸ En el presente trabajo, consideramos que la conducta estratégica antes mencionada se ejercita cuando hay bienes suficientes para cautelar la decisión final hasta el monto indicado en la solicitud de medida cautelar pero no son afectados. Por lo que la notificación de la medida cautelar que comprende un monto menor al pedido implica alertar al deudor sobre la posible ejecución de una medida cautelar posterior. Ello pues no se prevé la posibilidad de seguir ejecutando la medida cautelar hasta que se hayan agotado todas las posibilidades reales y potenciales para perseguir dichos bienes restantes hasta el monto concedido en la decisión del juzgador. Ello amplía el ámbito de la medida cautelar por lo que en el mismo modo lo hacen los demás elementos como la contracautela.

E. Presupuestos para su concesión

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

a) Verosimilitud o apariencia del derecho invocado

Implica realizar un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante en relación al derecho que invoca en el proceso principal. Según Monroy Palacios (2002, p. 165) la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere si la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace, al menos, discutible. Este requisito también llamado *fumus boni iuris* no exige comprobación de certeza, sino solamente de “humo” o apariencia de derecho, esto es, probabilidad.

Esta expresión significa apariencia del derecho o verosimilitud de 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 acreditarse con una prueba documental (Pelaez Bardales, 2007).

b) Peligro en la demora

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

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

Calamandrei (*Apud* Monroy Palacios 2002, p. 177) distinguía dos tipos de peligro en la demora: Peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. El primero, alude a una urgente necesidad de asegurar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final. El segundo, está referido a la "aceleración", en vía provisoria, de la satisfacción del derecho.

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

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro ulterior de daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de un daño ulterior, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar (Calamandrei, 2005).

c) Contracautela

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

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

Conforme lo establece el Código Procesal Civil, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, comprendiéndose en este último caso a la caución juratoria⁹, siempre que se encuentre debidamente fundamentada.

La importancia de estudiar la figura de la contracautela para efectos de la investigación ejecutada es relevante a efectos de diferenciarla de la indemnización regulada en el artículo 621 del mismo Código Procesal Civil. En este punto, conviene acotar que el desarrollo contenido en el artículo 613 del Código Procesal Civil es sumamente somero y no determina la naturaleza misma de la contracautela, únicamente señala en su primer párrafo que es su "...objeto asegurar al afectado con

⁹ La caución juratoria, o fianza personal, es aquella que presta el solicitante de la medida cautelar, garantizando que -en caso se ocasionen daños o perjuicios con la ejecución de la medida cautelar que solicita- responderá con su patrimonio personal.

una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios...”; sin embargo, la utilización del término resarcimiento es inexacto puesto que en los siguientes párrafos el mismo artículo se le otorgan características específicas de carácter restitutorio, no así, se la relaciona con la teoría de la reparación civil extracontractual directamente relacionada al concepto de resarcimiento.

Ha de entenderse, además, que el momento de la fijación de la contracautela es previo a la resolución del caso principal, según lo indica el propio artículo 613, segundo párrafo, en el que señala que “...La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar...”.

En ese sentido, a pesar de tratarse de un mecanismo que constituye una “garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar...” (Monroy Palacios, 2004, p. 264), dicha garantía es previamente fijada por el juez por imperativo legal y, siendo que se trata de un requisito de procedibilidad de la medida cautelar; a diferencia de la indemnización señalada en el artículo 621 del mismo cuerpo

legislativo que procede cuando “...se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar...”.

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

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

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

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

En nuestro país, el artículo 610 del Código Procesal Civil regula a la Contracautela como un requisito de la solicitud de la medida cautelar, lo que explica su cualidad de garantía de ejecución inmediata en caso la demanda sea desestimada, en ese sentido, la contracautela en nuestro país tiene naturaleza preceptiva pues es establecida expresamente como requisito de procedibilidad.

Sin embargo, en otras legislaciones, tal y como ocurre con la legislación italiana y la argentina, la fijación de la contracautela es discrecional pues está sujeta a la determinación jurisdiccional y su solicitud al interesado de conformidad con las circunstancias que presenta el caso concreto (Abad Yupanqui, 1991, p. 506).

Asimismo, existen legislaciones que no la regulan debido a que consideran que el ordenamiento jurídico se encuentra provisto de los mecanismos pertinentes para requerir el resarcimiento del daño causado con la solicitud innecesaria de una medida cautelar (Calderón Cuadrado, 2013, p. 54).

Es por ello que en la parte teórica de la investigación revisamos las características que debería cumplir la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria para diferenciarla de la contracautela.

d) La razonabilidad de la medida

La razonabilidad es un principio que se encuentra inmerso en la regulación y configuración de toda figura jurídica, ello importaba en principio una obligación para el legislador al momento de su definición y para el juzgador al momento de su aplicación; sin embargo, en el caso particular de las medidas cautelares, se ha establecido también como una obligación para el solicitante, habida cuenta que, de la razonabilidad de su petición dependerá la razonabilidad de la resolución que la admite y la protección contra las arbitrariedades, el abuso del derecho o su ejercicio irregular (Guerra Cerrón, 2009), temas que son los pilares de la presente investigación.

La consideración de la razonabilidad como presupuesto de la medida cautelar, tal como puede observarse en la obra de la autora anteriormente citada, no es reciente, pues existió ya la inquietud de la doctrina por dotar a la solicitud de la medida cautelar de un presupuesto que asegure la proscripción del abuso del derecho subjetivo y del ejercicio irregular del derecho objetivo. Uno de los antecedentes a nivel normativo

con el que se cuenta es el Dictamen de Proyecto de Ley N°
3079/2008-CR, que establece lo siguiente:

...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. (Congreso de la República, 2017).

Al respecto, cabe mencionar que, salvando las diferencias de la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad, los tres sub test con los que se cautela la corrección normativa, la finalidad última busca racionalizar el uso de la medida cautelar y restringirlo únicamente para los supuestos en que existe una real correspondencia de la pretensión con la titularidad del derecho invocado.

En cuanto a la adecuación misma de la medida cautelar, se tiene la afirmación de que

...al presentar una solicitud cautelar, debe fundamentarse expresa y suficientemente la existencia

de adecuación de la medida solicitada respecto de la naturaleza de la pretensión principal, de manera que de no hacerse de éste modo, a tenor de la exigencia prevista en el inciso 1° del artículo 610 del Código Procesal Civil, la solicitud así presentada carecería de uno de sus requisitos de admisión, por lo que puede ser declarada inadmisibles y, en caso de no ser subsanado la indicada omisión, ser rechazada. (Campos Murillo, 2017, p. 55).

No obstante, es menester tener presente que la adecuación es un sub principio o sub test de la razonabilidad y proporcionalidad que fue aplicado por vez primera en el caso *LÜTH* por el Tribunal Constitucional alemán, asimismo, dicho principio ha sido desarrollado y aplicado por nuestro tribunal constitucional en varias sentencias¹⁰.

Al referirnos al test de ponderación, debemos tener presente lo señalado por Robert Alexey, quien apunta que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales presentan la estructura de principios, así “Las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que

¹⁰ Ver: STC N.º 0045-2004-PI/TC, STC N.º 0048-2004-PI/TC, STC N.º 0010-2002-AI/TC, STC. N.º 01803-2004-AA/TC

caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio”. (Burga Coronel, 2015, p. 3)

Según señala Robert Alexey, es posible que los derechos fundamentales colisionen entre sí, en este caso “...cuando dos principios entran en colisión (...), uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.” (Robert, 1993, pág. 89).

De igual manera, y conforme manifestamos precedentemente los derechos fundamentales no son ilimitados, ni absolutos, lo que genera que en su aplicación constantemente entren en conflicto con otros derechos fundamentales, siendo ello Benji Espinoza (2012), a modo de ejemplo plantea lo siguiente:

¿Si los derechos son limitables cómo se resuelven los conflictos que genera su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales? Las antinomias se suelen resolver bajo criterios formales: el jerárquico –ley superior deroga a la inferior-, el de competencia –la

norma competente para disciplinar una materia desplaza a la no competente –y el cronológico –ley posterior deroga la anterior-. Pero también existen criterios sustanciales como el de especialidad –ley especial prevalece sobre la general-, el de excepcionalidad –ley excepcional sobre la común-, así como el criterio axiológico. El principio de proporcionalidad vendría a ser un criterio sustancial de tipo axiológico que sirve para determinar la prevalencia desde el punto de vista ético-normativo. Así, el mérito del principio de proporcionalidad es el de constituir un procedimiento racional, y no intuitivo, porque supone un proceso de identificación, valoración y comparación de intereses contrarios. (p. 469).

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de la doctrina alemana, ha establecido en el considerando 65 de la sentencia N.º 0048-2004-PI/TC, que el principio de ponderación se realiza a través tres sub-principios: i) sub-principio de idoneidad o de adecuación; ii) sub-principio de necesidad; y iii) sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto. Así también ha definido los sub-principios de la siguiente manera.

(...)

1. Sub-principio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este Sub-principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Sub-principio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Sub-principio de proporcionalidad *strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la

realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.” (STC N.º 0048-2004-PI/TC, 2005)

Como bien se anota de lo descrito anteriormente, tanto la razonabilidad como la ponderación se han ideado para alcanzar el óptimo en la aplicación de los Derechos Fundamentales; sin embargo, nada obsta para que esta técnica tan bien definida se aplique también a nivel legal, en el derecho de interposición de medidas cautelares; sin embargo, en este contexto debe tenerse en cuenta que se encuentra en contraposición el derecho del demandante quién asegura ser titular de una situación jurídica, pero del otro lado, el Estado en su labor de tercero imparcial, debe asegurar también el derecho de demandado de no ver menoscabados otros de sus derechos por la decisión de admisión de la cautelar, por ello, la medida debe ser la menos dañosa y debe asegurar el derecho del solicitante tanto como sea posible no anular el derecho del afectado con la medida cautelar.

2.2.6. Contracautela, responsabilidad civil e indemnización

La necesidad de contrastar estas tres categorías jurídicas surge por causa de la indeterminación normativa y, es más, de la aparente confusión en la utilización de los términos tanto en el artículo 613 como en el 621 del Código Procesal Civil.

Para tales efectos, el primer paso a seguir es la determinación acerca de si la contracautela importa una restitución, una indemnización o un resarcimiento; ya se ha dicho que el propio Código en su primer párrafo la define como el resarcimiento de los daños y perjuicios, lo que parece ubicarla como una categoría de la reparación civil extracontractual; no obstante, dicha situación no se vislumbra del estudio integral y sistemático del mismo artículo.

Sin pretender ser redundantes respecto de lo señalado en el acápite anterior, consideramos pertinente desmembrar el mencionado artículo en sus mínimas partes para comprender por qué la contracautela no puede ser entendida como un resarcimiento.

Téngase en cuenta que el término resarcimiento, si bien en la consciencia jurídica peruana se ha asentado como sinónimo de indemnización (Fernández Cruz, 2015, p. 404), en términos precisos y técnicos no es posible realizar tal equivalencia; pues:

La indemnización, a diferencia del resarcimiento, se “activa” una vez que se verifica el supuesto de hecho, generalmente, en la ley. Así, el Juez o árbitro en su caso, estará obligado a indemnizar, sin ningún juicio de responsabilidad civil, es decir, sin la necesidad del análisis de los elementos de la responsabilidad civil. (Pariasca Martínez, 2015, p. 3)

Por lo tanto, en el caso de la indemnización no es necesario que se haga un análisis extra normativo hacia los elementos subjetivos de la relación, “...no es necesario imputar responsabilidad civil, ni hablar de un culpable...” (Bentrán Pacheco, 2010, p. 43), únicamente constatar la presentación de los elementos objetivos consignados normativamente para subsumir el hecho en la norma y atribuirle una consecuencia jurídica, que para el caso es pecuniaria.

Sin embargo, a ser el resarcimiento un concepto íntimamente relacionado a la responsabilidad civil extracontractual (Ramírez Jiménez, 2010, p. 67), no es posible que sea equiparado al concepto mismo de la contracautela ni de la indemnización objetiva, por los siguientes motivos:

- 1) La contracautela no es una consecuencia sino una garantía “...que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar, para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ellas en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente...” (Taramona, 1996, p. 123).

Vale decir que la contracautela no presume la existencia de un daño ni se aplica de manera posterior a la configuración de este, sino que se erige como un “...instrumento que sirve para restaurar el equilibrio perdido al otorgarse la medida, actuando como condición de ella y adscribiéndose a la inmediata indemnización de

los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución...” (Calderón Cuadrado M. P., 1992, p. 52); en tal sentido, la naturaleza o contenido de la misma podrían ser identificados incluso de manera más eficiente con el de la indemnización que con el de resarcimiento.

- 2) Dicha garantía cuenta con una eficacia posterior, es decir que, su finalidad no solamente está orientada a la admisibilidad o procedencia de la medida cautelar, sino que, busca proteger los futuros y eventuales daños que podrían ocasionarse, por lo que, según lo indica el propio artículo 613, el juez puede “...graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla...”. Al respecto, debemos tener en cuenta que:

“...el carácter de la caución, sus características diferentes a las de la medida cautelar y sus distintas estructura y finalidad, no es lo que nos lleva a la consideración antes expresada (la caución no es presupuesto cautelar), sino la constatación de que para la concesión de la medida, es decir, para que el juzgador, a través de la cognición sumaria, logre obtener un conocimiento adecuado de la situación sobre la cual se solicita la cautela, interviene el análisis de los dos requisitos antes esbozados (verosimilitud del derecho y el peligro en la demora) mas no el de la caución procesal. Ella se ubica en un plano

posterior, en la medida que hace referencia a los eventuales daños que podrían provocarse con la actuación de aquella medida, pero, en absoluto, tendrá que ver con la calificación sobre el objeto del procedimiento cautelar” (Monroy Palacios, 2004, pp. 264-265).

Debe quedar claro que, esta negativa de parte de cierto sector de la doctrina por reconocer un carácter de presupuesto a la contracautela no implica que esta pierda su carácter de garantía ni tampoco la equipara por completo ni a la indemnización ni a la restitución, puesto que, en tanto no se halle resuelto el proceso principal, su ejecución es incierta.

- 3) El carácter ejecutivo de la contracautela es una característica que lleva a diferenciarla de su contenido tanto indemnizatorio como resarcitorio, si consideramos que las medidas cautelares son concedidas en apariencia de derecho, no así cuando existe certidumbre, y que la contracautela es fijada al inicio del procedimiento, ya sea con una naturaleza personal o real, como lo establece el tercer párrafo del artículo 613.

La consecuencia misma de dicha fijación, en caso la demanda sea declarada infundada y hasta improcedente, es la ejecución de la caución real o la solicitud del cumplimiento de la caución juratoria; es decir, el cálculo de la contracautela corresponde al

equivalente de la cuantía de la pretensión, por lo que “...no pueden ser por menor cantidad que la pretensión que aseguran...” (Gallardo Miraval, 2000, P. 97); esto es definitivamente un carácter diferenciador de la indemnización que es de fijación posterior, ante el cumplimiento de un presupuesto legalmente establecido y que no necesariamente tiene identidad con el monto peticionado en la demanda principal.

- 4) En consecuencia, el monto fijado para la contracautela, es un monto restitutorio directamente relacionado al monto del petitorio de la demanda principal y que puede ser eventualmente modificado por el juez pero en relación directa con la modificación de este último; tal es el caso de la medida cautelar de embargo en forma de retención, en la que, por efecto del paso de los años en los que los caudales retenidos no han sido movilizados en el tráfico económico, el demandado sufre determinado perjuicio identificable con el lucro cesante, pues, la contracautela debe ser calculada en relación directa a dicha consecuencia en caso la demanda haya sido declarada improcedente o infundada; no guarda relevancia el fondo del asunto ni el ejercicio regular del derecho del demandante, sino la constatación del perjuicio sufrido por el demandado en los años que ha durado el proceso y la necesidad de que este sea restituido.

Es decir, dicha restitución puede ser “...*in natura* y por equivalente (...) la primera como la restitución de la cosa, la segunda como una cuantificación que equivale a la cosa perdida y que funciona cuando no es posible hace uso de la primera...” (Esparza Martínez, 2015, p. 3); refiriéndonos en este caso al daño causado por causa directa de la propia duración del proceso y afectación del patrimonio por su propia tramitación, independientemente del asunto de fondo.

- 5) En consecuencia, en el caso de la contracautela, podría ser ejecutada únicamente con la declaratoria de una improcedencia en el proceso principal; una indemnización como consecuencia de una infundabilidad por el imperativo legal contenido en el artículo 621 del Código Procesal Civil y, como ya se ha establecido anteriormente, su contenido no se encuentra directamente relacionado al resarcimiento que involucra la presencia de una responsabilidad civil extracontractual, en cuyo caso, se necesita la configuración del ejercicio irregular de un derecho para su solicitud.

Resumiendo lo dicho, se trata de tres momentos continuos y perfectamente diferenciables: 1) La contracautela que tiene naturaleza restitutoria *in natura* o por equivalente y que opera por el solo hecho de una tramitación innecesaria del proceso; 2) La indemnización que tiene naturaleza legal debido a que opera en virtud del imperativo legal contenido en el artículo 621 ya mencionado cuando la demanda es declarada infundada, es decir,

se trata de una consecuencia legal y; 3) la reparación civil extracontractual que, de conformidad con el artículo 1971, inciso 1, del Código Civil, requiere del ejercicio irregular de un derecho.

Al respecto, cabe señalar que la posición del tesista se ubica en la tercera arista, es decir que la mal llamada indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, habida cuenta la existencia el nuevo requisito de las medidas cautelares que exige adecuación y razonabilidad de la medida, es decir, proscripción del abuso del derecho o su ejercicio irregular, ya no puede ser entendida como una mera indemnización en sentido objetivo, sino que deben configurarse los presupuestos o elementos subjetivos de la responsabilidad civil para la fijación de la indemnización.

2.2.7. Teoría de la indemnización

A. Sobre la indemnización

El término indemnización lleva inmerso como parte de su contenido el aspecto patrimonial, supone la asignación o destino de determinada cantidad de dinero que debe ingresar al peculio de la víctima de determinado daño; sin embargo, dicha asignación, no se ha determinado si debe ser entendida como una sanción al causante del daño o como resarcimiento a la víctima (Osterling Parodi, 2014, p. 110).

No debe perderse de vista que el derecho civil no contiene sanciones punitivas puesto que la materia jurídica destinada a ello es el derecho penal; motivo por el que es preferible inclinarse a considerar que la finalidad de una indemnización es el cálculo del daño causado a la víctima; lo que no significa que no se considere responsable al causante del daño, como fundamento para que sea este el que asuma la carga que importa la acotada indemnización.

En dicho fundamento se origina el concepto de indemnización, en el hecho de que no se puede permitir a ningún integrante de la sociedad causarle un daño patrimonial o extrapatrimonial a otro integrante de la sociedad.

Así, queda sentado que la indemnización constituye un medio de reparación del daño causado a la víctima, ya sea de carácter moral o material, y solo de manera mediata la sanción al causante de dicho daño. (Orgaz, 1960, pp. 230-231).

En ese orden de ideas, el daño sufrido en una circunstancia específica constituye el fundamento y lógico *príus* de la indemnización y consecuentemente, la reacción adecuada a él, se erigió, en la temática actual de la responsabilidad civil, en uno de los problemas más graves a resolver.

Sobre el particular, de la revisión de nuestra normatividad se tiene que se confunden los conceptos y contenidos tanto de indemnización como de responsabilidad civil; sin embargo, ha quedado claro que no siempre éstos se encuentran relacionados puesto que existen casos, como es el del artículo 621 del Código Procesal Civil, en que la primera es el producto de la configuración de un presupuesto legalmente establecido y que la segunda importa además un ejercicio irregular de un derecho.

Según lo dicho, por daño civilmente indemnizable entendemos a aquella circunstancia cuya finalidad es la de informar la ilicitud del actuar de una persona en agravio de otra, mediante el menoscabo de las potestades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial.

Nuevamente, es de resaltar en esta definición la utilización del término ilicitud que en el afán de diferenciarla de la antijuricidad considerada como elemento de la responsabilidad civil; puesto que en caso de la indemnización por medida cautelar con el resultado de una sentencia con demanda declarada infundada la propia ley establece la posibilidad de incoarla.

Los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Los primeros son el atentado al patrimonio económico de la víctima,

mientras que los segundos están referidos a la lesión de bienes protegidos por el Ordenamiento Jurídico, pero que no tienen valor pecuniario (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 223).

Analizado a partir de una perspectiva ontológica, se trata de la lesión de un interés protegido por el Derecho, entendido no como una conglomerado de normas, sino como un sistema basado en principios, y la noción jurídica se configura en términos de daño injusto dentro del contexto de la terminología o el lenguaje de la doctrina italiana, así entendido, el daño es, necesariamente, un elemento del ilícito, porque el elemento, en cuanto tal, comporta la lesión de un interés protegido, en suma el daño es un menoscabo efectivamente sufrido por la víctima.

En este tenor, nuestro Código Civil consigna al término “daño” como el protagonista de la responsabilidad civil en el artículo 1969, empero el resto de la regulación al respecto utiliza el término perjuicio, por lo que el consenso en la aplicación a la realidad de las referidas normas, está referido a la utilización del término daño, habida cuenta que es precisamente su contenido el que se ha utilizado (Santos Briz, 2004, p. 25).

Dentro de nuestros doctrinarios, una síntesis del contenido del daño ha sido realizada por el conspicuo doctrinario Lizardo Taboada, quien hizo referencia a que “...el daño es el

menoscabo a los intereses de los individuos en relación a su vida social, que el derecho ha considerado merecedores de tutela legal...” (2003, p. 30), de igual forma, dicho autor, clasifica a la Responsabilidad Civil como una de carácter patrimonial, dentro de la cual se ubica el lucro cesante y el daño emergente, y otra de carácter Extrapatrimonial, dentro de la cual se ubica la moral y la personal.

En los sistemas de tipicidad del ilícito como el *common law* y el derecho alemán, solo se produce un daño cuando se lesiona un interés típico protegido, está es la referencia más cercana para las definiciones antes citadas, y para tomar una postura de una definición se debe tomar en cuenta que tipo de sistema tenemos, y en nuestro caso no es sistema puro, sino mixto.

En las anteriores citas se presenta el daño como la afectación o lesión de un interés protegido, con ello se evidencia el problema de definición del daño, y esto tiene que resolverse en una correcta relación entre el daño y el resarcimiento, y el daño cuales son los criterios de las consecuencias o el acontecimiento y las reglas o principios que protegen los interés, dentro de esta problemática el jurista Juan Espinoza Espinoza precisa que estas acepciones “resultan equivocadas e imprecisas pues el daño incide más bien en las consecuencias aquellos efectos negativos que derivan del protegido” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 178)

En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuando al contenido y a la naturaleza” (ibídem.).

Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales y viceversa). Así tenemos que se habla de un daño- evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral), coincidimos con esta postura empero de otra perspectiva, partimos de entender que el ser, está en función dinámica y funcionalidad entro del sistema, en caso del daño, se produce cuando se lesiona una situación jurídica subjetiva de ventaja, y esta lesiona produce unos efectos negativos que derivan de la lesión.

B. Relación de la indemnización por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria con la responsabilidad civil

Es precisamente el estudio del daño el que relaciona la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria con la responsabilidad civil extracontractual, puesto que, como se ha señalado en el acápite anterior es este elemento el que denota la responsabilidad en el sujeto que comete el ilícito,

responsabilidad que es entendida como un resarcimiento de la afectación causada.

Sin embargo, no es posible confundir un concepto y el otro puesto que, en el caso de la indemnización, a pesar de que se ha presentado daño, no es necesario corroborar los elementos subjetivos, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual en la que dicho ejercicio resulta indispensable.

Consecuentemente, no es posible entenderse que la naturaleza de la indemnización antes mencionada corresponde a la de una responsabilidad civil extracontractual, puesto que con la ejecución del daño se encuentra causando una lesión a una prescripción legal contenida en la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil y que hace referencia a la declaratoria de infundabilidad de la demanda; en contrario a ello, para argumentar una responsabilidad civil extracontractual, debe constatarse además la concurrencia de un ejercicio irregular del derecho o el abuso del derecho; con la finalidad de establecer dicha diferencia, es menester conocer tanto los elementos de la responsabilidad civil extracontractual como los presupuestos de ejercicio irregular de un derecho y abuso del derecho; conocimiento que se detalla en las siguientes líneas:

A. DAÑO

El daño se clasifica de la siguiente manera:

a) Daño cierto

“El daño cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o a futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético. El simple peligro no puede dar lugar a indemnización, tiene que materializarse el daño” (Orgaz, 1931, p. 36). Su certeza tiene que ser fáctica y lógica.

El daño cierto es aquel, estados de cosas, que se lesiona materialmente, o existe un incremento de riesgo jurídicamente que potencialmente pueda lesionar el interés, y que aspira ser reparado y no puede ser eventual, y no puede.

b) Daño probable

Si bien es cierto que para la existencia de un daño este debe ser probado, pero no todo lo cierto es probable, por ello se tiene que tener en cuenta “los diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño” (Trazegnies Granda, 2001, p. 89). De esta forma nuestra legislación la probanza del daño por el actor es una regla

general, que se aplica, aunque funcione la presunción de culpa.

La doctrina es unánime al clasificarlo por su naturaleza en dos rubros:

c) Daño Patrimonial

Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada y precisando que es clasificación es de origen alemán y que encuentra legislada en el artículo 1969 del Código Civil. Este a su vez se sub clasifica en:

DAÑO EMERGENTE

“Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito” o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial” del daño, en este daño importa un empobrecimiento (Espinoza Espinoza, 2003, p. 178).

LUCRO CESANTE

Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (seas por el incumplimiento de un contrato por un acto ilícito. Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 179).

En una apreciación uniforme a la cita anterior, Puig Brutau compara el daño emergente con el lucro cesante “el daño emergente es una pérdida real y efectiva; el lucro cesante, en cambio, es de momento una pérdida invisible que “se apoya en la presunción de cómo se habría sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso” (Puig Brutau, 1998, p. 181).

Ambos elementos, daño emergente y lucro cesante, han de ser tenidos en cuenta si se quiere que el derecho de daños cumpla su finalidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se hallaría si el daño no se hubiese producido”.

d) Daño Extrapatrimonial

El actuar que lesiona los bienes y derechos de la personas “...se indemnizaran prescindiendo que un ataque a aquellos bienes y derechos tenga también repercusión en el patrimonio...”, “Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” se encuentran inmersos: “El ansia, la angustia, los sufrimientos físicos y síquicos, etc.”; padecimientos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos” (Diez Picazo & Gullón Ballesteros, 2002, p. 546).

Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (comprende como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de la persona y al daño moral, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.” y como debe entenderse el daño a la persona (Espinoza Espinoza, 2003, p. 227).

B. La antijuricidad del hecho

Parte de la doctrina entienden a la antijuricidad como uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil en general, pudiendo ser ésta contractual o extra contractual, ya que se entiende que esta nace la obligación de indemnizar cuando se causa un daño a otros u otros mediante un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres, en tal sentido, por más que exista daño, si es que la conducta no es contraria al ordenamiento jurídico o si es que se actuó dentro de los límites permisibles no hay lugar para la responsabilidad civil. Por tanto, queda claro que la antijuricidad es parte fundamental de

la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan una responsabilidad civil.

a) La antijuricidad típica y atípica

La antijuricidad típica, se confunde muchas veces con la comisión de un delito, en la cual todas aquellas conductas prohibitivas están proscritas por una norma calificadas como delito, entonces hablamos de responsabilidad penal; empero existen hechos prohibidos que no están comprendidas como delito, reguladas por normas de derecho privado que directamente prohíben determinadas conductas, como por ejemplo en el caso del artículo 1095 del Código Civil.

De esta manera queda claro cuáles son los supuestos de hechos jurídicos ilícitos tipificados legalmente, que han determinado un supuesto de responsabilidad civil. Pero también existen hechos jurídicos antijurídicos no prescritos por una norma, si no que estas nacen del incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a los demás, estos son los atípicos por que no están prescritos por una norma.

Otra figura que merece especial atención, es establecer las diferencias que existen entre la responsabilidad civil y

la responsabilidad penal; pues la responsabilidad penal tiene como objetivo el resarcimiento de un daño causado a la víctima o a sus familiares; mientras que la naturaleza u objetivo de la responsabilidad penal es la represión del delito, quedando claro de esta manera la diferencia que existe entre ambas figuras, ya que muchas veces se confunden estas dos figuras.

C. La relación de causalidad o nexo causal

Como ya dijimos anteriormente, la relación de causalidad es un elemento estructural de la responsabilidad civil, pues este elemento es considerado como la relación que existe entre causa y efecto, entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil extra contractual y no nacerá la obligación de indemnizar.

En consecuencia, podemos decir que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extra contractual, sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del autor.

La diferencia reside en que en el campo de la responsabilidad civil extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, y en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa.

Como su nombre lo indica nexo de causalidad es la relación, el vínculo, que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil.

Para los cultores de la teoría subjetivista, de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad, el nexo de causalidad debe darse entre la culpa y el daño. Para los partidarios de las teorías objetivas o de las de riesgo, el nexo de causalidad debe darse entre el hecho y el daño.

La necesaria relación de causalidad entre el hecho y el daño, es más complicado de lo que parece. Y todavía más difícil para los defensores de la teoría de la culpa pues ese fenómeno subjetivo debe relacionarse directa y específicamente con el daño. Muchas veces se confunden los conceptos de culpa y causa o se mezclan en forma tal que se hace difícil su separación.

Han sido los alemanes los abanderados de los estudios del nexo de causalidad, y más en el campo de la responsabilidad penal que en el campo de la responsabilidad civil. Por eso en muchos casos, las doctrinas y jurisprudencias civiles tienen que acudir o prestar al campo penal muchas de sus teorías o conceptos.

El daño puede tener como causa un solo hecho y en ese campo no se presentan muchas dificultades. Ellas empiezan cuando el daño puede ser originado por diferentes hechos. Es lo que se ha conocido como pluralidad de causas (Martinez Rave, 1996, pp. 195-196).

a) Teorías Causales de la responsabilidad civil extracontractual

TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA

La teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño. Por ejemplo, si un automovilista atropella a un peatón porque la reparación que le hicieron de sus frenos era defectuosa, ese peatón debería tener acción tanto contra el automovilista como contra el taller que hizo la reparación negligentemente.

Sin embargo, dentro de la teoría de la causa próxima podría sostenerse que el peatón sólo tiene acción contra el automovilista (quien responde objetivamente por riesgo), mientras que el taller quedaría inaccesible por productos defectuosos y haría excesivamente estrecho y muchas veces injusto el campo de la causalidad.

TEORÍA DE LA CAUSA PREPONDERANTE O TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O DE LA *CONDITIO SINE QUA NON*

Esta teoría mal llamada también “teoría eficiente” (lo que desvirtúa el sentido clásico, de origen aristotélico, de esa expresión) se opone a la indiferencia de causas planteadas por el análisis de la *conditionum sine quan non* y trata de encontrar una causa de carácter preponderante.

Los autores han intentado operacionalizar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la “causa más activa”. Por ejemplo, dicen, si Juan le proporciona a Pedro los fósforos y éste último quien incendia la casa, no puede negarse que tanto el acto de Juan como el de Pedro son *conditiones sine que non*; pero la causa del incendio no es el acto de Juan sino el de Pedro, porque el acto de éste último es la condición más efectiva.

Otros como Binding, citado por Trazegnies, hablan de “la causa próxima a la que antes hemos referido y pueden ser objetadas con argumentos similares a los que cuestionan el análisis de la proximidad” (Trazegnies Granda, 2001, p. 312).

Que propugna porque cualquier causa que intervenga en el resultado origina responsabilidad. Es decir que si el demandado participó con una de las causas o concausas es suficiente para ser responsabilizado.

Se llama equivalencia de condiciones porque según sus teorizantes todas las condiciones, es decir, los fenómenos, circunstancias o hechos, que intervienen en el resultado, adquieren la categoría de causas, hace responsable a todo aquél que ha puesto una condición en el resultado. Extiende en forma notoria el concepto de causa y por lo tanto el campo de responsabilidad.

TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA

Sustentada por los teóricos alemanes y sostiene que no todas las causas o condiciones que concurren a un resultado originan responsabilidad. Hay que separar, escoger, aquellas que realmente sean determinantes.

Quienes hayan originado esas causas determinantes serán responsabilizados civilmente.

A esta tesis se le han acomodado algunas variantes como la de la “causa próxima” que sostiene que la causa determinante es la más próxima en el tiempo; la de “causa eficiente” según la cual debe escogerse una sola que haya sido suficiente para darse el resultado; la “de la causa determinante”, una variable de la anterior pero que pretende encontrar la solución en la causa desencadenante del resultado, así no sea la más próxima (Martinez Rave, 1996, p. 196).

b) La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del Código Civil peruano

Nuestro Código enuncia la relación causal en los artículos 1961 y 1970, al referir: “aquel que (de una manera o de otra) causa un daño a otro”. Y luego califica el tipo de causa que tiene una función operativa en responsabilidad extracontractual en la última parte del artículo 1985 donde un poco de paso, dice que la causa debe ser “adecuada”.

Es de observar que la referida norma regula la naturaleza de la indemnización, lo que supone que ya ha quedado establecida la responsabilidad. En cambio, la mención a la causalidad adecuada trata sobre uno de los

determinantes o mejor, sobre uno de los presupuestos de la responsabilidad misma; por tanto, esa disposición sobre la causa es lógicamente anterior a todo lo que se dispone en el resto del artículo sobre la indemnización.

En otras palabras, la calificación del tipo de nexo causal que da origen a una investigación de responsabilidad (para ver si se cumplen los factores de atribución, la culpa o el riesgo), es extraña en un artículo que regula fundamentalmente el quantum respondeatur (Trazegnies Granda, 2001, pp. 317-318).

c) Supuestos de ruptura del nexo causal o fracturas del nexo causal

La doctrina y jurisprudencia han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe, se rompe, cuando se dan tres fenómenos que se han cobijado bajo el término causa ajena, es decir causa no imputable al presunto responsable:

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Ocurre cuando el actuar del presunto responsable no es el que ha causado el daño por lo que no le es imputable su comisión, tampoco lo es a un tercero y menos a la víctima, puesto que se trata de un hecho producto de la

naturaleza o de carácter fortuito el que se constituye en causa.

No reviste ninguna importancia jurídica, al menos no para efectos procesales, cuando el hecho fortuito o fuerza mayor es la única causa del daño ocasionado, por lo que no existe concurrencia con la responsabilidad de un tercero y, por consiguiente, deberá ser propio afectado el que cargue con el reparo de los daños.

Los problemas se presentan cuando aparecen las presunciones de culpa o cuando se parte de las tesis objetivas de la responsabilidad donde el causante del daño está presumido en responsabilidad y solo puede exonerarse si demuestra fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

La fuerza mayor es un acontecimiento, no natural, proveniente de la voluntad de persona distinta a la que la víctima señala como autora del daño, como la orden de autoridad competente (auto de detención, orden embargo y secuestro). En cambio, el caso fortuito es un acontecimiento natural que ocasiona un daño, como un terremoto, la inundación, el rayo, etc. Otros, por el contrario, fundamentan su diferencia en que el caso

fortuito es un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor es un acontecimiento irresistible.

La otra tendencia es la llamada teoría unicista de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. Afirma que de todas maneras son fenómenos que eximen de responsabilidad. Que es diferente mencionar uno u otro termino pues el significado jurídico es el mismo “un fenómeno liberatorio de responsabilidad porque rompe el nexo causal” (Martinez Rave, 1996, p. 199).

Pero para que ese fenómeno sea liberatorio debe llenar los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad. Si solo llena uno de ellos no alcanza poder liberatorio. Por lo tanto, es indiferente que se le llame fuerza mayor o caso fortuito, lo importante es que sea un fenómeno o acontecimiento imprevisible e irresistible.

La irresistibilidad no debe referirse a la persona en especial. Debe referirse a un término genérico. Es decir, que debe ser irresistible para cualquier persona colocada en las mismas condiciones objetivas, que el presunto responsable. Para liberarse de la obligación de indemnizar el fenómeno debe ser irresistible para toda

persona, no en concreto para que se pretenda responsabilizar.

La imprevisibilidad se refiere a que el fenómeno puede preverse, no puede normalmente suponerse que se va a presentar o que va ocurrir, porque no es frecuente, no se ha presentado anteriormente en forma regular. Esto se refiere a una persona colocada en iguales condiciones objetivas del presunto responsable. No es una previsión referida exclusivamente al causante. Si un fenómeno se repite, sucede frecuentemente, es común, se puede tener como fenómeno previsible, como de fácil repetición. Es decir que su ocurrencia es probable. Si un fenómeno se presenta por vez primera, o no es probable. Si un fenómeno se presenta por vez primera, o no es probable que se presente por las características mismas, será un fenómeno imprevisible.

EL HECHO DE UN TERCERO

Para muchos tratadistas el hecho de un tercero solo tiene poder liberatorio cuando constituye fuerza mayor o caso fortuito, es decir es imprevisible e irresistible, tiene poder liberatorio.

Por el hecho del tercero es el único causante del daño, del resultado, se rompe el nexo causal. No existe responsabilidad civil extracontractual. Porque se imputó el hecho a una persona distinta. Se demandó a quien no era el causante. Fue el tercero quien lo causó.

Ese fenómeno exonerativo debe ser entonces como la fuerza mayor y el caso fortuito irresistible e imprevisible. Por eso se exige, necesariamente, que no exista ninguna relación de dependencia entre el causante y el llamado tercero. Tampoco puede existir culpa, por parte del causante, en el hecho del tercero. Si la hubiere no tiene poder liberatorio.

Se ha exigido para que el hecho del tercero libere de responsabilidad civil: que el hecho del tercero sea la única causa del daño, que el hecho del tercero se encuentre debidamente individualizado e identificado, que no tenga ningún vínculo de dependencia o relación con el causante, que no haya sido provocado por el causante del daño y que sea imprevisible e irresistible para el ofensor o causante.

Si concurre con el ofensor o causante en el nexo no libera, pero éste tiene acción para reclamar la parte que le

corresponde o lo puede llamar en garantía dentro del respectivo proceso, para que le reconozca la cantidad que le corresponde en proporción a su hecho o culpa.

EL HECHO DE LA PROPIA VÍCTIMA

Que los subjetivistas denominan culpa de la víctima, cuando es determinante, influye en el resultado, tiene implicaciones diferentes en el campo indemnizatorio. Es tal vez, la causa de exoneración que más se intenta en estas épocas, pues siempre se alega como motivo de defensa por parte del demandado.

El hecho de la víctima tiene notorias repercusiones en el campo indemnizatorio. Su participación puede graduarse en el resultado, según su causalidad. Por eso en algunos casos puede ser la causa total y única del resultado, pero en otros sólo llega a ser un gravamen o concurrente.

Es necesario determinar inicialmente, si el hecho de la víctima tuvo o no importancia determinante en el resultado, si era esencial para que aquél se diera. Por lo tanto, el hecho de la presencia de la víctima en el lugar del daño, no es generalmente determinante y no tiene poder liberatorio.

Cuando el hecho de la víctima es único y determinante en el resultado el nexo de causalidad se rompe, es decir, que la imputación física del resultado se hizo mal, ya que no fue aquél el causante sino la propia víctima. En ese caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar, que nunca existió. Y esto es fácil de comprender en el campo de la responsabilidad objetiva, se hace más difícil en el campo de la responsabilidad subjetiva, porque ya hay que analizar una serie de factores subjetivos, internos, que determinan la culpa y que no siempre son fáciles de valorar (Martinez Rave, 1996, pp. 199-219).

D. Factores de atribución

Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera si se quiere ser redundante-objetivamente o si se quiere optar por una definición residual-prescindiendo del criterio de la culpa).

También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como subtipos de factores de atribución objetivos (porque no

se basan en la culpa); pero deben ser considerados de manera independiente, dadas sus particulares notas características.

Dentro de los factores de atribución, también existen dos sistemas de factores de atribución, el sistema objetivo y el subjetivo, el factor de atribución subjetivo se encuentra regulado en el Art. 1969 del CC, que a la letra dice: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Y el factor atributivo objetivo se encuentra regulado en el Art. 1970 del mismo cuerpo legal, que dice: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

En este sentido queda claro que la noción de culpa en la responsabilidad civil es entendida como la negligencia o imprudencia del autor, y que a consecuencia de ello se produce un daño legalmente resarcible; mientras que el dolo es el ánimo de querer causar un daño a la víctima que también origina un daño que por lo mismo es resarcible, los mismos que sirven como factores de atribución.

En el caso del sistema objetivo, está constituido sobre la noción de riesgo creado que constituye factor atributivo de la

responsabilidad civil, esta es entendida como todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes, suponen un riesgo ordinario o común para las personas; sin embargo existen cada vez con más frecuencia bienes y actividades que representan riesgos adicionales a los ordinarios, como por ejemplo, los artefactos eléctricos, las cocina a gas, etc., pues para todos estos bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditar el daño causado, ello es supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Como se podrá apreciar la ausencia de culpa no sirve como mecanismo de ausencia de responsabilidad civil, adquiere por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal que examinaremos en su oportunidad.

a) Factor Atributivo Objetivo

LA CULPA

La culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un standard de conducta. Para un sector de la doctrina italiana, la culpa "no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (y por consiguiente del examen del comportamiento psicológico del agente y de sus dotes personales de

inteligencia y prudencia), sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos" (Salvi, 1985, p. 110).

En efecto, debemos abandonar la concepción psicológica y moralista de la culpa, heredera de la noción religiosa del pecado y abordar un concepto que no se limite a "la trasgresión de una norma o de un deber jurídico", sino que sea el fiel reflejo de la "conciencia social" (Sconamiglio, 1996, p. 641).

Desde otra perspectiva, se entiende por culpa, la "creación de un riesgo injustificado y para evaluar si es riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado (Trimarchi, 1984, p. 99).

EL DOLO

La noción de dolo coincide "con la voluntad del sujeto de causar el daño, la cual coincide con el art. 1318 c.c., a

propósito del incumplimiento de la obligación (al referirse al gerundio "deliberadamente").

En resumidas cuentas, el fundamento de la responsabilidad objetiva se puede basar, entre otros, en los siguientes supuestos:

Situaciones de riesgo

Que se podrían traducir en la siguiente fórmula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio (art. 1970 c.c.).

Situaciones de ventaja

Vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación. Típicos ejemplos serían el de responsabilidad civil por el hecho del dependiente (art. 1981 c.c.) o del tercero del cual se vale el deudor (art. 1325 c.c.), el ser propietario de un animal (art. 1979 c.c.) o propietario de un edificio (art. 1980 c.c.).

Por otro lado, se prospecta el concepto de "riesgo lícito", o sea, el riesgo consentido por el ordenamiento jurídico.

Tanto el acto ilícito como el riesgo lícito pueden ser fuente de responsabilidad civil; pero, se sostiene, que el primero "tiene una función sancionadora", mientras que el segundo "tiene la función de redistribuir el daño según un criterio de economicidad" (Martinez Rave, 1996, p. 193).

En mi opinión, si bien es importante la introducción del concepto del "riesgo lícito", perfectamente aplicable en el caso del riesgo permitido (no prohibido) para realizar actividades riesgosas, tener animales, por ejemplo; no se debe olvidar que, la reparación civil por los daños causados, también tiene una función redistribuidora de los costos. El riesgo lícito se basa en la premisa que, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico permite realizar (ciertas) actividades riesgosas, se deberá responder por los daños que se causen.

Cheapest cost avoider o descuento de costes

El criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* -"el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica", es aquel por el cual, responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan "de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios".

En efecto, se trata de una suerte de *policy* o política de derecho, en la cual, los operadores jurídicos (jueces, principalmente) hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil (*easiest*) o barato (*cheapest*) enfrentarlas: no por el hecho exclusivo que sean económicamente más fuertes (*deep pocket*) o que, basados en el principio de responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, sea recurriendo al seguro privado o porque "se hallan en condiciones de transferir (los daños) a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive)".

Este principio implica que "la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una sustitutiva que ofrezca un máximo de seguridad; la búsqueda, por tanto, de aquella alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario de modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no solo las actividades entre sí, sino también las diversas sub categorías de las mismas, porque es muy probable que la

solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una sub categoría.

Estas maneras de percibir los modelos jurídicos no son, necesariamente, excluyentes entre sí. No en vano, una doctrina por demás autorizada en el análisis económico del derecho sostiene que tanto el sistema de culpa como el de responsabilidad objetiva generan reglas "óptimas". Es más, en contra de lo que se puede suponer, hay un sorprendente paralelismo entre el *cheapest cost avoider* y la percepción solidaria. En efecto, debemos distinguir la justicia retributiva (basada en el principio doy para que des) de Injusticia distributiva (en la cual se le da a -o se toma de- cada quien, según sus posibilidades y limitaciones): la justicia distributiva (a nivel filosófico) corresponde a lo que en términos de eficiencia del mercado se refleja en una distribución social del riesgo, que hace asumir los costos del mismo a quien está en mayor posibilidad de evitarlos.

Este principio, a mi manera de ver, ha sido entendido por los operadores jurídicos italianos y peruanos, en los casos que hemos visto, de tal manera que, el *cheapest (or easiest) cost avoider* está en la obligación de asumir las

medidas de seguridad que eviten (o atenúen) los riesgos,
por las actividades que realiza.

EL ABUSO DE DERECHO

Una autorizada doctrina argentina ha clasificado los
criterios para caracterizar el ejercicio abusivo de los
derechos de la siguiente forma:

Criterios subjetivos:

El abuso de derecho se identifica con la intención de
perjudicar, esto es sostenido por Josserand, en un primer
momento; Markovitch y Charmont. (Cuentas Ormachea,
2013, p. 465)

El abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho
con culpa del titular, tesis sostenida por Colín, Capitant
inicialmente, y luego por Demogue, Sourdat, Lalou, los
Mazeaud y Salvat. (Alegría Alfaro, 2015)

Finalmente, Alegría señala que existe una tercera
posición de que el abuso consiste en el ejercicio del
derecho sin interés o utilidad, sostenida por Bonnecase,
Ripert, Lafaille y Aguiar (2015, p. 66).

Criterios objetivos:

El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho, esta posición es sostenida por Sálenles, Díaz y Salas (Alegría. 2015, p. 67).

En segundo lugar, se ha indicado que el abuso consiste en el ejercicio contrario al fin de su institución, tesis planteada por Porcherot y Josserand (Alegría, 2015, p. 67).

Criterio mixto

Que conjuga las distintas ideas para definir el abuso.

Merece acogimiento la tesis contraria: el abuso de derecho es un factor de atribución objetivo, por cuanto, el requisito de la intencionalidad es irrelevante a efectos de su calificación como tal. El abuso de derecho es un principio general del Derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso de derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la teoría general del Derecho.

En cambio, en el momento patológico, el abuso de derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva). En atención a ello, comparto plenamente la opinión que sostiene que la función de este principio no debe agotarse solamente en la de ser una fuente de obligaciones (como inducirían las tesis subjetivistas señaladas).

Entonces, como hay un sector del abuso de derecho que se asimila perfectamente a un tipo de factor de atribución de la responsabilidad civil, cuesta entender la finalidad práctica de introducir la figura de la ilicitud *sui generis* frente a la ilicitud *tout court*, cuando la normatividad y los principios que se van aplicar, van a ser los mismos, el abuso de derecho no es más que un acto ilícito que se da por el conflicto existente entre un derecho subjetivo y un legítimo interés.

Es importante distinguir dos conceptos que suelen confundirse: igualdad y paridad de tratamiento. En efecto, "mientras la paridad de tratamiento se justifica siempre en base a la lógica de la justicia retributiva y de *lapar candido*,

la igualdad constitucional tiende a realizar la paritaria dignidad social, removiendo los obstáculos que limitan la libertad de los ciudadanos para realizar la justicia social y distributiva. El principio de *Is par conditio creditorum* es una manifestación del principio de paridad de tratamiento, basado en el criterio simétrico del *do ut des*. En otras experiencias jurídicas, como la italiana, la doctrina es sumamente crítica con el uso indiferenciado y absoluto de este principio, llegando a sostener que su aplicación debe ser residual, mientras que la jurisprudencia, admite una serie de excepciones.

C. Pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar maliciosa o innecesaria

Como ya ha sido referido en otros apartados del marco teórico, la medida cautelar como tal significa una actividad riesgosa, puesto que su interposición si bien pretende el aseguramiento de la resolución final en el proceso, debe ser invocada por el demandante siempre y cuando tenga la seguridad de que le corresponde el derecho invocado, en caso contrario, se causaría un perjuicio innecesario al afectado con su interposición y ejecución.

En ese sentido, la mencionada afectación causada cuando la medida cautelar es interpuesta de manera maliciosa o

innecesaria hace indispensable la discusión acerca de las teorías a efectos de determinar el tipo de indemnización correspondiente, o si corresponde o no interponer la misma puesto que, como lo indica Ledesma Narváez:

...hasta el momento no hay una posición uniforme en los criterios judiciales acerca de la responsabilidad objetiva o subjetiva de ésta. Si asumiéramos la primera posición, nos llevaría a sostener que el hecho objetivo de la victoria del demandado sobre el ejecutante de la medida, le permitiría el resarcimiento, pues se partiría de la afirmación que toda afectación cautelar encierra un daño; a diferencia de una posición subjetiva que involucraría las circunstancias que hubieren motivado al ejecutante de la medida para asumir el riesgo de ella. La ausencia de una definición normativa en la responsabilidad del ejecutante hace que dichas imprecisiones generen criterios contrarios en el tratamiento de la responsabilidad civil en torno al demandado vencedor ejecutado con una medida cautelar... (Ledesma Narváez, 2008, P. 7)

A. TESIS OBJETIVA

La tesis objetiva se fija en el mero hecho de la presentación de la solicitud cautelar sin que se cuente con la legitimidad para llevar a cabo tal acción, es decir que se le presta atención a la

actuación del solicitante que puede ser comprobada con la sola corroboración de que ha planteado o interpuesto la medida a pesar de que no reúne los presupuestos o requisitos para llevar a cabo tal actuación (Maurino, 2001, p. 59).

Una opinión parecida presenta Martínez Botos que señala que “...la responsabilidad del peticionante tiene su origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de desestimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautelar o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)...” (Martínez Botos, 1994, p. 142).

Puede observarse que la posición de Martínez Botos presta atención a la sola interposición de la medida cautelar de manera indebida, sin que le corresponda tal potestad a quien interpone, careciendo de importancia si dicha correspondencia depende de cuestiones de fondo o meras cuestiones procedimentales, lo que denota que dicha interposición puede ser llevada a cabo, incluso sin la consciencia de que el derecho no le corresponde al accionante, pues lo que realmente importa es el daño innecesario causado al afectado con la misma.

La discusión, entonces, en este tipo de teorías no se centra en la fundabilidad de la resolución, en la correspondencia del derecho invocado, sino en la sola interposición de la medida y el agravio que ésta causa, de ello se puede concluir que el ámbito de imputación de responsabilidad se amplía considerablemente incluso a los casos de medidas que quedan sin vigencia por cuestiones procedimentales como el desistimiento de la pretensión que de ninguna manera significa que el derecho invocado inicialmente por el demandante no le corresponda.

Desde la perspectiva de la presente investigación dicha teoría resulta excesiva y lleva a la confusión de las propias categorías consignadas en el artículo 621 del Código Procesal Civil, puesto que si se considera hecho generador para la condena a indemnización por la sola interposición que razón de ser tendría la existencia de la contracautela que es meramente resarcitoria.

Por otro lado, dicha posición no hace diferencia entre una medida cautelar maliciosa y una medida cautelar innecesaria y, menos aún, entre éstas y una medida cautelar necesaria e interpuesta de buena fe que posteriormente es archivada por ejercicio del derecho de desistimiento.

Por otro lado, la ilicitud en la interposición no puede ser declarada *a priori* desde el momento de la interposición, sino que hace falta la comprobación de que la materia de fondo no le corresponde al individuo para que sea considerada como tal.

Por ello no comulgamos con la afirmación de que “La responsabilidad de que se trata tiene su origen en la simple circunstancia de que la medida resulte en definitiva haber sido trabada en forma indebida, sea en razón de rechazarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho reclamado por el actor o por motivos atinentes a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)...” (Palacio, 1992, p. 89).

Puesto que la improcedencia de ninguna manera puede comprobar la existencia de la intención de causar el daño y, por tanto, no se configura el elemento subjetivo exigido para la indemnización, convirtiéndola en un mero resarcimiento sin cálculo de daño en términos de responsabilidad civil.

Carece de fundamento la justificación presentada en favor de las teorías objetivas que reza:

...el hecho de recurrir a la jurisdicción a través de del dispositivo procesal de la cautela, implica de por si la asunción de una “responsabilidad de tipo ritual”, latente hasta tanto recaiga pronunciamiento judicial definitivo acerca del derecho que se procura asegurar. Si tal pronunciamiento fuera favorable a quien obtuvo la medida (...) aquella responsabilidad habrá cesado; pero si, en cambio, fuere adverso o bien otras circunstancias demostraron que la cautela fuera injustificada (v.gr. si se desistiera del derecho) deberá efectivizarse “en razón de la inexistencia del derecho cuyo amparo se pretendía y del perjuicio ocasionado (...) No ha de buscarse, pues, el fundamento de esta responsabilidad en la conducta dolosa, culpable o abusiva del titular de la medida sino en la circunstancia de haberla solicitado. (Novellino, 2004, p. 93)

Posición que dista de la regulación misma del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil peruano que considera más de una categoría para sancionar el daño causado al afectado con una medida cautelar cuando el proceso principal ha sido declarado improcedente, infundado o se ha archivado por cualquier causa imputable al demandante.

Así, es posible respaldar la crítica formulada a este tipo de teorías por Carlos Colombo cuando señala que “...califica de injusta la doctrina objetiva por cuanto la disciplina (procesal) no pertenece a las ciencias exactas y el error inculpable es posible; además ha decretado la medida y antes de hacerlo ha debido examinar si, en el caso, concurrían los presupuestos generales de las medidas cautelares y los requisitos en particular, de la que dispone...” (Citado por Novellino, 2004, p. 93)

B. Tesis subjetiva

Las tesis subjetivas, en cambio se centran en la intensión de quién interpuso la medida cautelar maliciosa o innecesaria pues tal conducta “...requiere la invocación y demostración de conducta ilícita de quien la pidió...” (Ramos Romeu, 2006, pp. 240-242).

Dicha teoría comulga con la posición presentada en el anterior acápite del marco teórico referido a que la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria tiene naturaleza de responsabilidad civil extracontractual, pues se fija en los elementos de la misma para emitir sus fundamentos “...exige siempre la concurrencia de dolo, culpa o negligencia para imputar al sujeto de las consecuencias dañosas de la medida cautelar, como también la demostración de un preciso nexo

causal entre ésta y el daño concreto...” (Masciotra, 2005, p. 92).

La presente investigación, entonces, se adhiere a las teorías subjetivas considerando que la indemnización referida en el artículo 621 del Código Procesal Civil tiene naturaleza de responsabilidad civil extracontractual generada en virtud de su interposición maliciosa o innecesaria que, por la regulación procesal civil, podemos concluir que amerita una indemnización o resarcimiento, cuando menos, pero que en la práctica se torna completamente ineficaz por efecto de la indeterminación de su contenido.

En ese sentido, la primera cuestión a responder es si con la interposición de una medida cautelar se causa algún daño al demandado, debido a que es precisamente una acción o inacción del mismo la que se va a disponer mediante la medida cautelar.

Para ello nos detendremos someramente en los tipos de medidas cautelares contempladas por nuestro ordenamiento procesal civil, a fin de determinar el daño que se podría causar con cada una de ellas al demandado.

A. El daño como elemento de la indemnización por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria

Recordemos, en primer lugar, que las medidas cautelares son entendidas como “...aquellas injerencias legítimas de la autoridad en los derechos fundamentales y son instauradas como medios para lograr los fines del proceso...” (Rioja Bermudez, 2015), por lo tanto, suponen por su propio contenido la irrupción o la afectación necesaria y legitimada de los derechos fundamentales del demandado en preeminencia de un bien jurídico que, en ponderación con el primero, resulta más relevante, la consecución de los fines del proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, la satisfacción de la pretensión en un plano material y no solo formal.

Dicha injerencia, implica definitivamente un daño, pero hasta este punto del análisis un daño permitido por el ordenamiento jurídico que se encuentra plenamente justificado.

Sin embargo, dicho daño podría ser antijurídico si es que su invocación corresponde a una actuación maliciosa, en abuso del derecho; sin embargo, dicho análisis será llevado a cabo más adelante.

Es más, si la sola interposición de la medida cautelar trae consigo la vulneración, de un derecho, los efectos de su ejecución agravan dicha vulneración, lo que configura el daño, puesto que este

“...incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión de un interés protegido...”
(Espinoza Espinoza, 2003, p. 178).

Los daños que podrían presentarse son los siguientes:

a) En caso de medidas cautelares que aseguran una futura ejecución forzada

El embargo, es una medida cautelar que busca asegurar la futura ejecución forzada de una sentencia estimatoria relativa a una obligación de dar o hacer, se encuentra regulado en el artículo 642 del Código Procesal Civil en los siguientes términos: “...Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.”

Dicha afectación jurídica puede presentarse en diversas circunstancias, una de ellas, por ejemplo, es el caso del embargo en forma de retención trabado sobre una cuenta bancaria del demandado, en virtud del cual el dinero obrante en la misma será embargado hasta una suma tal que permita cumplir con la obligación adquirida.

La afectación jurídica es totalmente permitida puesto que supone una obligación de parte del demandado e involucra la inamovilidad de los mencionados fondos; sin embargo, dicha imposibilidad de disponer de los mismos, a la vez, causa más daños a tener en cuenta, tales como la imposibilidad de utilizarlo para gastos inmediatos y necesarios, la imposibilidad de realizar nuevas inversiones, entre otras que, si han de ser analizadas en el caso concreto, bien podrían generar un lucro cesante y un daño emergente.

El daño en la responsabilidad civil extracontractual, puede ser patrimonial y extrapatrimonial, el primero “Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada...” (Espinoza Espinoza, 2003, p. 178) y el segundo, “Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” (Fernández Sessarego, 1985, p. 88).

En el caso específico de las medidas cautelares de embargo en forma de retención, la imposibilidad del demandado para disponer de su propio peculio, pueden determinarse tanto la configuración de daños patrimoniales como extrapatrimoniales, pues no solo se trata del dinero del que no pueden disponer o de las oportunidades perdidas por esa situación, sino de los

efectos que esto tiene sobre la integridad psicológica del demandado.

b) En caso de medidas cautelares temporales sobre el fondo

En este tipo de medidas, “El Juez tomando en cuenta la necesidad del solicitante o el fundamento que demuestra la demanda puede adelantar en algún extremo la sentencia o la totalidad de esta.” (Rioja Bermudez, 2015).

Al respecto, el Expediente N° 251-95 del 23 de febrero de 1995 emitido por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señala que: “La medida temporal sobre el fondo consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia en su integridad o sólo en aspectos sustanciales, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta.

Es evidente que no todas las medidas cautelares de este tipo admitirán análisis a título de responsabilidad civil extracontractual, debido a los derechos que se otorgan de manera antelada, como ocurre en los casos tutelares, en los que no es posible hablar de un lucro cesante ni un daño emergente, pero que, sin embargo, podría admitir el daño a la

persona o daño moral. Tal como podría ocurrir en el caso de las medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores, reguladas en el artículo 677 del Código Procesal Civil.

De igual manera ocurre con la asignación anticipada de alimentos regulada en el artículo 675 del Código Procesal Civil, cuya naturaleza difiere del mero contenido patrimonial, sino que importa el cumplimiento de un principio que se encuentra por encima de cualquier derecho de tipo patrimonial, el interés superior del niño, en concordancia con su derecho a la alimentación, vestido y vivienda; por lo que su interposición y concesión no generan obligación resarcitoria ni indemnizatoria.

De igual manera en el caso de las medidas temporales en los procesos de separación de cuerpos y divorcio establecidas en el artículo 485 y 680 del cuerpo normativo en comento, pues en el primer caso, al tratarse de asuntos relativos a la ruptura de la relación y, consecuentemente, de otros ámbitos de la vida familiar, no es posible invocar un daño patrimonial; lo que sí ocurre en el segundo caso, puesto que el referido artículo 680 está referido a la administración de los bienes de la sociedad de gananciales que, de acuerdo a las circunstancias podrían generar daño de tipo patrimonial y Extrapatrimonial.

No puede decirse lo mismo en el caso de las medidas temporales en los procesos sobre administración de bienes, reguladas en el artículo 678 del Código Procesal Civil, puesto que en este caso sí es posible determinar el lucro cesante, el daño emergente, el daño personal y moral cuando los bienes sobre los que recae la medida son susceptibles de ser incluidos en el tráfico económico.

Un aparente problema para imputar responsabilidad civil por daño patrimonial o Extrapatrimonial, se presenta en el caso de la medida temporal en el proceso de desalojo establecida en el artículo 679 del mencionado Código Procesal, puesto que, en el caso de este tipo de medida, se exige como requisitos adicionales que el solicitante acredite que es titular del derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

Por lo que, resulta casi imposible hablar de una actuación maliciosa o abuso de derecho, puesto que los referidos requisitos están referidos tanto al ámbito formal del derecho como al material de fácil constatación por el juzgador, desapareciendo no solo la posibilidad de analizar el factor de atribución, sino además el daño mismo que no se produciría contra nadie debido a que estaría plenamente acreditado que el solicitante cuenta con el derecho de propiedad sobre el bien y que éste último está abandonado, por lo que no existirán

personas afectadas, al menos no materialmente, con la ejecución de la medida cautelar.

Igual circunstancia se presente en el caso de la medida temporal en el proceso de interdicto de recobrar regulada en el artículo 681 del Código Procesal Civil y la posesión provisoria en el proceso de expropiación contenida en el artículo 530 del mismo cuerpo normativo.

c) En caso de medidas cautelares innovativas

La determinación del daño en este tipo de medidas, independientemente del análisis acerca de su eficacia o ineficacia, resulta directamente acreditado, puesto que tienden a "...alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del Juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derechos o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor..." (Jiménez, 2015).

Sin embargo, de acreditarse que dicha actividad no era contraria derechos, es totalmente sustentable que se analice si dicha medida fue innecesaria y maliciosa y, acto seguido, si es que esta situación ha generado daño en el afectado por la

medida cautelar, lo cual sería el inicio para analizar la existencia de responsabilidad civil extracontractual.

Es por ello que este tipo de medidas innovativas son de carácter excepcional pues, si bien no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables –como ocurre en el embargo, por ejemplo-, ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la *litis*, ella va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (Peyrano, 1981, p. 22).

La indicada mayor excepcionalidad de las medidas innovativas, también ha merecido reconocimiento jurisdiccional. Así, en una ejecutoria de fecha 02 de noviembre de 1998, se indicó que:

La medida cautelar innovativa resulta ser más excepcional que la prohibición de innovar, por que adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor.

La ejecutoria, como se puede ver, en realidad confundió los efectos de la medida innovativa con el efecto coincidente una medida temporal sobre el fondo.

En cuanto a la excepcionalidad de las medidas innovativas, dicha apreciación se debe a su posterior aparición y a resultar contrarias al contenido conservativo previsto originalmente para las medidas cautelares. Sin embargo, en la medida que la solicitud cautelar cumpla con los requisitos previstos por la teoría cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse (Monroy Palacios, 2002, pp. 217-218).

Es precisamente dicha excepcionalidad la que permite avistar la afectación que puede causar dicha injerencia judicial sobre la esfera de la libertad del individuo para disponer como se le antoje de su patrimonio; es evidente que dicha imposibilidad también involucra una afectación patrimonial. Por ejemplo, en los casos en los que se impide disponer de un bien de cuya contraprestación el demandado se iba a servir para cumplir con otras obligaciones que le generan intereses compensatorios y moratorios, entre otros supuestos que bien pueden ser

analizados a nivel de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño personal.

d) En caso de medidas cautelares de no innovar

Lo anterior también es válido para las medidas de no innovar, cuya equivalente o menor excepcionalidad también resulta irrelevante frente a una concreta demanda de tutela cautelar.

Si bien la medida cautelar comentada anteriormente se presenta ante la efectiva violación de un derecho, la medida cautelar de no innovar, en cambio, se presenta ante una posible amenaza del derecho, por cuanto lo importante es interrumpir el decurso fáctico amenazante, es decir, evitar que la amenaza a un derecho constitucional se convierta en una violación a éste último.

Sin embargo, de presentarse nuevamente una invocación del derecho cuando éste no existía y por lo tanto la medida cautelar no se hace necesaria y se convierte en maliciosa, podemos decir que nos encontramos habilitados a analizar el caso a instancias de responsabilidad civil.

Recuérdese que la amenaza sólo es relevante tratándose de aquella cuya conversión en violación sea inminente. Sólo en el caso que la pretensión principal reciba un reconocimiento

favorable de parte del órgano jurisdiccional, se dispondrá la reposición de los hechos hasta el momento anterior a la amenaza.

Pero el reconocimiento favorable por el poder judicial no involucra de ninguna manera que no se haya causado un daño al afectado con la medida cautelar, sino que dicho daño es legítimo por causa de intereses superiores, tampoco es posible argumentar una ruptura de nexo causal por parte del solicitante, puesto que el reconocimiento del juez estriba en los tres requisitos legales: apariencia del derecho, peligro en la demora y contracautela; el conocimiento de la veracidad de la afirmación únicamente la conoce el solicitante y él es el único responsable de hacer caer en error al aparato jurisdiccional.

La expresión “suspensión del acto” configura una medida cautelar de no innovar; sin embargo (a partir de algunos fallos judiciales expedidos entre los años 1987 y 1990) también es posible incluir medidas innovativas, siempre que –según dicho autor-, se considere su naturaleza excepcional y se apliquen estrictamente los presupuestos exigidos para su despacho (Abad Yupanqui, 1991, p. 406).

Podemos concluir, entonces que efectivamente se causa daño legítimo cuando se ejecuta una medida cautelar y que, dicho

daño pierde legitimidad cuando es ejercido abusando del derecho y de mala fe.

B. La antijuricidad como elemento de la indemnización por interposición maliciosa o innecesaria de la medida cautelar

Para definir a la antijuricidad, teniendo en cuenta la sencilla pero valiosa referencia de Taboada, es preciso mirar hacia el ordenamiento jurídico no como un conglomerado de normas, sino como un cúmulo sistematizado de normas, positivadas o no; dicha concepción nos habilita a definir a la antijuricidad como el producto de una actuación que contraviene una regulación jurídica, pero también como aquel comportamiento que lesiona cualquier norma jurídica, se encuentre esta positivada o no (Taboada Córdova, 2003).

En ese sentido, las conductas que pueden causar daños y dan lugar al análisis a título de responsabilidad civil son: Las conductas típicas que se encuentran reguladas en abstracto en supuestos de hecho normativo; es decir que la conducta contraviene una norma. Las conductas atípicas, que son aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico, contravienen valores y principios.

Ambas posibilidades constituyen la llamada antijuricidad genérica que es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que genera la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante: un comportamiento no amparado en el derecho, por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

En el caso de la medida cautelar interpuesta con abuso de derecho o de mala fe, se están vulnerando derechos y principios establecidos taxativamente en el ordenamiento procesal civil, claro está que no para el caso específico de las medidas cautelares, pero sí para efectos del proceso mismo.

Respecto de la mala fe en el proceso, tenemos al artículo 46 que establece la multa para quienes comprobadamente han procedido de mala fe, los artículos 110 y 111 que regulan la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados para intervenir en un proceso; regulación que establece la responsabilidad para responder por los perjuicios que causen en sus actuaciones temerarias o de mala fe, pero restringe dicha responsabilidad al pago de las costas y a una multa procesal; sin embargo, en el caso de la medida cautelar, dicha concepción se amplía hacia una obligación de indemnizar, debido a que los daños

ocasionados, como se refirió en el acápite anterior, no son únicamente de carácter público, sino y sobretodo, de carácter privado.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.8. Delimitación doctrinaria del ejercicio regular del derecho

El ejercicio regular de una derecho importa el deber de no dañar, principio del “*neminem laedere*”¹¹, que ha cobrado tanta importancia en el tiempo como regla de comportamiento a tener en cuenta cada vez que se ejerce un derecho subjetivo en correspondencia con los alcances de su protección objetiva, motivo por el cual la violación de dicha regla debe ser sancionada por el propio ordenamiento jurídico, ya sea este penal, civil, laboral etc.; la misma regla fue utilizada inicialmente solo para diferenciar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, cuyo fundamento radicaba en el *alterum non laedere*¹², de allí que quedó definido como la “síntesis de los específicos deberes impuestos por otras normas” (Franzoni , 2009, p. 19).

Anteriormente se mencionó que la conducta, realizada por un sujeto, que trasgrede al ordenamiento jurídico devendría en antijurídico; y, por lo tanto, ese actuar traería como consecuencia la responsabilidad civil de su actor. Sin embargo, el ordenamiento jurídico exceptúa algunas conductas que permiten dañar los derechos de otras personas, con lo cual, se escapa de la responsabilidad civil.

¹¹ Es un principio tradicional del Derecho Civil el que ya en el Derecho Romano se enunciaba como *neminem laedere*: no debe causarse daño a nadie. En el Corpus Iuris Civilis de Justiniano - la obra que culmina y recopila el Derecho Romano clásico- las Instituta comienzan señalando los tres pilares de todo el derecho privado: *honeste vivere* (vivir honestamente), *sum cuoque tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *neminem laedere* (no causar daño a nadie) (Carrillo Vinader, 2006).

¹² Principio que impone también el deber de no ofender o perjudicar a otro, se diferencia del *neminem laedere* en su carácter específico, el primero denota un deber de comportamiento en general, el segundo una obligación de no afectar en un caso específico.

En ese sentido, Pazos, comentando el artículo 1971 del Código Civil dice que “(...) si hacemos referencia a hechos antijurídicos, deberemos, por contraposición también hacer referencia a hechos no antijurídicos; en otras palabras, supuestos que escapan del ámbito de la responsabilidad civil por lo que, en principio, excluyen la posibilidad de otorgar una indemnización (...)” (Pazos Hayashida, 2005, p. 137).

Es precisamente el artículo 1971 del Código Civil el que regula como excepción para el juicio de responsabilidad civil, el ejercicio regular de un derecho, pues, debe entenderse que únicamente habrá incursión del poder coercitivo del Estado en aquellos casos en los que el ejercicio de un derecho subjetivo haya sobrepasado los límites del derecho subjetivo de alguien más, de no presentarse esta circunstancia tampoco existirá posibilidad de sanción alguna.

Como se aprecia, no todas las conductas que causan algún daño son antijurídicas, sino que su realización está permitida. Esto, como menciona Ghersi (Ghersi, 1997, p. 89), se debe a que existe un bien superior que se sobrepone y que torna aceptable que se cause daño a un tercero, dicho bien superior es el orden público. Solo es posible vulnerar el derecho subjetivo de alguien más en los casos en los que tal derecho subjetivo se encuentre en contraposición a valores superiores tendientes a mantener el orden público, el bienestar general.

Dentro de dicha concepción podemos argumentar que es perfectamente posible hacer uso del derecho de demandar, en el marco

del derecho de petición, con la finalidad del proteger un bien jurídico, es posible que producto de este ejercicio se terminen afectando algunos derechos del demandado.

Todas las excepciones a la responsabilidad civil extracontractual se encuentran reguladas en el artículo 1971 del Código Civil¹³. Entre aquellas se encuentra el supuesto de que se ejerza regularmente un derecho en el primer inciso del artículo señalado, téngase en cuenta que el ejercicio regular del derecho supone dos extremos relevantes: 1) el primero es la existencia de una regulación que reconoce o crea determinado derecho objetivo y, 2) dicho derecho objetivo genera la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo como correlato del primero.

De la norma citada, se infiere que el que causa daño a un tercero haciendo uso de un derecho, siempre y cuando se use regularmente, está exento de responsabilidad. Según Espinoza Espinoza “...este supuesto tiene su antecedente histórico en la antigua fórmula romana ‘*qui suo iure utitur neminem laedit*’. Así, ‘el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por consiguiente, ninguna responsabilidad le incumbe por los quebrantos que pueda causar” (2011, p. 133).

¹³ Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1.- En el ejercicio regular de un derecho.

2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

Como se ve, esta institución ya era regulada por los romanos con el aforismo que menciona el autor citado. Respecto a este aforismo, Barbería, en su diccionario de latín jurídico, refiere que este latinismo significa “No hiere a nadie quien hace uso de su derecho” (2006, p. 183); quien hace uso de su derecho, lo que implica que la posibilidad de utilizar determinado derecho requiere de la preexistencia de éste de manera formal dentro del ordenamiento jurídico, cuando se trata de un derecho distinto a los derechos fundamentales, y en el caso de estos, la posibilidad de su reconocimiento; otra circunstancia derivada de la primera es que, existiendo un derecho objetivo, el ejercicio del derecho subjetivo únicamente involucra la utilización debida del primero, dentro de los límites que lo contienen y sin afectar el resto del ordenamiento jurídico; en consecuencia, no es posible ejercer un derecho que no ha sido reconocido o que no corresponde ejercerlo en determinada circunstancia o que, existiendo en el ordenamiento jurídico, no le corresponde a quién pretende utilizarlo, porque de lo contrario se estaría actuando irregularmente.

Es en el momento de ejercer un derecho, cuando se pone en práctica estas atribuciones, esto es “...al hacer ejercicio regular de un derecho, que, en algunos casos, se pueden generar daños en la esfera jurídica de un tercero siendo, incluso, que esos daños pueden ser consecuencia natural del referido ejercicio” (De Ángel Yagüez, 1988, p. 126).

Hablando del derecho de denunciar, contenido en el derecho de petición, todo ciudadano tiene esa posibilidad siempre y cuando en la realidad se haya configurado los supuestos legalmente establecidos para tal ejercicio y, una vez configurado, existe la posibilidad de dañar los derechos del denunciado, pero con habilitación legal.

2.2.9. Acerca de la ineficacia del artículo 621 del código procesal civil

Si bien con las garantías de ley escrita, ley previa, ley cierta y ley estricta, se pretende proteger la libertad de las personas al normar taxativamente la posibilidad de solicitar la ejecución de la indemnización ante la interposición maliciosa o innecesaria de una medida cautelar comprobada cuando se declara infundada la demanda, su eficacia es muy poca, es decir que no basta con la mera regulación de una norma jurídica, sino que la aplicación del derecho debe estar orientada a su cumplimiento en un plano real, tal y como lo plantea la doctrina del constitucionalismo, pues, a pesar de contar con principios fundamentales que son desarrollados en normas de carácter legal e infralegal, este sistema positivizado no sirve de nada si no es aplicado por el órgano jurisdiccional.

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

Siguiendo con nuestro estudio además de la influencia del paradigma dworkiniano, otro factor que ha apuntalado la crisis del Derecho visto desde el positivismo jurídico es el ataque frontal de un sector doctrinal conformado por grandes juristas de nuestros tiempos (como Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, entre otros). Ahora se concibe que las asunciones básicas del positivismo quedan desfasadas frente a las exigencias y estructura del Estado constitucional y democrático imperante.

La idea contemporánea de Estado de Derecho surge en el siglo XIX relacionada fundamentalmente a consideraciones formales más que materiales, cuyos requisitos de identificación son la legalidad de la administración, la subordinación de ley solo a la ley, los derechos ciudadanos y la independencia judicial para aplicar la ley y solo ley (el endiosamiento de la ley en el Estado liberal).

Empero en un Estado así concebido y en efecto con miras a concretizarse hoy por hoy, la sujeción a las formas de la legalidad no basta pues ella puede alojar contenidos incluso contrarios y depredadores de derechos y principios fundamentales, como sucedió en la Alemania nazi; es decir, la concepción de que el derecho nace y se agota en la redacción de un catálogo de normas positivizadas es totalmente ineficiente y lesiva de derechos fundamentales, tal y como ocurre en el caso específico en el que la sola regulación de la

indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria en el sistema sustantivo no asegura su plena aplicación, sino que hace falta un desarrollo normativo procesal detallado que la haga eficaz y la colaboración de los operadores jurídicos con tal finalidad.

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

A esto nos referíamos al expresar que el principio de legalidad resulta poca o nula garantía para la libertad, el fundamento de los derechos fundamentales debe ser más sólido que el conferido por la ley estatal (Zagrebelsky, 1995, p. 65), sus bases sólidas e indisponibles deben situarse por encima de cualquier cuerpo normativo e incluso del principio democrático, pues como quedó demostrado en la historia, hasta las mayorías pueden ser violadoras de derechos y dignidad humanas, como aconteció con los alemanes que votaron por elevar al poder a los nazis. “[E]l Derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, “natural” y no

controvertido, del que nadie pudiera separarse” (Zagrebelky, 1995, p. 68).

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

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

Ahora bien, la crisis reconocida del positivismo jurídico está ciertamente ligada, con la decadencia de lo que encumbraban con fuente jurídica hegemónica, la ley. El centralismo monopólico que dentro del ordenamiento jurídico había apartado para sí la ley ahora se ve mermado por el traspaso de competencias legislativas tanto en orientación ascendente como descendente, esto la creación de instituciones supranacionales y la sustitución de leyes parlamentarias por disposiciones reglamentarias y administrativas.

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

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

Como podemos observar, la tendencia es hacia el descarte de la distancia y la casualidad de la relación atribuida por el positivismo al Derecho y la moral. La veneración que en su momento se le dio a la ley

ahora es tributada hacia la norma suprema reconocedora de principios, valores y derechos fundamentales, así entonces, “si la Constitución incorpora definitivamente valores éticos indiscutibles, ¿cómo regatearle nuestra obediencia?” (Prieto Sanchís, 1997), este cuestionamiento surge sobre todo frente a lo relacionado con nuestra investigación, cuando los artículos 620 y 621 del Código Procesal Civil prescriben la posibilidad de sancionar la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria, estos son el mecanismo procesal-constitucional de la tutela de derechos, pues si el objeto de protección es amplio como amplio es el reconocimiento de derechos dentro de la Constitución (que incluso cuenta con una cláusula abierta, en su artículo 3º, de posterior reconocimiento a futuros derechos), el fin protector de la figura bajo estudio no debe ser vedado injustificadamente (aunque razones de coyuntura, como la sobrecarga procesal entren al debate), sino que debe corresponderse con una visión de universalidad y supremacía de los derechos fundamentales, ya que ellos no solo vienen constituidos por los que la normas e incluso la Constitución recojan sino que su presencia y trascendencia está vinculada con la concepción actual de que su vigencia es anterior a la del mismo Estado. La tutela jurisdiccional efectiva, entonces, se encuentra en juego cuando no se asegura la eficacia de la contracautela, cuando no se sanciona la interposición maliciosa o innecesaria de un a medida cautelar y, sobretodo, cuando no se resarce el daño causado al afectado por la medida cautelar.

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

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

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

El tema de los principios en este aspecto, en definitiva, contribuye a un debate mayor frente a los recordados “casos difíciles”, proyectando más complicada su resolución. Empero, por otra parte, en relación a la discreción del juez en caso de vacíos o lagunas legales, tal atribución se ve entredicha, pues el operador no puede justificar su actuar “innovador” (y a veces arbitrario) en lo incompleto del Derecho ya que los principios y valores constitucionales, debido a su fuerza directa de influencia, son en potencia aplicables a toda situación que en la realidad pueda darse, volviendo más fácil la resolución de los “casos difíciles”.

La norma jurídica admite las siguientes categorías: validez, vigencia, eficacia y legitimidad (Prieto Valdés, 2001), cada una de estas denota un momento entre su creación y existencia, tanto desde el punto de vista formal como material, asimismo, revisten importancia para efectos del nacimiento del derecho objetivo y la protección de los derechos subjetivos.

La validez es la primera categoría a analizar, puesto que se trata de “...la cualidad o *status* de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un orden jurídico...” (Delgado Pinto, 1990, p. 102), es decir, que solo aquellas normas para cuya formulación se hayan utilizado correctamente los procedimientos prescritos para el ejercicio de la facultad normativa gozan de validez; en consecuencia, la validez normativa es entendida en el contexto de la producción normativa llevada a cabo por los órganos competentes y

siguiendo los procedimientos establecidos para ello, el primer momento en la sucesión que implica su existencia.

El segundo momento en la existencia normativa es la vigencia, “...como sinónimo de existencia. «Norma vigente» significa «norma existente» (...) se entiende una norma que existe actualmente como tal en una sociedad determinada...” (Delgado Pinto, 1990, p. 101), como ocurre en el caso de nuestro ordenamiento jurídico en el que una norma cobra vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial y dura en tanto no haya sido derogada; sin embargo, tanto en el caso de la validez como la vigencia normativa, estamos referidos únicamente al derecho objetivo, visto desde el plano formal, una norma puede ser válida y vigente y, sin embargo, nunca aplicada por los operadores jurídicos y, por tanto, según indica Trazegnies Granda (1995) jamás sería verdadero derecho.

El Derecho, según indica, se hace a partir de la aplicación de las normas en la realidad, es decir, al llevarse a cabo los casos concretos; ampliando, al ser utilizado por cualquier operador jurídico, forme o no parte de los organismos de gobierno; ello debe ser entendido como eficacia:

La idea central de la eficacia de las normas jurídicas reside en que las normas son eficaces solo si existe una determinada relación de correspondencia **R** entre las normas

y las acciones humanas. Una vez que identificamos adecuadamente una norma **N** y una acción **A**, la eficacia de **N** puede determinarse mediante la verificación de la relación de correspondencia **R** entre **N** y **A** (Navarro & Moreso, 1996, p. 120)

Con lo dicho, una norma puede ser válida porque el procedimiento para su creación ha sido el correcto, puede cobrar vigencia desde su publicación, pero si no guarda relación de correspondencia con los hechos, nunca será eficaz y, consecuentemente, no pasará del plano formal, sería mero derroche de tinta sobre el papel.

2.3. HIPÓTESIS

Los criterios que determinan la inaplicación de la indemnización por daños y perjuicios regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil en los expedientes tramitados ante el Segundo y Tercer Juzgados Civiles de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, son:

- a. Insuficiencia normativa en la redacción del artículo 621 del Código Procesal Civil respecto de la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo.
- b. El desconocimiento de parte de los operadores jurídicos externos, llámese solicitantes y abogados respecto de la naturaleza de la indemnización por medida cautelas maliciosa o innecesaria y los procedimientos a seguir para solicitarla.

- c. La falta de acuerdo en los criterios judiciales acerca de la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo.

CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA

3.1. VARIABLES

- a) Medida cautelar maliciosa o innecesaria.
- b) Indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria

3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

CATEGORÍA	DEFINICIÓN	DIMENSIÓN	INDICADOR
Medida cautelar maliciosa o innecesaria.	Presentación de una medida cautelar a sabiendas de que el derecho no corresponde, motivo por el que es declarada infundada la demanda.	Presentación de demanda y medida cautelar	Número de demandas y solicitudes de medida cautelar presentadas.
		Emisión de Sentencia declarando infundada la demanda.	Número de Sentencias en procesos con interposición de medida cautelar que declaran infundada la demanda.
Indemnización por presentación de medida cautelar maliciosa o innecesaria	Consecuencia de la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria en la que se analizan los	Presentación de solicitud de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria	Número de solicitudes presentadas y solicitudes atendidas.

elementos de la responsabilidad civil.	Omisión de solicitud por parte del afectado.	Número de casos en los que se presente la omisión.
	Abandono del proceso cautelar.	Número de casos en los que se propició el abandono.
	Indebida fundamentación de la solicitud.	Número de casos en los que no se fundamentó la solicitud debidamente.
	Inexistencia de condenas por indemnización de los daños y perjuicios	Número de casos en los que se presentó la solicitud pero no existieron condenas.
	Variedad de apreciaciones de los jueces	Número de casos en los que se presenta diversidad de criterios judiciales.
	Desconocimiento de las partes y la falta de orientación de parte de los abogados	Número de casos en los que se presenta desconocimiento y falta de orientación de la parte.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. No experimental

Debido a la ausencia de manipulación sobre las variables de investigación en un determinado tiempo y lugar, como es el caso de la investigación experimental.

3.3.2. ExPostFacto

Puesto que se centra en la revisión de los hechos ocurridos en el contexto de un proceso judicial principal en el que se ha planteado una medida cautelar de manera maliciosa o innecesaria y ha sido sujeto de petición de indemnización por tal actuación; dichos hechos han sido registrados en un expediente judicial, el mismo que será analizado a fin de determinar las actuaciones de los justiciables tras haber obtenido demanda infundada, concretamente, la actuación del demandado afectado por la medida cautelar que fue interpuesta de forma maliciosa o innecesaria; asimismo, tras haber realizado la mencionada disertación, las hipótesis son contrastadas según los resultados obtenidos de la observación documental antes detallada. De forma tal que podamos entender la relación de causalidad existente entre nuestras variables.

3.3.3. Transversal

La investigación comprende un único momento en el tiempo en el que se han estudiado las variables, el correspondiente a la legislación vigente y la doctrina que se desarrolla al respecto. Asimismo, el nivel o alcance de la presente investigación transversal es causal debido a que se busca establecer los criterios de la ineficacia del artículo 621 antes mencionado, en el periodo comprendido entre los años 2015 y 2016.

Diseño Transversal - causal:

X → Y

Dónde:

X: Causas

O: Ineficacia de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil.

3.4. UNIDAD DE ANÁLISIS

Expedientes jurisdiccionales del segundo y tercer juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias, desde el año 2015 al 2016.¹⁴

¹⁴ Se aclara que los 14 expedientes identificados han sido seleccionados del total debido a que cumplen con los requisitos para el análisis de la interposición de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, habida cuenta que la presente investigación busca analizar las causas de este fenómeno y no el cuantum.

Los operadores jurisdiccionales inmersos en la tramitación de los procesos civiles, es decir, jueces y abogados.

3.5. POBLACIÓN

Dieciséis expedientes jurisdiccionales del segundo y tercer juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias, desde el año 2015 al 2016.¹⁵

En segundo lugar, los operadores jurisdiccionales inmersos en la tramitación de los procesos civiles, es decir, jueces y abogados.

3.6. MUESTRA

Dieciséis expedientes jurisdiccionales del segundo y tercer juzgado civil de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias, desde el año 2015 al 2016; que son los únicos identificados en la búsqueda preliminar realizada en dichos juzgados.

Los operadores jurisdiccionales inmersos en la tramitación de los procesos civiles, es decir, jueces y abogados.

¹⁵ Se aclara que los 14 expedientes identificados han sido seleccionados del total debido a que cumplen con los requisitos para el análisis de la interposición de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, habida cuenta que la presente investigación busca analizar las causas de este fenómeno y no el quantum.

3.7. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.7.1. Técnica de Observación de contenido

Debido a que el estudio será no experimental, la única técnica de recolección de datos utilizada ha sido la observación de documentos que contienen la doctrina respecto a la indemnización, así como los expedientes seleccionados en los que se presentan las condiciones para plantear la indemnización por interposición de medidas cautelares maliciosas o innecesarias; que han sido mencionados en el marco teórico y el marco metodológico.

3.7.2. Recopilación

Esta técnica se ha utilizado a fin de reunir todos los elementos referentes al conocimiento de los procedimientos llevados a cabo por las partes en el proceso y los operadores jurisdiccionales, dentro de los 14 expedientes seleccionados en los juzgados civiles del Distrito Judicial de Cajamarca.

La recopilación de información pasa por la utilización de hojas guía en las que se registran los datos obtenidos de la revisión de las demandas incoadas en el proceso principal, las solicitudes cautelares, la sentencia final y las peticiones de indemnización ocurridas en los 14 expedientes recabados.

3.7.3. Entrevistas

Que serán aplicadas a los operadores jurisdiccionales que se han visto inmersos en la tramitación de procesos civiles y cuenten con experiencias respecto de la interposición de medidas cautelares maliciosas o innecesarias y la consecuencia de ello. Esto a fin de reforzar el estudio de los expedientes judiciales a analizar, así como a fin de entender los criterios de actuación de los mencionados.

3.7.4. Ficha de observación de la realidad

Será utilizada para registrar los datos obtenidos con las técnicas de observación de contenido y recopilación y se anexa al presente documento.

3.7.5. Cuestionario abierto

A ser utilizado en la aplicación de las entrevistas anteriormente detalladas, las preguntas serán abiertas debido a que se busca obtener apreciaciones y criterios respecto de la aplicación normativa detallada.

3.7.6. Procedimiento

Dado que la investigación es de carácter cualitativa, en un primer momento se realizará un análisis de la legislación procesal respecto a la indemnización regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil, y, en la segunda etapa, realizaremos un disertación teórica-

doctrinaria respecto a las actuaciones tomadas en el contexto de un proceso judicial con demanda declarada infundada, lo que habilita a interponer la mencionada indemnización, en contraste con las investigaciones y propuestas previas.

Esta investigación debe desarrollarse de acuerdo a un diseño causal (Hernández Sampieri, 2015) que persiga entender el problema de investigación y las posibilidades de aportar soluciones a cada una de las instancias que lo conforman.

En cuanto a los datos cualitativos se realizará la descripción, clasificación e interpretación de los mismos de tal manera se ha logrado contextualizarlos, categorizarlos y compararlos; asimismo, de las lecturas y apuntes se han elaborado reflexiones que han desembocado en la discusión de los resultados.

3.8. MÉTODOS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS

DE DATOS

Los métodos utilizados para interpretar son los siguientes:

3.8.1. Análisis documental

Luego de obtenidos los datos detallados en el punto anterior, estos serán estudiados, se han distinguido los elementos relevantes de cada expediente (demanda, solicitud de medida cautelar, sentencia,

petición de indemnización), estos han sido estudiados de manera ordenada y por separado a fin de obtener abstracciones individuales que luego han sido engranadas en un único resultado.

3.8.2. Análisis exegetico

La exégesis consiste pues, en la lectura comentada de los textos relacionados con el asunto que se estudia; requiere obras o compendios que contengan pasajes significativos, relacionados con el asunto en estudio. En el presente trabajo ha sido utilizada para llevar a cabo el análisis del texto de la norma y las resoluciones judiciales referentes al momento de la ejecución del embargo en forma de retención.

3.8.3. Análisis Dogmático

La investigación busca atenerse en los principios teóricos y doctrinales que existen respecto al fundamento de la indemnización por interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria. En ese sentido, es menester primero llevar a cabo un estudio de la Teoría de la Medida Cautelar, de manera que entendamos los fundamentos teóricos que posibilitan la interposición de la misma; luego los efectos de que ésta haya sido presentada de manera maliciosa o innecesaria y, finalmente su relación con la indemnización.

CAPÍTULO 4: RESULTADOS

4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. SEÑALAMIENTO O SELECCIÓN DE UNIDADES DE ANÁLISIS

i. Expedientes jurisdiccionales pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias de los juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca

La unidad de análisis proyectada para la parte empírica de la presente tesis se encontraba referida a los expedientes jurisdiccionales pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias de los juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca, que en la actualidad son tres, primero, segundo y tercer juzgados civiles.

La recolección de la información se ha llevado a cabo en cada juzgado en los que se nos ha autorizado, revisando en primer lugar los legajos de sentencias que declaran infundadas las pretensiones que generalmente son vinculadas a una medida cautelar, luego se ha contrastado con el legajo de medidas cautelares con la finalidad de corroborar su interposición; una vez llevado a cabo dicho ejercicio, se ha procedido a revisar las incidencias de cada uno de los procesos en el sistema del Poder Judicial, asimismo, se han descargado las resoluciones emitidas en el mismo, tales como la admisión de la

demanda, la admisión de la medida cautelar, la sentencia que declara infundada, la resolución que archiva la medida cautelar, y se ha corroborado la existencia de peticiones de condena por indemnización por interposición de medida cautela maliciosa o innecesaria.

Cabe mencionar que en el proyecto de investigación se consignó la revisión únicamente de los expedientes que estaban directamente relacionados a la solicitud de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria; sin embargo, debido a que, de la revisión de legajos desde el año 2015, no fue posible ubicar este tipo de solicitudes, decidimos llevar acabo la revisión de todos los expedientes relacionados a las solicitudes cautelares cuya demanda haya sido declarada improcedente o infundada, puesto que se trata de aquellos que dan origen a las solicitudes de indemnización mencionadas.

4.1.2. POBLACIÓN OBJETIVO Y ACCESIBLE

Una de las dificultades con la que nos hemos encontrado en la aplicación de la tesis es que no se ha contado con la autorización correspondiente para revisar los legajos del primer juzgado civil, motivo por el cual la población objetivo proyectada se diferencia de la población accesible que se encuentra constituida por los expedientes jurisdiccionales del segundo y tercer juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias.

4.1.3. MUESTRA

Dada la poca frecuencia con la que se presentan las situaciones de solicitud de medida cautelar maliciosa o innecesaria, se ha determinado como muestra el 100% de los expedientes identificados para llevar a cabo el análisis cualitativo. Es decir que la muestra se encuentra compuesta por los expedientes jurisdiccionales del segundo y tercer juzgados civiles de la sede del Distrito Judicial de Cajamarca pasibles de indemnización por medidas cautelares maliciosas o innecesarias desde el año 2015 al año 2016; es decir, aquellos en los que la demanda ha sido declarada improcedente o infundada; con la aclaración de que no existe el consenso en doctrina o jurisprudencia, tal y como ha sido señalado en el marco de referencia, acerca de las causales específicas de la indemnización, en algunos casos se señala que la improcedencia no genera derecho a indemnización puesto que la resolución resuelve un asunto de forma y este no acredita la mala fe en la actuación del demandante; sin embargo, existen posiciones que señalan que dicha situación se determinará del análisis de los hechos en cada caso concreto. Por tanto, a efectos de contar con un mayor rango de actuación, se ha decidido revisar los expedientes que cumplen con ambas categorías.

4.1.4. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y RACIONAL DE LA ESTRATÉGIA

METODOLÓGICA

Que ha llevado a cabo según la secuencia de actos programada respecto al recojo de datos y la interpretación de los mismos.

Los datos se han recogido de los expedientes antes mencionados, han sido procesados mediante la utilización del SPSS y, posteriormente interpretados mediante la utilización de los métodos señalados en el proyecto.

i. Recolección y ubicación de los expedientes jurisdiccionales

La recolección y ubicación de expedientes jurisdiccionales tomados como muestra, por el periodo señalado, se ha llevado a cabo en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, con la anuencia de la Presidencia de la Corte Superior y de los jueces del segundo y tercer juzgado civil, de los archivos materiales que en éstos obran.

PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN Y UBICACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES A TRAVÉS DE LOS LIBROS DE REGISTRO

A. Legajos judiciales

El primer paso para llevar a cabo la recolección y ubicación de los expedientes judiciales fue la búsqueda en los legajos en los que obran las sentencias, asimismo, en los legajos en los que obran las medidas cautelares; en cuanto a las sentencias judiciales se identificaron los expedientes que contaban con resolución que declara infundada o improcedente la demanda, en cuanto a las medidas cautelares la intención era encontrar su par a efectos de identificar si se ha solicitado o no una indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria. Los datos recabados se resumen en el siguiente cuadro:

Tabla 1: Expedientes revisados en el Segundo Juzgado Civil

N°	N° EXPEDIENTE	CAUTELAR	MATERIA	ESTADO
EXPEDIENTES EN LOS QUE SE HAN EMITIDO MEDIDAS CAUTELARES EN EL AÑO 2015				
1.	00943-2015-0-0601-JR-CI-02	00943-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de Trámite.
2.	01092-2015-0-0601-JR-CI-02	01092-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de Trámite
3.	00841-2015-0-0601-JR-CI-02	00841-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de Trámite
4.	00808-2015-0-0601-JR-CI-02	00808-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.

5.	00900-2015-0-0601-JR-CI-02	00900-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de Archivo de definitivo Abandono
6.	00547-2015-0-0601-JR-CI-02	00547-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.
7.	00842-2015-0-0601-JR-CI-02	00842-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.
8.	00831-2015-0-0601-JR-CI-02	00831-2015-1-0601-JR-CI-02	Ejecución de laudos arbitrales	de En trámite
9.	00843-2015-0-0601-JR-CI-02	00843-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.
10.	00784-2015-0-0601-JR-CI-02	00784-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En trámite
11.	00645-2015-0-0601-JR-CI-02	00645-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.
12.	00683-2015-0-0601-JR-CI-02	00683-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En ejecución Fundado.
13.	00736-2015-0-0601-JR-CI-02	00736-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En trámite.
14.	00737-2015-0-0601-JR-CI-02	00737-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En abandono Cautelar archivado.
15.	00346-2015-0-0601-JR-CI-02	00346-2015-1-0601-JR-CI-02	Ineficacia de acto jurídico	de En apelación Improcedente la demanda.

					Cautelar fundada
16.	00751-2015-0-0601- JR-CI-02	00751-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En Ejecución Fundado
17.	00718-2015-0-0601- JR-CI-02	00718-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Trámite Cautelar admitida
18.	00700-2015-0-0601- JR-CI-02	00700-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución Fundado
19.	00525-2015-0-0601- JR-CI-02	00525-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución Fundado
20.	00449-2012-0-0601- JR-CI-02	00449-2012-1-0601- JR-CI-02	Sucesión intestada		Con sentencia casada Cautelar Ejecutada
21.	00047-2015-0-0601- JR-CI-02	00047-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución – fundada Cautelar en ejecución
22.	00326-2015-0-0601- JR-CI-02	00326-2015-1-0601- JR-CI-02	Indemnización		En trámite Cautelar admitida
23.	00560-2015-0-0601- JR-CI-02	00560-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite Cautelar admitida
24.	00555-2015-0-0601- JR-CI-02	00555-2015-1-0601- JR-CI-02	Reivindicación		Infundada la medida cautelar.
25.	00643-2015-0-0601- JR-CI-02	00643-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Con Sentencia apelada

					Medida cautelar fundada en parte.
26.	00423-2015-0-0601- JR-CI-02	00423-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución Fundada Cautelar ejecutada
27.	00557-2015-0-0601- JR-CI-02	00557-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Sentencia fundada en apelación. Cautelar ejecutada.
28.	00505-2015-0-0601- JR-CI-02	00505-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En Trámite Cautelar en trámite
29.	00640-2015-0-0601- JR-CI-02	00640-2015-1-0601- JR-CI-02	Indemnización		Cautelar Fuera del proceso, declarada improcedente.
30.	00252-2015-0-0601- JR-CI-02	00252-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite Cautelar en trámite
31.	00611-2015-0-0601- JR-CI-02	00611-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Cautelar fuera del proceso en trámite
32.	00624-2015-0-0601- JR-CI-02	00624-2015-3-0601- JR-CI-02	Nulidad de Acto Jurídico		Archivo definitivo Cautelar archivado

33.	00500-2015-0-0601- JR-CI-02	00500-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Archivado por acuerdo conciliatorio. Cautelar archivada
34.	00438-2015-0-0601- JR-CI-02	00438-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción de cumplimiento	de	Demanda fundada y consentida Medida cautelar improcedente – desistimiento de apelación.
35.	00989-2013-0-0601- JR-CI-02	00989-2013-1-0601- JR-CI-02	Prescripción adquisitiva		Sentencia declarando infundada la demanda Archivo definitivo.
36.	00432-2015-0-0601- JR-CI-02	00432-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción de amparo	de	Sentencia fundada en apelación Cautelar fundada y ejecutada.
37.	00435-2015-0-0601- JR-CI-02	00435-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución de Cautelar en ejecución
38.	00240-2015-0-0601- JR-CI-02	00240-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En Ejecución de Cautelar ejecutada.

39.	00324-2015-0-0601-JR-CI-02	00324-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite
40.	00412-2015-0-0601-JR-CI-02	00412-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite Cautelar en trámite
41.	00342-2015-0-0601-JR-CI-02	00342-2015-1-0601-JR-CI-02	Acción de amparo	de	En trámite Cautelar improcedente
42.	00244-2015-0-0601-JR-CI-02	00244-2015-1-0601-JR-CI-02	Acción de amparo	de	Sentencia que declara improcedente la demanda. Cautelar improcedente.
43.		00358-2015-1-0601-JR-CI-02	Entrega de bienes	de	Medida cautelar fuera del proceso, en trámite.
44.	00236-2015-0-0601-JR-CI-02	00236-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Sentencia ejecutoriada.
45.	00357-2015-0-0601-JR-CI-02	00357-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite Cautelar admitida.
46.	00373-2015-0-0601-JR-CI-02	00373-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Juzgado Civil declara su incompetencia y remite al juzgado de paz.
47.	00190-2015-0-0601-JR-CI-02	00190-2015-1-0601-JR-CI-02	Acción de amparo	de	Infundado el principal.

					Infundado el cautelar.
48.	00211-2015-0-0601- JR-CI-02	00211-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	En trámite Infundado el cautelar.
49.	00219-2015-0-0601- JR-CI-02	00219-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación dar suma dinero	de	Demanda de fundada en ejecución. Cautelar ejecutada.
50.	01261-2014-0-0601- JR-CI-02	01261-2014-2-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Improcedente la demanda Cautelar infundada.
51.	01304-2014-0-0601- JR-CI-02	01304-2014-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Infundada la demanda. Cautelar atendida.
52.	01315-2014-0-0601- JR-CI-02	01315-2014-1-0601- JR-CI-02	Acción cumplimiento	de	Infundada la demanda. Infundada la cautelar.
53.	01191-2014-0-0601- JR-CI-02	01191-2014-1-0601- JR-CI-02	Obligación dar suma dinero	de	Consentido de auto que ordena ejecución forzada. Cautelar atendida.
54.	00326-2015-0-0601- JR-CI-02	00326-2015-2-0601- JR-CI-02	Indemnización		En trámite. Cautelar atendida.

55.	00041-2013-0-0601- JR-CI-02	00041-2013-1-0601- JR-CI-02			Demanda fundada e ejecución.
56.	00999-2011-0-0601- JR-CI-02	00999-2011-4-0601- JR-CI-02	Mejor derecho de propiedad		En trámite. Para resolver.
57.	00257-2015-0-0601- JR-CI-02	00257-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero		En ejecución de demanda fundada. Cautelar ejecutada.
58.	00626-2014-0-0601- JR-CI-02	00626-2014-1-0601- JR-CI-02	Petición y/o exclusión herencia		En trámite de Improcedente la cautelar, archivo definitivo.
59.	00233-2015-0-0601- JR-CI-02	00233-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Archivo por sustracción de la materia. Infundada la cautelar.
60.	00452-2014-0-0601- JR-CI-02	00452-2014-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Sentencia infundada y consentida Infundada cautelar
61.	00262-2015-0-0601- JR-CI-02	00262-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Archivo por sustracción de la materia. Infundada la cautelar.
62.	00187-2015-0-0601- JR-CI-02	00187-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción amparo	de	Trámite

				Infundada la cautelar
63.	00307-2015-1-0601-JR-CI-02	00307-2015-1-0601-JR-CI-02	Cautelar fuera de proceso.	Improcedente la medida cautelar.
64.	00317-2015-0-0601-JR-CI-02	00317-2015-1-0601-JR-CI-02	Otorgamiento de escritura pública	Improcedente la demanda por incompetencia. Improcedente la cautelar.
65.	00327-2015-0-0601-JR-CI-02	00327-2015-1-0601-JR-CI-02	Cautelar fuera de proceso	Improcedente la medida cautelar.
66.	00228-2015-0-0601-JR-CI-02	00228-2015-1-0601-JR-CI-02	Cautelar fuera de proceso.	Improcedente la medida cautelar.
67.	00874-2014-0-0601-JR-CI-02	00874-2014-1-0601-JR-CI-02	Prescripción adquisitiva	En trámite Cautelar improcedente
68.		00358-2015-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera del proceso	En trámite
69.	00970-2014-0-0601-JR-CI-02	00970-2014-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución de Cautelar ejecutada
70.		00248-2015-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera de proceso	Archivado por desistimiento
71.		00239-2015-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera de proceso	Archivado por desistimiento
72.	00414-2015-0-0601-JR-CI-02	00414-2015-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera de proceso	Infundada la cautelar

73.	00393-2015-1-0601- JR-CI-02	00393-2015-1-0601- JR-CI-02	Medida cautelar fuera de proceso	Improcedencia de cautelar – con apelación
74.	00412-2015-0-0601- JR-CI-02	00412-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite Cautelar admitida
75.		00424-2015-1-0601- JR-CI-02	Cautelar Fuera de proceso	Improcedente - archivado
76.	00783-2015-0-0601- JR-CI-02	00783-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución Cautelar ejecutada
77.		00893-2015-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	En trámite
78.	01068-2015-0-0601- JR-CI-02	01068-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución Cautelar ejecutada
EXPEDIENTES EN LOS QUE SE HAN EMITIDO MEDIDAS CAUTELARES EN EL AÑO 2016				
79.	00957-2013-0-0601- JR-CI-03	00957-2013-1-0601- JR-CI-03	Indemnización	En trámite Cautelar fundada
80.	01173-2016-0-0601- JR-CI-02	01173-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite Cautelar en trámite
81.	01072-2016-0-0601- JR-CI-02	01072-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En calificación Cautelar en trámite
82.		00974-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	Infundada cautelar
83.	01042-2016-0-0601- JR-CI-02	01042-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	Demanda inadmisibile

84.	00990-2016-0-0601-JR-CI-02	00990-2016-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Demanda admitida, en trámite
85.		01061-2016-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera del proceso	En trámite
86.		00893-2016-1-0601-JR-CI-02	Medida cautelar fuera del proceso	En trámite
87.	01025-2016-0-0601-JR-CI-02	01025-2016-1-0601-JR-CI-02	Nulidad de resolución administrativa	En trámite
88.	01070-2016-0-0601-JR-CI-02	01070-2016-1-0601-JR-CI-02	Indemnización	Laminarmente improcedente
89.	00003-2016-0-0601-JR-CI-02	00003-2016-1-0601-JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite
90.	01220-2015-0-0601-JR-CI-02	01220-2015-1-0601-JR-CI-02	Acción de amparo	En trámite
91.	00785-2016-0-0601-JR-CI-02	00785-2016-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
92.	00451-2016-0-0601-JR-CI-02	00451-2016-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
93.	00668-2016-0-0601-JR-CI-02	00668-2016-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
94.	00805-2016-0-0601-JR-CI-02	00805-2016-1-0601-JR-CI-02	Nulidad de resolución administrativa	Archivo definitivo por desistimiento Medida cautelar ejecutada

95.	01074-2015-0-0601- JR-CI-02	01074-2015-1-0601- JR-CI-02	Acción de Amparo	de Demanda fundada, en ejecución
96.	00787-2016-0-0601- JR-CI-02	00787-2016-1-0601- JR-CI-02	Desalojo	En trámite Cautelar en trámite
97.	00929-2016-0-0601- JR-CI-02	00929-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
98.	00813-2016-0-0601- JR-CI-02	00813-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
99.	00812-2016-0-0601- JR-CI-02	00812-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
100.	00596-2016-0-0601- JR-CI-02	00596-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite – demanda admitida
101.		00783-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	En ejecución
102.		00786-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	En trámite
103.		00704-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera de proceso	Improcedente medida cautelar - archivado
104.		00806-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	En trámite
105.	00037-2015-0-0601- JR-CI-02	00037-2015-1-0601- JR-CI-02	Reivindicación	En trámite
106.	00724-2016-0-0601- JR-CI-02	00724-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución Cautelar ejecutada

107.	01620-2011-0-0601- JR-CI-02	01620-2011-1-0601- JR-CI-02	Mejor derecho de propiedad	En trámite
108.	00662-2016-0-0601- JR-CI-02	00662-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
109.	00539-2016-0-0601- JR-CI-02	00539-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
110.	00451-2016-0-0601- JR-CI-02	00451-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
111.	00467-2016-0-0601- JR-CI-02	00467-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
112.	01003-2014-0-0601- JR-CI-02	01003-2014-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	Archivo provisional
113.	00355-2014-0-0601- JR-CI-02	00355-2014-1-0601- JR-CI-02	Mejor derecho de propiedad	En trámite
114.	00318-2016-0-0601- JR-CI-02	00318-2016-1-0601- JR-CI-02	Interdicto	En trámite Cautelar en apelación
115.	00327-2016-0-0601- JR-CI-02	00327-2016-1-0601- JR-CI-02	Pago de mejoras	En trámite
116.		00577-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera de proceso	En trámite
117.	00378-2016-0-0601- JR-CI-02	00378-2015-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de res. administrativa	En trámite Infundada la cautelar – en apelación
118.	00572-2014-0-0601- JR-CI-02	00572-2014-1-0601- JR-CI-02	Ineficacia de acto jurídico	En trámite- para sentenciar

119.	00550-2016-0-0601- JR-CI-02	00550-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	Archivado - infundada
120.	00247-2012-0-0601- JR-CI-02	00247-2012-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite
121.	00485-2016-0-0601- JR-CI-02	00485-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite
122.	00349-2016-0-0601- JR-CI-02	00349-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite - demanda admitida
123.	00328-2014-0-0601- JR-CI-02	00328-2014-2-0601- JR-CI-02	Impugnación de acuerdos	En trámite Cautelar improcedente
124.	00433-2016-0-0601- JR-CI-02	00433-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
125.	00418-2016-0-0601- JR-CI-02	00418-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
126.	00381-2016-0-0601- JR-CI-02	00381-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
127.		00446-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar fuera del proceso	Ejecutada
128.	00001-2016-0-0601- JR-CI-02	00001-2016-1-0601- JR-CI-02	Acción de amparo	En trámite
129.	00335-2016-0-0601- JR-CI-02	00335-2016-1-0601- JR-CI-02	Ejecución de garantías	En ejecución
130.	00194-2011-0-0601- JM-CI-02	00194-2011-1-0601- JM-CI-02	Acción de amparo	En Ejecución
131.	00531-2016-0-0601- JR-CI-02	00531-2016-1-0601- JR-CI-02	Otorgamiento de Escritura Pública	Improcedencia liminar de la demanda

				Cautelar ejecutada
132.	00467-2016-0-0601- JR-CI-02	00467-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En trámite – admisión de demanda
133.	00209-2016-0-0601- JR-CI-02	00209-2016-1-0601- JR-CI-02	Rectificación de áreas y linderos	de Demanda rechazada Cautelar ejecutada
134.	00272-2016-0-0601- JR-CI-02	00272-2016-1-0601- JR-CI-02	Anulabilidad de acto jurídico	de Improcedencia liminar confirmada Cautelar ejecutada
135.	00205-2016-0-0601- JR-CI-02	00205-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de Demanda rechazada por no subsanar Cautelar ejecutada
136.		00364-2016-1-0601- JR-CI-02	Cautelar del proceso	Fuera de Improcedente, con apelación
137.	00206-2016-0-0601- JR-CI-02	00206-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	de En trámite – demanda inadmisibles
138.	00952-2014-0-0601- JR-CI-02	00952-2014-1-0601- JR-CI-02	Acción de amparo	de Demanda fundada
139.	00599-2013-0-0601- JR-CI-02	00599-2013-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	de En trámite
140.	00296-2016-0-0601- JR-CI-02	00296-2016-1-0601- JR-CI-02	Acción de amparo	de En trámite – inadmisibles
141.	00340-2016-0-0601- JR-CI-02	00340-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de En trámite

142.	00817-2014-0-0601- JR-CI-02	00817-2014-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite
143.	00305-2016-0-0601- JR-CI-02	00305-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
144.	00288-2016-0-0601- JR-CI-02	00288-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite. Cautelar atendida.
145.	00282-2016-0-0601- JR-CI-02	00282-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Demanda fundada e ejecución.
146.	00075-2016-0-0601- JR-CI-02	00075-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acuerdo	En trámite. Para resolver.
147.	00259-2016-0-0601- JR-CI-02	00259-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución de demanda fundada. Cautelar ejecutada.
148.	00043-2016-0-0601- JR-CI-02	00043-2016-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de acto jurídico	En trámite Improcedente la cautelar, archivo definitivo.
149.	00820-2015-0-0601- JR-CI-02	00820-2015-1-0601- JR-CI-02	Mejor derecho de propiedad	Archivo por sustracción de la materia. Infundada la cautelar.
150.	00163-2016-0-0601- JR-CI-02	00163-2016-1-0601- JR-CI-02	Entrega de Bienes	Sentencia infundada y consentida

				Infundada cautelar
151.	00082-2016-0-0601- JR-CI-02	00082-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Archivo por sustracción de la materia. Infundada la cautelar.
152.	01332-2015-0-0601- JR-CI-02	01332-2015-1-0601- JR-CI-02	Nulidad de res. administrativa	Trámite Infundada la cautelar
153.	01398-2015-0-0601- JR-CI-02	01398-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Improcedente de la medida cautelar.
154.	01186-2015-0-0601- JR-CI-02	01186-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Improcedente de la demanda por incompetencia. Improcedente la cautelar.
155.	00097-2016-0-0601- JR-CI-02	00097-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Improcedente de la medida cautelar.
156.	00036-2016-0-0601- JR-CI-02	00036-2016-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	Improcedente de la medida cautelar.
157.	01243-2015-0-0601- JR-CI-02	01243-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite de Cautelar improcedente
158.	01283-2015-0-0601- JR-CI-02	01283-2015-1-0601- JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	En trámite de

159.	01353-2015-0-0601-JR-CI-02	01353-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	En ejecución de Cautelar ejecutada
160.	01393-2015-0-0601-JR-CI-02	01393-2015-1-0601-JR-CI-02	Obligación de dar suma de dinero	de	Archivado por desistimiento

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

Tabla 2: Expedientes revisados en el Tercer Juzgado Civil

N°	N° EXPEDIENTE	CAUTELAR	MATERIA	ESTADO	
EXPEDIENTES EN LOS QUE SE HAN EMITIDO MEDIDAS CAUTELARES EN EL AÑO 2015					
1.	01305-2014-0-0601-JR-CI-03	01305-2014-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	de	En trámite
2.		01296-2014-1-0601-JR-CI-03	Medida cautelar fuera del proceso	del	Concede medida cautelar
3.	01267-2014-0-0601-JR-CI-03	01267-2014-1-0601-JR-CI-03	Acción amparo	de	En ejecución
4.	00007-2015-0-0601-JR-CI-03	00007-2015-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	de	Fundada la demanda, con apelación Fundada la cautelar
5.	00825-2014-0-0601-JR-CI-03	00825-2014-1-0601-JR-CI-03	Acción amparo	de	En trámite
6.	00048-2015-0-0601-JR-CI-03	00048-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción amparo	de	Fundada la demanda Fundada la cautelar

7.	00045-2015-0-0601- JR-CI-03	00045-2015-1-0601- JR-CI-03	Resolución de contrato	Archivado – Fundada la demanda Fundado el cautelar
8.	01161-2014-0-0601- JR-CI-03	01161-2014-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	Probatoria
9.	00218-2016-0-0601- JR-CI-03	00218-2016-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite con demanda admitida
10.	00957-2013-0-0601- JR-CI-03	00957-2013-1-0601- JR-CI-03	Indemnización	Archivado por inconcurrencia Cautelar ejecutada
11.	00203-2015-0-0601- JR-CI-03	00203-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Archivado
12.	00264-2015-0-0601- JR-CI-03	00264-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Para sentenciar
13.	00407-2015-0-0601- JR-CI-03	00407-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Ejecución
14.	00302-2015-0-0601- JR-CI-03	00302-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite
15.	00316-2015-0-0601- JR-CI-03	00316-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Sentenciado
16.	00048-2009-0-0601- JR-CI-03	00048-2009-36-0601- JR-CI-03	Acción contencioso administrativa	Sentenciado
17.	00055-2011-0-0601- JR-CI-03	00055-2011-1-0601- JR-CI-03	Partición de herencia	Sentenciado
18.	01098-2013-0-0601- JR-CI-03	01098-2013-1-0601- JR-CI-03	Mejor derecho a la propiedad	Probatoria
19.	01161-2014-0-0601- JR-CI-03	01161-2014-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	Probatoria

20.	00571-2015-0-0601- JR-CI-03	00571-2015-1-0601- JR-CI-03	Embargo en forma de retención	Fundada la demanda Fundada la cautelar
21.	00065-2014-0-0601- JM-CI-01	00065-2014-43-0601- JM-CI-01	Obligación de dar suma de dinero	Archivado
22.	01236-2013-0-0601- JR-CI-03	01236-2013-3-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	Sentencia infundada – apelación Cautelar ejecutada
23.	00474-2014-0-0601- JR-CI-03	00474-2014-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite
24.	00565-2015-0-0601- JR-CI-03	00565-2015-1-0601- JR-CI-03	Resolución de contrato	Improcedente la demanda Cautelar ejecutada
25.	01329-2010-0-0601- JR-CI-03	01329-2010-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Fundada la demanda Fundado el cautelar
26.	00610-2015-0-0601- JR-CI-03	00610-2015-1-0601- JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Demanda fundada Cautelar fundada
27.	00354-2015-0-0601- JR-CI-03	00354-2015-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite
28.	00779-2015-0-0601- JR-CI-03	00779-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite
29.	00748-2015-0-0601- JR-CI-03	00748-2015-1-0601- JR-CI-03	Otorgamiento de escritura pública	Sentenciado

30.	00730-2015-0-0601- JR-CI-03	00730-2015-1-0601- JR-CI-03	Resolución de contrato	Sentenciado
31.	00776-2015-0-0601- JR-CI-03	00776-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Para sentenciar
32.	00088-2015-0-0601- JR-CI-03	00088-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite
33.	01248-2014-0-0601- JR-CI-03	01248-2014-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite
34.	00307-2014-0-0601- JR-CI-03	00307-2014-3-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Demanda improcedente por incompetencia Medida cautelar ejecutada
35.	00941-2015-0-0601- JR-CI-03	00941-2015-1-0601- JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
36.	00007-2015-0-0601- JR-CI-03	00007-2015-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	Sentenciado
37.	00713-2015-0-0601- JR-CI-03	00713-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite
38.	00617-2015-0-0601- JR-CI-03	00617-2015-1-0601- JR-CI-03	Convocatoria a junta o asamblea general	Fundada la demanda
39.		00991-2015-1-0601- JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	En trámite
40.	00901-2015-0-0601- JR-CI-03	00901-2015-1-0601- JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite
41.	00904-2015-0-0601- JR-CI-03	00904-2015-1-0601- JR-CI-03	Acción de amparo	Para sentenciar

42.	00902-2015-0-0601-JR-CI-03	00902-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	de	En trámite
43.	00696-2015-0-0601-JR-CI-03	00696-2015-1-0601-JR-CI-03	Ejecución de garantías	de	Improcedente la demanda Cautelar ejecutada
44.	00867-2015-0-0601-JR-CI-03	00867-2015-1-0601-JR-CI-03	Declaración judicial		Fundada la demanda Infundada la cautelar
45.	01009-2015-0-0601-JR-CI-03	01009-2015-1-0601-JR-CI-03	Embargo en forma de retención	en de	En trámite
46.	00170-2013-0-0601-JR-CI-03	00170-2013-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	de	Archivado
47.	01064-2015-0-0601-JR-CI-03	01064-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	de	Sentenciado
48.		01057-2015-1-0601-JR-CI-01	deslinde		En trámite
49.	01099-2015-0-0601-JR-CI-03	01099-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	de	Sentenciado
50.	01163-2015--0601-JR-CI-03	01163-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	de	Para vista de la causa
51.	01058-2015-0-0601-JR-CI-03	01058-2015-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	de de	Archivado
52.	01181-2015-0-0601-JR-CI-03	01181-2015-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico		Demanda admitida
53.		01234-2015-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso		En trámite
54.	00024-2008-0-0601-JM-CI-01	00024-2008-0-0601-JM-CI-01	Responsabilidad civil extracontractual		Demanda infundada

				Cautelar ejecutada
55.	01288-2015-0-0601-JR-CI-03	01288-2015-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Archivado por improcedencia Cautelar ejecutada
56.	01087-2014-0-0601-JR-CI-03	01087-2014-1-0601-JR-CI-03	Mejor derecho de propiedad	Para sentenciar
57.	00162-2015-0-0601-JR-CI-03	00162-2015-1-0601-JR-CI-03	Resolución de contrato	Archivo definitivo
58.	01246-2015-0-0601-JR-CI-03	01246-2015-1-0601-JR-CI-03	Indemnización	Demanda admitida
59.	01226-2015-0-0601-JR-CI-03	01226-2015-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de resolución administrativa	En trámite
60.	00782-2014-0-0601-JR-CI-03	00782-2014-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Fundada la demanda Cautelar inadmisibile
61.	01351-2015-0-0601-JR-CI-03	01351-2015-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Fundada la demanda Cautelar ejecutada
62.	00158-2016-0-0601-JR-CI-03	00158-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite

EXPEDIENTES EN LOS QUE SE HAN EMITIDO MEDIDAS CAUTELARES EN EL AÑO 2016

63.	00463-2016-0-0601-JR-CI-03	00463-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En trámite
64.	00431-2016-0-0601-JR-CI-03	00431-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En trámite Fundada la cautelar

65.	00400-2016-0-0601-JR-CI-03	00400-2016-1-0601-JR-CI-03	Anulabilidad de acto jurídico	En trámite Cautelar fundada
66.	00158-2016-0-0601-JR-CI-03	00158-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite Cautelar fundada
67.	00754-2016-0-0601-JR-CI-03	00754-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En trámite Fundada la cautelar
68.	00346-2009-0-0601-JR-CI-03	00346-2009-3-0601-JR-CI-03	Contencioso administrativo	Sentencia improcedente – apelada Cautelar ejecutada
69.	00828-2015-0-0601-JR-CI-03	00828-2015-1-0601-JR-CI-03	Retracto	En trámite Cautelar fundada
70.	00289-2016-0-0601-JR-CI-03	00289-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En trámite Cautelar fundada
71.		00517-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera del proceso	Cautelar fundada
72.		00511-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera del proceso	Cautelar fundada
73.	00464-2010-0-0601-JR-CI-03	00464-2010-92-0601-JR-CI-03	Mejor derecho de propiedad	Demanda fundada Cautelar fundada
74.	00129-2016-0-0601-JR-CI-03	00129-2016-1-0601-JR-CI-03	Resolución de contrato	En trámite Cautelar fundada
75.		00091-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	Fundada

76.	01201-2014-0-0601-JR-CI-03	01201-2014-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	Fundada la demanda Fundada la cautelar
77.	00110-2016-0-0601-JR-CI-03	00110-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de res. administrativa	En trámite Cautelar fundada
78.		00099-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	Archivo definitivo por transacción extrajudicial
79.	00177-2016-0-0601-JR-CI-03	00177-2016-1-0601-JR-CI-03	Resolución de contrato	En trámite Fundada la cautelar
80.		00288-2015-2-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	Cautelar infundada
81.	00314-2016-0-0601-JR-CI-03	00314-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Fundada la contradicción Cautelar admitida
82.		01299-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera del proceso	En trámite
83.	00117-2016-0-0601-JR-CI-03	00117-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Rechazada la demanda por incompetencia
84.	00466-2015-0-0601-JR-CI-03	00466-2015-2-0601-JR-CI-03	Acción de cumplimiento	Demanda fundada Cautelar fundada
85.	00752-2012-0-0601-JR-CI-03	00752-2012-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	Demanda fundada Cautelar fundada

86.	00095-2014-0-0601-JR-CI-03	00095-2014-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Fundada la oposición
87.	01141-2015-0-0601-JR-CI-03	01141-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de cumplimiento	Improcedente la demanda Cautelar ejecutada
88.	01184-2013-0-0601-JR-CI-03	01184-2013-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	En ejecución – fundada la demanda Cautelar fundada
89.	00374-2016-0-0601-JR-CI-03	00374-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	Archivado el principal por transacción extrajudicial Fundada la cautelar
90.	00156-2016-0-0601-JR-CI-02	00156-2016-1-0601-JR-CI-02	Ejecución de garantías	En trámite Cautelar fundada
91.		00285-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera del proceso	Cautelar fundada
92.	00275-2016-0-0601-JR-CI-03	00275-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de res. administrativa	En trámite – demanda admitida Cautelar infundada
93.	00112-2016-0-0601-JR-CI-03	00112-2016-1-0601-JR-CI-03	Mejor Derecho de Propiedad	En trámite – demanda admitida Cautelar infundada

94.	00212-2016-0-0601-JR-CI-03	00212-2016-1-0601-JR-CI-03	Indemnización	Improcedente por incompetencia
95.	00380-2016-0-0601-JR-CI-03	00380-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite
96.	00677-2016-0-0601-JR-CI-03	00677-2016-1-0601-JR-CI-03	Delimitación de áreas y linderos	En trámite
97.	00926-2016-0-0601-JR-CI-03	00926-2016-1-0601-JR-CI-03	Indemnización	En trámite Cautelar fundada
98.	00178-2010-0-0601-JR-CI-03	00178-2010-9-0601-JR-CI-03	Indemnización	En ejecución
99.	00397-2016-0-0601-JR-CI-03	00397-2016-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	En trámite Cautelar ejecutada
100.	01233-2015-0-0601-JR-CI-03	01233-2015-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	Fundada la demanda Fundada la cautelar
101.		00793-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	
102.	00877-2016-0-0601-JR-CI-03	00877-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de res. administrativa	En trámite Cautelar en trámite
103.	00496-2016-0-0601-JR-CI-03	00496-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución
104.	00307-2014-0-0601-JR-CI-03	00307-2014-3-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	Improcedente por incompetencia
105.		00551-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	En trámite

106.	00558-2016-0-0601-JR-CI-03	00558-2016-1-0601-JR-CI-03	Obligación de dar suma de dinero	En ejecución Cautelar ejecutada
107.	00426-2016-0-0601-JR-CI-03	00426-2016-1-0601-JR-CI-03	Ineficacia de acto jurídico	En trámite – demanda admitida
108.	00312-2016-0-0601-JR-CI-03	00312-2016-1-0601-JR-CI-03	Interdicto	En trámite
109.		00793-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	En trámite
110.	01158-2016-0-0601-JR-CI-03	01158-2016-1-0601-JR-CI-03	Nulidad de acto jurídico	En trámite Cautelar en trámite
111.	00692-2016-0-0601-JR-CI-03	00692-2016-1-0601-JR-CI-03	Interdicto	En trámite
112.	00543-2016-0-0601-JR-CI-03	00543-2016-1-0601-JR-CI-03	Acción de amparo	Improcedente demanda por falta legitimidad para obrar Fundada la oposición
113.		00660-2016-1-0601-JR-CI-03	Cautelar fuera de proceso	Ejecutada

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

De esta primera revisión de expedientes, la totalidad de expedientes existentes en los legajos de los juzgados estudiados, únicamente se ha obtenido 14 expedientes que cumplen con el presupuesto indicado en el artículo 621 para efectos de solicitar indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa; estos son los que siguen:

Tabla 3: EXPEDIENTES RECOLECTADOS

N°	N° de EXPEDIENTE	DEPENDENCIA
1.	00346-2015-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
2.	00624-2015-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
3.	00989-2013-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
4.	00244-2015-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
5.	01304-2014-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
6.	00805-2016-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
7.	00531-2016-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
8.	00272-2016-0-0601-JR-CI-02	Segundo Juzgado Civil
9.	01236-2013-0-0601-JR-CI-03	Tercer Juzgado Civil
10.	00565-2015-0-0601-JR-CI-03	Tercer Juzgado Civil
11.	00307-2014-0-0601-JR-CI-03	Tercer Juzgado Civil
12.	00696-2015-0-0601-JR-CI-03	Tercer Juzgado Civil
13.	00024-2008-0-0601-JM-CI-01	Tercer Juzgado Civil
14.	01288-2015-0-0601-JR-CI-03	Tercer Juzgado Civil

Fuente: ELABORACIÓN PROPIA: Expedientes que cumplen con los requisitos para solicitar indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

ii. Recojo de datos

Una vez ubicados y recolectados los expedientes, procedimos al recojo de datos, los mismos que han variado de lo proyectado debido a que pensábamos contar con una alta frecuencia de expedientes con Sentencias firmes y no ha sido así.

Al respecto, es menester indicar todos los imprevistos presentados en la ejecución de la investigación, en este punto previo por ser pertinente:

1. De los 273 expedientes revisados, únicamente se ha obtenido una muestra de 14 expedientes que cumplen con los requisitos o presupuestos establecidos para el estudio de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria; es decir, que cuenten con medida cautelar fundada y ejecutada y que al final del proceso hayan alcanzado una sentencia que declara infundada la demanda; cabe aclarar que, con la finalidad de contar con un mayor espectro de acción se incluyó en el análisis los expedientes en los que la demanda ha sido declarada improcedente, conscientes de que el artículo 621 del Código Procesal Civil hace referencia únicamente a la infundabilidad; sin embargo, dada la posibilidad de interpretación respecto de este tipo de casos también fueron incluidos.
2. Dicha situación se produce no únicamente por el hecho de que no se presenten estas situaciones con frecuencia, sino por la escasa producción misma de los juzgados, puesto que existe una gran cantidad de expedientes con sentencia pendiente, tal y como puede

observarse en las tablas 1 y 2, lo que imposibilita llevar a cabo es estudio con un espectro más amplio de investigación; esto constituye una externalidad.

En este contexto, los indicadores que hemos tomado en cuenta para el recojo de datos en la presente investigación son los siguientes:

A. De la totalidad de expedientes

Para ellos hemos utilizado un Cuadro de Recojo de datos con doble entrada, de manera vertical se han consignado los números de expediente y de manera horizontal los siguientes códigos:

- A.** Que significa: Expedientes en los que se ha solicitado una medida cautelar y han concluido con Sentencia que declara infundada la demanda.

- B.** Que significa: Expedientes estudiados en los que se ha solicitado la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

- C.** Que significa: Incidencias respecto de los pedidos de parte por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias.

D. Que significa: Incidencias respecto de las condenas por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias.

De los cuales se han recogido los siguientes resultados:

Tabla 4: Muestra y tabulación en ambos juzgados civiles

N°	N° DE RESOLUCIÓN	A	B	C	D
1.	00346-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
2.	00624-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
3.	00989-2013-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
4.	00244-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
5.	01304-2014-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
6.	00805-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
7.	00531-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
8.	00272-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
9.	01236-2013-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
10.	00565-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
11.	00307-2014-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
12.	00696-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
13.	00024-2008-0-0601-JM-CI-01	1	2	2	2
14.	01288-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

Donde 1 que significa afirmación, es decir que los indicadores signados con los códigos A, B, C y D, sí se presentan y; 2 que significa negación, es decir que los referidos indicadores no se presentan en los expedientes estudiados.

b. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El procesamiento de los datos se ha llevado a cabo de manera directa, tabulando los resultados obtenidos de la corroboración de la configuración o no de los indicadores, a través del cual se han obtenido los siguientes cuadros y gráficos:

i. Total, de procesos del Segundo Juzgado Civil de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

La primera observación a realizar es que en los legajos se han encontrado procesos que han sido iniciados en otros juzgados, pero han sido derivados al segundo juzgado civil por inhibición del juez.

En segundo lugar, debe observarse que la recolección ha obedecido a la constatación de la existencia de una sentencia declarada infundada y la existencia de una medida cautelar que ha sido archivada.

Esta circunstancia será analizada en el primer indicador, después de la tabla 5 que resume los expedientes revisados.

Tabla 5: Expedientes del Segundo Juzgado Civil

N°	N° DE EXPEDIENTE	A	B	C	D
1.	00346-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
2.	00624-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
3.	00989-2013-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
4.	00244-2015-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
5.	01304-2014-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
6.	00805-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
7.	00531-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2
8.	00272-2016-0-0601-JR-CI-02	1	2	2	2

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

Donde 1 que significa afirmación, es decir que los indicadores signados con los códigos A, B, C y D, sí se presentan y; 2 que significa negación, es decir que los referidos indicadores no se presentan en los expedientes estudiados.

A. Expedientes en los que se ha solicitado una medida cautelar y han concluido con Sentencia que declara infundada la demanda

De la muestra recabada se ha podido observar que en la totalidad de los expedientes, 100%, se observa la circunstancia de que se ha resuelto declarar infundada o improcedente la demanda por lo que, en consonancia con lo descrito en el marco teórico de la presente tesis, existe la posibilidad de que el demandado favorecido en el proceso peticione una indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, habida cuenta que la infundabilidad le quita a la parte demandante toda posibilidad de reclamar derecho alguno acerca del fondo del proceso, con lo que se comprueba que solicitó la medida cautelar aun cuando tenía consciencia de que dicho derecho no le asistía.

La afirmación antes descrita la realizamos en virtud de la adhesión a la teoría subjetiva para explicar la naturaleza de la indemnización regulada en la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil, motivo por el cual se justifica la posibilidad de que el afectado con la medida cautelar maliciosa o innecesaria realice su petición a título de responsabilidad civil extracontractual, lo que a su vez posibilita el análisis de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil descritos también en el marco teórico en cada uno de los procesos para calcular el monto de la referida indemnización.

**B. Expedientes estudiados en los que se ha solicitado la
indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria**

No obstante lo señalado en el anterior párrafo, de la totalidad de expedientes analizados se ha obtenido que en ninguno de ellos se ha peticionado la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, situación que denota tanto el total desinterés de parte del demandado que ganó el proceso principal, como la falta de actuación de parte de su abogado defensor y, finalmente, el primer paso para explicar la ineficacia de la disposición contenida en la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil que, a pesar de encontrarse debidamente regulada, de ser válida y vigente, no se configura en la realidad por inacción de las propias partes intervinientes en él.

Por otro lado, preocupa la inacción de los hombres de derecho sobre el particular pues afectan el derecho de defensa de su patrocinado que generalmente es lego en derecho y ha contratado sus servicios con la finalidad de recibir una adecuada orientación en el proceso: sin embargo dicha omisión puede ser explicada en la imposibilidad de determinar exactamente los supuestos a invocar para la configuración de la indemnización, puesto que la cláusula contenida en el artículo referido es demasiado general y no determina su naturaleza, no acoge ni la teoría subjetiva ni la objetiva e imposibilita una correcta formulación de la petición.

C. Incidencias respecto de los pedidos de parte por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias

Al no existir pedidos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias en los expedientes recabados, no es posible analizar las incidencias.

Empero, sí debe señalarse que dicha situación comprueba la total ineficacia de la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil.

D. Incidencias respecto de las condenas por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias

Al no existir condenas de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias en los expedientes recabados, no es posible analizar las incidencias.

Sin embargo, sí debe señalarse que dicha situación comprueba la total ineficacia de la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil.

ii. Total, de procesos del Tercer Juzgado Civil de la sede de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Con las mismas indicaciones alcanzadas en la parte introductoria del punto anterior, procederemos con el análisis del presente cuadro:

Tabla 6: Expedientes del Tercer Juzgado Civil

N°	N° DE EXPEDIENTE	A	B	C	D
1.	01236-2013-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
2.	00565-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
3.	00307-2014-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
4.	00696-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2
5.	00024-2008-0-0601-JM-CI-01	1	2	2	2
6.	01288-2015-0-0601-JR-CI-03	1	2	2	2

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

Donde 1 que significa afirmación, es decir que los indicadores signados con los códigos A, B, C y D, sí se presentan y; 2 que significa negación, es decir que los referidos indicadores no se presentan en los expedientes estudiados.

A. Expedientes en los que se ha solicitado una medida cautelar y han concluido con Sentencia que declara infundada la demanda

Nuevamente, al igual que en el Primer Juzgado Civil, en la totalidad de los expedientes observados se ha identificado que existen sentencias que declaran infundada la demanda y medidas cautelares archivadas, lo que habilita al demandado favorecido a petitionar la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

B. Expedientes estudiados en los que se ha solicitado la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria

Sin embargo, tampoco se han encontrado expedientes en los que se haya petitionado la referida indemnización, lo que corrobora que la figura no es utilizada en la realidad de este distrito judicial y deviene en ineficaz a pesar de ser válida y encontrarse vigente.

C. Incidencias respecto de los pedidos de parte por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias

Al no existir pedidos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias en los expedientes recabados, no es posible analizar las incidencias.

Empero, sí debe señalarse que dicha situación comprueba la total ineficacia de la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil.

**D. Incidencias respecto de las condenas por indemnización de los
daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas
o innecesarias**

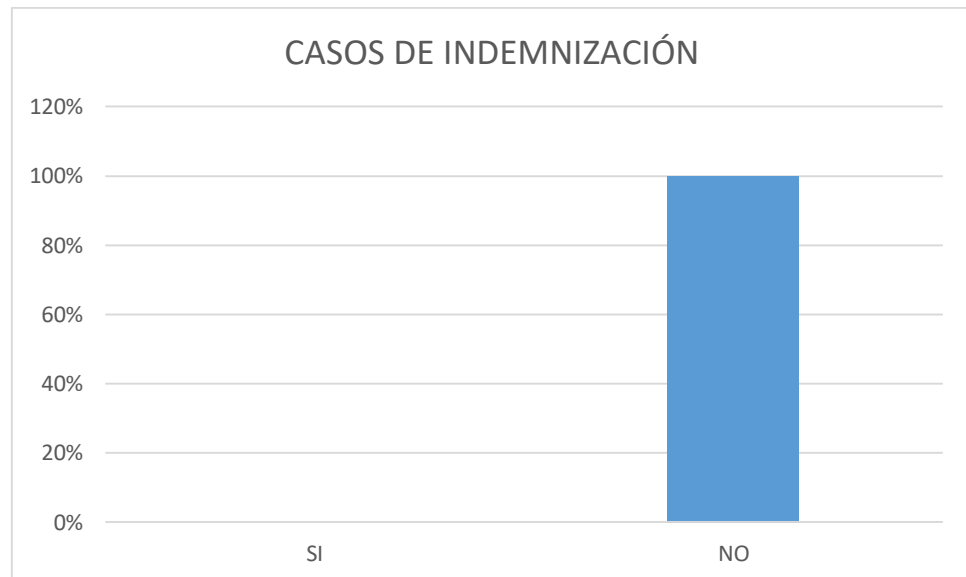
Al no existir condenas de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias en los expedientes recabados, no es posible analizar las incidencias.

No obstante, sí debe señalarse que dicha situación comprueba la total ineficacia de la última parte del primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil.

iii. COMPLEMENTACIÓN CON ENTREVISTAS A JUECES Y ABOGADOS

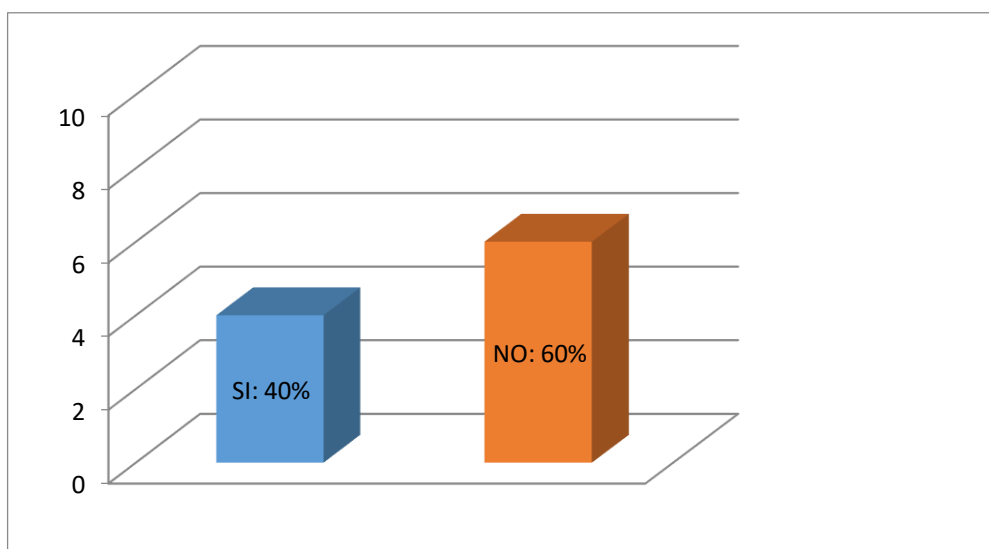
A. En su experiencia como operador jurídico, ¿en cuántos casos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias ha intervenido?

Del presente cuadro se tiene que el 100% de los entrevistados han respondido que no han intervenido en casos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias.



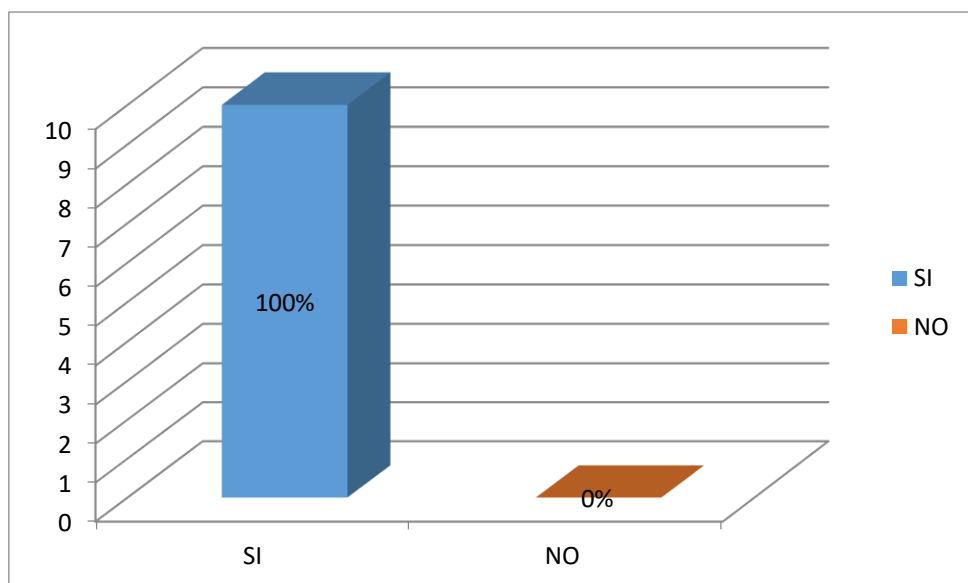
B. ¿Cuáles son los criterios que Usted ha identificado para la presentación de baja o nula incidencia en peticiones de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria?

El 40% de los entrevistados reconoce que es el abandono del demandado lo que propicia el archivamiento de la medida cautelar sin la solicitud de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria. El 60 % refiere que si el demandado conociese los pormenores de la figura decidiría proseguir con el petitorio, sin embargo, no es debidamente informado para tal finalidad.



C. ¿Los pedidos de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria diferencian entre los contenidos de contracautela, resarcimiento e indemnización?

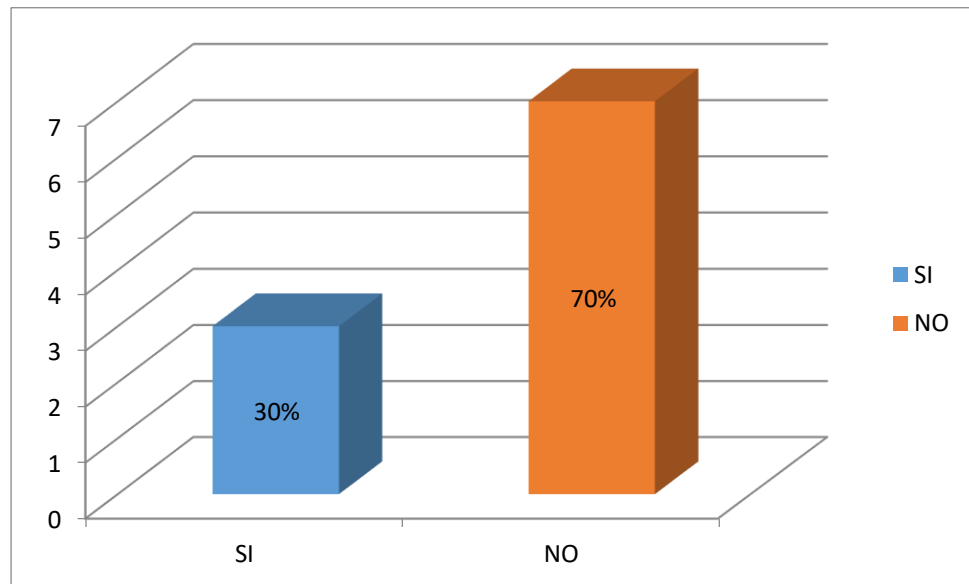
Con la aclaración de que se presentan pedidos de este tipo, le 100% de los entrevistados han señalado que el principal problema con este tipo de pedidos es que difícilmente puede ser fundamentado debido a la deficiente regulación de la posibilidad y a que no se tiene claros los supuestos en los que procedería cada una de las categorías contempladas en el primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil.



D. ¿Qué opinión le merece la formulación y fundamentación de pedidos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias presentados ante el juzgado?

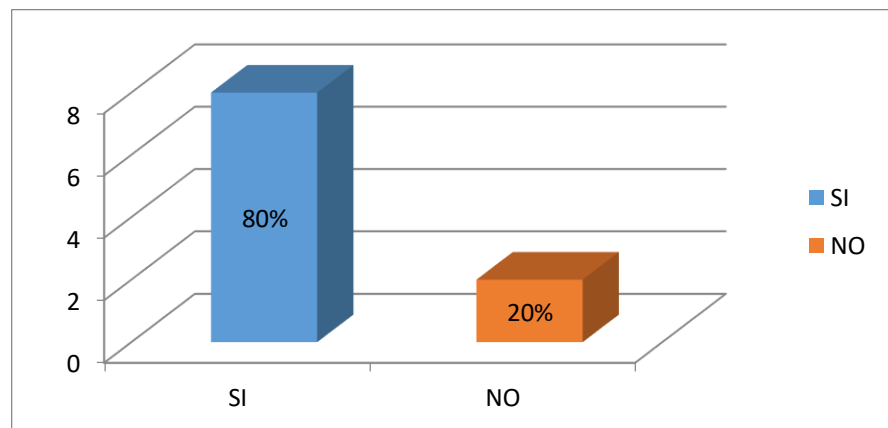
El 100% de los entrevistados no puede opinar respecto de la formulación y fundamentación de los pedidos de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias, debido a que, como ya fue señalado no han tenido ocasión no conocer este tipo de solicitudes; sin embargo, el 30% de los entrevistados señala que el desconocimiento del procedimiento influye en la fundamentación y formulación de las peticiones y esta puede ser una de las causas de la poca frecuencia de condenas por indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, sin embargo, la gran mayoría ha referido que se trata principalmente del desconocimiento de la figura por parte de la mayoría de los operadores jurisdiccionales y, por consecuencia, de las partes intervinientes en el proceso.

Por otro lado, que dicho desconocimiento se centra en la generalidad de la regulación, que no determina los supuestos en los que debe aplicarse la figura.



E. ¿Existen apreciaciones uniformes de los jueces al integrar la norma genérica contenida en el artículo 621 del Código Procesal Civil?

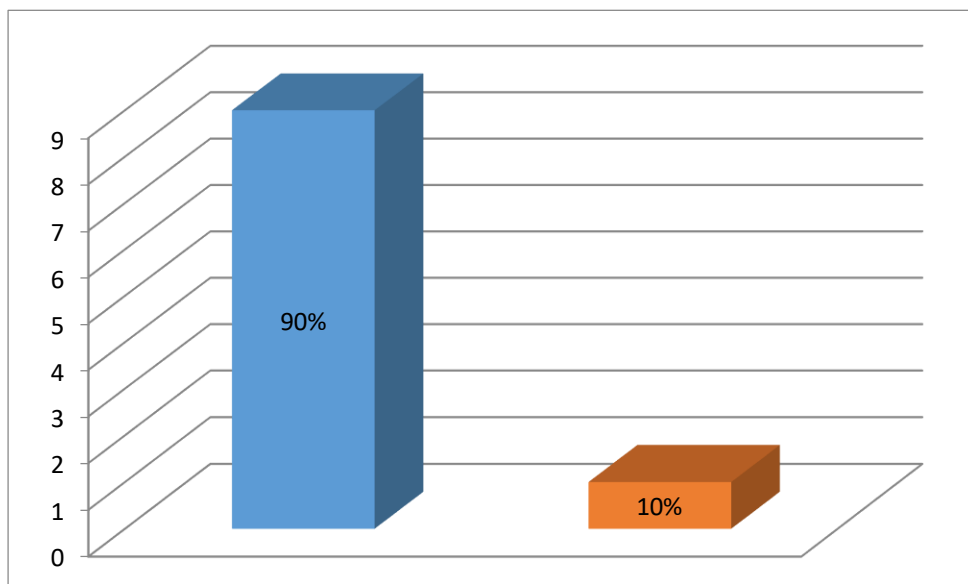
El 80% de los entrevistados ha coincidido en que la generalidad de la norma puede generar resoluciones diversas y hasta contradictorias de los operadores jurisdiccionales, quienes de conformidad con la teoría que acojan podrían considerar que se configuran o no los supuestos para la configuración del derecho a indemnización.



F. ¿Conoce cuál es el nivel de conocimiento de las partes y la falta de orientación de parte de los abogados de la posibilidad de peticionar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?

Del cuadro se puede apreciar que de los encuestados han referido en un 90% que la inexistencia de condenas por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias se debe al desconocimiento de las partes y la falta de orientación de parte de los abogados de la posibilidad de peticionar la misma.

Lo que guarda relación directa con la falta de exactitud en la regulación de la figura.



CAPÍTULO 4: DISCUSIÓN, CONTRASTACIÓN y PROPUESTA

4.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como ha sido ya mencionado anteriormente, el derecho nace a partir de su aplicación, por lo que dicha aplicación debe ser la más adecuada, tanto al caso específico como al interés general.

En ese sentido, es claro que la medida cautelar busca asegurar el cumplimiento de un bien jurídico necesario como es la tutela jurisdiccional efectiva, en su tercera vertiente, es decir, la eficacia de la sentencia, ello es lo que regula el artículo 608 del Código Procesal Civil; empero, dicho bien que protege un derecho subjetivo, debe ser entendido de manera sistemática y aplicado óptimamente con otros bienes relevantes y derechos, tales como la buena fe procesal y la prohibición de abusar del derecho.

Vale decir que, tan importante como la protección de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho personal y subjetivo es la tutela jurisdiccional efectiva como bien jurídico relevante que debe ser ejercida dentro de los parámetros legales y normativos, en perfecta armonía con el interés social.

Ello ocurre en el caso de la tutela cautelar que, por su carácter antelado trae consigo la exigencia de guardar mucho celo en cuanto a su ejecución y, dicho celo le es exigible a todos los operadores jurídicos, pero sobretodo, al Juez.

La verificación de parte de este último deberá estribar, como contrapartida del sentido original de la medida cautelar, en la corroboración de que la actuación del solicitante no se haya ejercido abusando de la tutela cautelar y de mala fe; para ello nuestra legislación contempla a los presupuestos para su concesión y ejecución: “la apariencia del derecho invocado” (*fumus boni iuris*), “el peligro en la demora” (*periculum in mora*) y la “contracautela”, este último como respaldo ante medidas maliciosas que se postulen, el cual se exige en casos en que el peticionante ya cuente con sentencia favorable pero ésta sea impugnada (véase artículo 615 del acotado cuerpo normativo).

Sin embargo, no puede decirse que dicha contracautela sea necesaria para resarcir el daño causado por una medida cautelar maliciosa, por otro lado, la regulación procesal es sumamente difusa en este sentido, tanto que no logra delimitar si esta contracautela constituye únicamente una restitución patrimonial del daño causado, si se trata de una indemnización patrimonial mayor fijada en virtud del lucro cesante y el daño emergente o, si se trata de una responsabilidad civil extracontractual que exige, además, el resarcimiento de un daño personal y moral.

El primer problema presentado en cuanto a las medidas cautelares maliciosas o innecesarias, es el ámbito subjetivo de su interposición; no es posible determinar de manera fehaciente que la intención del solicitante haya sido abusar del derecho defraudando al Estado al hacerlo incurrir en error a uno de sus magistrados ni tampoco si su actuación es de mala fe.

Con todo lo dicho, la posición que adopta la tesis se inclina por la no consideración de dicha dimensión subjetiva, puesto que independientemente de ella, es posible corroborarse que se ha configurado un daño y ello, en estos casos, es suficiente para respaldar la exigencia de un resarcimiento del daño.

Por lo que una primera aseveración sometida a discusión en la presente tesis es aquella que señala que debe tenerse como hecho generador para la producción del daño únicamente a la configuración del presupuesto establecido en el artículo 621 del Código Procesal Civil, es decir, que la sentencia haya sido declarada infundada, independientemente de si la intención de quién interpuso tal requerimiento era o no defraudar al Estado; con ello, la obligación de resarcir el daño es un obligación netamente formal, derivada de la norma, tal y como ocurre con toda indemnización; en este punto es pertinente recordar la diferenciación entre indemnización legalmente establecida y reparación civil que realiza el Tercer Pleno Casatorio Civil ya comentado en el marco teórico.

Ello no significa de ninguna manera que en los casos de responsabilidad civil que imputan una interposición maliciosa o innecesaria de la medida cautelar no deba analizarse el factor de atribución, sino que en los casos señalados debe tenerse como tal únicamente a la responsabilidad objetiva, acreditada una vez que ha sido desestimada la demanda. Sin embargo, esta posición cierra la vista hacia aquellos casos en los que la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria ha sido interpuesta mediando abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo, dejando en desprotección al afectado con la medida cautelar respecto de la totalidad del daño sufrido puesto que la perspectiva de

comprender a dicha indemnización desde el plano objetivo no importa el reconocimiento del derecho a ser resarcido.

Esta posición es inaceptable, habida cuenta que, con la nueva modificatoria que ha sufrido la figura de la medida cautelar, en la que se ha incluido como un requisito para su presentación, admisión y fundabilidad la razonabilidad de la medida, lo que supone un juicio de ponderación y la protección ante cualquier arbitrariedad, abuso del derecho subjetivo o ejercicio irregular del derecho objetivo; el quebrantamiento de estos presupuestos da pie a la solicitud de indemnización por responsabilidad civil con estudio obligatorio de los elementos subjetivos que la componen.

Lo dicho anteriormente puede parecer injusto y desproporcional en el juicio a llevarse a cabo respecto de la conducta del solicitante, puesto que podría argumentarse que no quería ocasionar daño alguno al afectado con la medida cautelar; sin embargo, para contradecir esta tesis ha de señalarse lo siguiente:

Toda medida cautelar implica una afectación a quién le es impuesta, es decir, el concepto propio de la institución jurídica importa causar un daño justificado legalmente a otra persona, por lo que quien solicita la misma, definitivamente está resuelto a causar el mencionado daño.

Por otro lado, puede argumentarse que el solicitante se encontraba dispuesto a causar la afectación bajo la creencia o convicción de que le correspondía el derecho que invocaba judicialmente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta

también que, a pesar de que son los abogados y jueces quienes conocen el derecho no hay nadie mejor que la parte interviniente en el proceso para conocer la verdad material de los aseverado, debido a que es el titular de la relación material, ello es lo que la legitima para obrar ante el poder judicial; por lo que de ninguna manera se puede afirmar de que proceda bajo la convicción de que le corresponde el derecho, en todo caso, de ser así, dicha creencia ha causado un daño real, por lo que es preferible mirar el asunto desde una ventana de objetividad antes de causar un daño aún peor al afectado con una medida cautelar que, finalmente, tuteló un derecho inexistente; dicho daño es la desprotección.

En consecuencia, la medida cautelar puede ser catalogada como innecesaria o maliciosa, a partir de la comprobación objetiva de que fue invocada sin contar con el respaldo fáctico ni el asidero legal para hacerlo, lo que genera el derecho a indemnizar, pero además por causa de la comprobación de la intensión o negligencias en el actuar del solicitante, que genera la posibilidad de analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

Dicha comprobación se lleva a cabo en el proceso principal, cuya decisión supuestamente buscaba cautelar, puesto que es en dicho proceso en el que se analizan los medios probatorios con la finalidad de dar solución al conflicto o absolver la incertidumbre jurídica.

En la misma línea, ¿Qué influencia tiene la calificación de procedibilidad que emite el Juez que otorga la medida cautelar sobre su carácter de maliciosa o

innecesaria?, en este punto la respuesta se bifurca, cuando nos referidos a medida cautelar maliciosa necesariamente ha mediado abuso del derecho o ejercicio irregular del mismo, cuyos contenidos han sido ya desarrollados en el marco teórico, óptica bajo la cual no corresponde analizar a título de indemnización sino de responsabilidad civil; en cambio, respecto de la medida cautelar innecesaria, esta sí es determinada con la declaratoria de infundabilidad de la demanda, lo que genera el derecho de recibir una indemnización.

Otra cuestión importante a dilucidar respecto de los elementos de la responsabilidad civil es la comprobación acerca de si el daño causado al afectado con la interposición de una medida cautelar maliciosa o innecesaria es responsabilidad exclusiva del solicitante o si además debe tomarse en cuenta la calificación del juez para acreditar una responsabilidad solidaria o una fractura del nexo causal entre la actuación del solicitante y el resultado lesivo.

Para esto, debemos tener presente que la relación causal anteriormente señalada ha sido definida como "...el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia..." (Rioja Bermudez, 2015).

Por tanto, ha sido por demás explicada la existencia de un daño en los casos en discusión; sin embargo, nada se ha dicho acerca de cuál de los hechos debe ser considerado el hecho generador, si la solicitud de mala fe o en abuso del derecho del demandante o la calificación, presumiblemente inadecuada, del operador jurisdiccional que declara fundada dicha solicitud.

Es posible establecer que no existe una fractura de nexo causal entre el actuar abusivo del solicitante de la medida cautelar y el resultado lesivo de dicha solicitud, puesto que, el análisis que realiza el juzgador es únicamente jurídico, no existe un estadio probatorio ni responsabilidad del juzgador de emitir una resolución del fondo del asunto, simplemente se trata de una precalificación en cumplimiento de requisitos legalmente establecidos.

El meollo del asunto, radica en la calificación del primer elemento que debe concurrir para declarar fundada una medida cautelar, la verosimilitud en el derecho invocado y el carácter decisivo o no del mismo.

Se pretende analizar con meridiana precisión el punto de partida de las medidas cautelares; ello con dos objetivos: el primero ubicar jurídicamente el tema dentro del campo de la razonabilidad judicial, esto es la justificación interna de la concesión de las medidas cautelares; y el segundo, como consecuencia de ello, identificar algunos factores igualmente razonables que alcancen a determinar un grado apropiado de la verosimilitud del derecho que se invoque para la justificación precisamente de la medida.

No se discutirá, por tanto, de los presupuestos del periculum in mora ni la contracautela, por estimar que estos son consecuencia del primer elemento; aun cuando el peligro en la demora en resolver sea un complemento de fumus bonis iuris.

Un aporte complementario, es también la reflexión ante la forma como en los últimos tiempos haciéndose una interpretación errónea de las facultades jurisdiccionales que posee un Juez, se han venido concediendo medidas cautelares de manera singular, esto es, sin que exista una suficiente justificación interna en las resoluciones judiciales y de esta manera favorezcan indebidamente intereses ocultos bajo cierta apariencia jurídica, pero que en muchos casos tienen su origen propio en la corrupción.

De comprobarse un comportamiento de este tipo en la concesión de la medida cautelar, bien podría decirse que existe un quiebre de la relación causal o, según el caso, una responsabilidad civil solidaria en el proceder tanto de la parte como del Juez; sin embargo, el análisis a llevar a cabo es en el contexto de una situación normal, en el que los sujetos procesales proceden según sus posibilidades y sin intervención de concierto previo.

Al efecto se tiene que la fórmula procesal de la verosimilitud del derecho invocado, tiene su forma normativa en el primer párrafo del artículo 611º del Código Procesal Civil, el cual establece que el Juez podrá conceder la medida cautelar en la forma que se solicite, siempre que de lo expuesto y prueba anexa,

considere verosímil el derecho invocado; además de los subsiguientes presupuestos formales.

Esta cláusula abierta del Código procesal peruano, permite al juez precisamente realizar un ejercicio de razonamiento en cuanto considera la probable presencia de razones justificables en la concesión de la medida, pero como se indica, la probabilidad no es sobre la correspondencia del derecho invocado sino respecto de las razones justificables para iniciar el proceso principal, lo que, presumiblemente está fundado en una invocación de hechos adecuada.

Para el autor nacional Martell Chang, la verosimilitud no exige comprobación de certeza, sino solamente humo de derecho, esto es, de probabilidad (Martell Chang, 2002). Al efecto, citando a Monroy Palacios refiere que la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión, sino que considere, por lo menos que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible (Monroy Palacios, 2002, p. 173).

La jurisprudencia peruana, tampoco ha aportado mucho para dar una definición más clara de lo que por verosimilitud debe entenderse en el ámbito jurídico. Así en la Ejecutoria del 13 de octubre de 1994 dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, se expone que constituye requisito sustancial para la dación de cualquier tipo de providencia cautelatoria la verosimilitud del derecho invocado.

Peor aún, la Ejecutoria del 20 de febrero de 1995 de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el expediente 230 – 95, estableció que, para hacer lugar a una medida cautelar, el Juzgador no necesita de “acreditación meridiana”, solo requiere que de lo que se exponga y de la prueba en que se sustente puede inferir la “verosimilitud” del derecho invocado y la necesidad de la decisión preventiva”.

En esta última ejecutoria, se aprecia una seria contradicción de orden conceptual. Por un lado, indica que el juez no debe efectuar una acreditación meridiana –sin indicar en que consiste ello- mientras que concluye que la decisión preventiva debe ser producto de lo expuesto en el pedido y de la prueba que se sustente. Obvio es pues, que el juez deberá hacer precisamente un análisis “meridiano” de ambos elementos para arribar a una conclusión; entendiéndose la “meridianeidad” en la conjunción de los juicios de razonamiento del pedido con la prueba aportada.

Consecuentemente, podemos concluir que la fórmula clásica empleada en este extremo es que las medidas cautelares podrán concederse, siempre que se acredite la certeza de que el derecho que se reclama o invoca, existe real, legal y jurídicamente; además de la presencia de algún peligro en la demora y la adecuación referida a la proporcionalidad de la medida a concederse en relación al derecho que aparenta ser afectado. Sin embargo, esta fórmula no nos remite alguna idea de determinación de la certeza de la existencia real o jurídica de apariencia del derecho que se invoca.

Nótese que, al no tenerse certeza en el procedimiento cautelar respecto de la existencia real del derecho invocado, puesto que ni siquiera existe una etapa de actuación probatoria para ello, puesto que se desnaturalizaría el contenido de la medida cautelar, ocurre que tampoco puede imputársele al Juez responsabilidad civil alguna por haber aplicado el principio de presunción de veracidad ante la solicitud del demandante.

Únicamente puede hablarse de una responsabilidad solidaria respecto del daño cuando el Juez ha actuado negligentemente al calificar la medida o cuando se ha coludido con la parte para otorgarla; sin embargo, ello no elimina la responsabilidad civil de quien la interpuso de mala fe y abusando del derecho.

4.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Nuestra hipótesis de investigación fue sistematizada de la siguiente manera:

Los criterios que determinan la inaplicación de la indemnización por daños y perjuicios regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil en los expedientes tramitados ante el Segundo y Tercer Juzgados Civiles de la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca, son:

4.2.1. Insuficiencia normativa en la redacción del artículo 621 del Código Procesal Civil respecto de la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo

Como se ha establecido en el Marco Teórico y en la discusión de resultados, la regulación del artículo 621 del Código Procesal Civil, en cuanto a la indemnización por medida cautelar con demanda infundada, es difusa, tanto en cuanto a la determinación de su contenido y naturaleza como respecto de los procedimientos a utilizarse para su aplicación eficiente.

Esta indeterminación estriba en que no existe diferenciación con la figura de la contracautela que es meramente restitutiva y, tampoco entre indemnización propiamente dicha y responsabilidad civil; pues bien al respecto, luego del estudio dogmático realizado, se ha determinado que dicha indeterminación puede ser solucionada considerando la posibilidad de indemnización para la medida cautelar innecesaria, en la que no ha mediado abuso de derecho ni ejercicio irregular del mismo, la figura de la responsabilidad civil extracontractual y consecuente resarcimiento, en los casos en los que sí se presenten dichas circunstancias.

4.2.2. El desconocimiento de parte de los operadores jurídicos externos, llámese solicitantes y abogados respecto de la naturaleza de la indemnización por medida cautelas maliciosa o innecesaria y los procedimientos a seguir para solicitarla

Esta hipótesis ha sido comprobada con el estudio de los expedientes de la muestra y con las encuestas aplicadas, pues en todos los casos se ha observado que a pesar de concurrir los supuestos necesarios para incoar el petitorio de indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa,

en ninguno se ha procedido con esta actuación; ello, contrastado con las encuestas aplicadas a los operadores, llámese a bogados y jueces, coinciden en señalar que la indeterminación de la norma provoca el desconocimiento acerca de la naturaleza y contenido de la indemnización, así como de los procedimientos a seguir para reclamarla.

De la simple observación de los expedientes parecería corroborarse debido a que se observa que a pesar de la concurrencia de los presupuestos, no se ha presentado pedido alguno de indemnización, lo que indicaría un abandono de parte del demandado; sin embargo, de las opiniones vertidas por los entrevistados se ha obtenido que no es el demandado quién determina las situaciones jurídicas sino su defensor quien al no informar debidamente acerca de las posibilidades que se pueden llevar a cabo en los procedimientos deja inerte a su patrocinado.

De la revisión de los expedientes en los que no se han ubicado pedidos de indemnización, sí puede serlo con las entrevistas realizadas, determinándose que esta hipótesis ha sido comprobada, en el sentido de que el error en la fundamentación de los pedidos se debe a la generalidad de la norma que no permite determinar los supuestos específicos en los que se configuraría la indemnización.

4.2.3. La falta de acuerdo en los criterios judiciales acerca de la naturaleza de la indemnización por medida cautelar maliciosa e innecesaria y los procedimientos para su reclamo

Esta hipótesis ha sido corroborada parcialmente debido a que en el resultado de las encuestas se ha señalado que el problema no es el planteamiento de los pedidos, sino los instrumentos utilizados para tal finalidad, siendo que el principal, la norma, es demasiado general y no especifica los supuestos aplicables ni los procedimientos a seguir en cada caso.

Con las encuestas aplicadas, puesto que los operadores jurisdiccionales han reconocido que existe un alto grado de posibilidad de que los jueces resuelvan contradictoriamente al momento de integrar los vacíos normativos existentes respecto de los supuestos y los procedimientos a seguir respecto de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria.

Con la opinión de los entrevistados la causa mayoritaria de la nula incidencia en la interposición de pedidos para obtener la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria se debe al desconocimiento o desinterés de los abogados en la orientación a su patrocinado acerca de esta posibilidad.

Sin embargo, esto se ubica a nivel de posibilidad pues en el análisis de los expedientes no ha sido posible revisar criterios judiciales debido a que no

se ha llegado hasta la etapa de resolución judicial, lo que se ha corroborado es que se presentan todos los presupuestos para reclamar la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria pero no se presenta la solicitud correspondiente. Ahora, como se mencionó en el planteamiento del problema, contamos con dos casos tipo, uno en el que el juzgador sostiene que la indemnización debe tenerse como una configuración de los elementos objetivos de la norma y la otra que opina en contrario y asevera que debe analizarse a título de responsabilidad civil extracontractual, pero ello no es suficiente para asegurar que existan diversidad de criterios.

4.3.PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 621 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 768, CÓDIGO PROCESAL CIVIL

APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

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

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal

respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

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

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

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

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

suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

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

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Entiéndase como exposición de motivos a lo desarrollado en la discusión del presente informe de tesis.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

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

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que quienes fuesen afectados con la interposición de medida cautelar maliciosa o innecesaria tendrían la posibilidad de requerir judicialmente la indemnización por los daños y perjuicios que les fueron ocasionados con análisis obligatorio de todos los elementos que concurren en dicha responsabilidad.

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

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite abrir una posibilidad normativa para el ejercicio de la indemnización cuando ha mediado abuso de derecho o su ejercicio irregular al interponer una medida cautelar, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

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

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 621 DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, APROBADO POR RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar la última parte del primer párrafo y el segundo párrafo del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, con la finalidad de otorgar al afectado con una medida cautelar maliciosa o innecesaria la posibilidad de contar con un mecanismo de resarcimiento del daño causado con la misma.

Artículo 2. Modificación de la última parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 621 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

Modifíquese la última parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 621 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 621. Sanciones por medida cautelar maliciosa o innecesaria

Si se declara infundada o improcedente una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados; dicha indemnización podrá solicitarse a título de

responsabilidad civil extracontractual en caso de infundabilidad de conformidad con lo regulado en el artículo 322 del presente código y a título de resarcimiento en caso de que concurren los supuestos regulados en el artículo 321 del mismo cuerpo normativo.

La indemnización será tramitada en el cuaderno principal y fijada por el Juez de la demanda, previo traslado por tres días.

(...)

Artículo 3. Vigencia de la Ley

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

Artículo 4. Derogatoria

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

Cajamarca, noviembre de 2017.

Congresista de la República

CONCLUSIONES

1. La finalidad de la regulación contenida en el artículo 621 del Código Procesal civil es la materialización de la reparación de un daño determinado por un mandato legal, que la demanda haya sido declarada infundada; sin embargo, ello deja en desprotección al afectado con la medida cautelar en los casos en los que media abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo.
2. El mandato legal contemplado en el artículo 621 del Código Procesal Civil, determina la posibilidad de análisis de los elementos objetivos de la norma, motivo por el cual basta con la corroboración de que la demanda ha sido declarada infundada para que opere de pleno derecho la fijación de una indemnización; pero dicha indemnización debe estar sujeta tanto a la verificación objetiva regulada por la norma como a la configuración de los elementos de la responsabilidad civil en los casos en los que media abuso de derecho o ejercicio irregular del mismo.
3. La indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria se diferencia de la contracautela, puesto que esta última importa la restitución del daño causado por la demora y los alcances del procedimiento mismo sin analizar cuestiones de fundabilidad y, en la primera, se indemniza el daño causado por haber incoado una demanda sin fundamentos.
4. La indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria no se encuentra regulada como una figura que genera responsabilidad civil, pues, según el texto legal este concepto importa restitución o reparación propia de la indemnización; sin embargo, debido a que su configuración contiene de un ejercicio irregular del

derecho debe estar referida al resarcimiento de un daño y generar responsabilidad civil.

5. Los contenidos mencionados, en lo que respecta a la eficacia de la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, al ser contrastados en el plano fáctico, se ha obtenido que en el distrito judicial de Cajamarca carecen de aplicación lo que indica una posible ineficacia; primero porque no se ha alcanzado tutela jurisdiccional efectiva en los dos casos tipo analizados y, segundo, porque en todos los demás casos explorados no existen solicitudes de indemnización.
6. Respecto del criterio tomado en cuenta para determinar la posibilidad de ineficacia de la indemnización regulada en el artículo 621 del Código Procesal Civil en el Distrito Judicial de Cajamarca, se ha determinado que éste es el desuetudo, criterio desarrollado por Kelsen y que involucra el desuso o inaplicación sistemática que sufre una norma en determinado ámbito jurídico; claro está que en el presente caso solo se trata de uno de los distritos judiciales de nuestro país, sin embargo, este es un indicador de que este criterio se está configurando.
7. Finalmente, el hecho de que se presente desuetudo de la norma no es razón suficiente para argumentar su invalidez y su expulsión del ordenamiento jurídico peruano, sino que sirve como fundamento para propiciar su modificación para una debida configuración en la realidad y promocionar su correcta interpretación.

RECOMENDACIONES

- 1.1. Se recomienda a los órganos jurisdiccionales la unificación de criterios respecto de la aplicación de la indemnización por ejecución de medida cautelar maliciosa o innecesaria en pro de la seguridad jurídica de los justiciables.

- 1.2. Se recomienda al legislativo la modificación del artículo 621 del Código Procesal Civil de conformidad con los señalados en la última parte de la discusión de la presente tesis.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (1991). La medida cautelar en la acción de amparo. *Derecho PUCP*, 400-420.
- Alegría Alfaro, L. (2015). *Teoría de la Responsabilidad Civil*. Lima: Universidad Los Andes.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. (G. J. Malem, Trad.) Barcelona.
- Barona Vilar, S. (2012). *Las medidas cautelares*. Barcelona: Arestra.
- Bentrán Pacheco, P. (2010). Comentario al Tercer Pleno Casatorio Civil. En C. S. República, *Tercer Pleno Casatorio Civil* (págs. 41-62). Lima: Fondo Editorial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Bordalí Salamanca, A. (2006). El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de derecho*, 205-228.
- Burga Coronel, Á. M. (15 de 11 de 2015). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistémico de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas.
- Calderón Cuadrado. (2013). *Medidas cautelares*. Lima.

- Calderón Cuadrado, M. P. (1992). *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*. Lima: Civitas.
- Calvo Soler, R. (2007). La Ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría Pura del Derecho. *Isonomía N° 27*, 171-191.
- Campos Murillo, W. (2017). La adecuación en las medidas cautelares. *Revista de Derecho de la PUCP*, 52-60.
- Congreso de la República. (15 de Noviembre de 2017). *Proyectos de Ley presentados (periodo 2006-2011)*. Obtenido de Proyectos de Ley presentados (periodo 2006-2011):
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>
- Cuentas Ormachea, E. (2013). *El abuso del derecho*.
- Delgado Pinto, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *Doxa 7*, 100-167.
- Diez Picazo, L., & Gullón Ballesteros, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil, T II, Edic. Novena*. Madrid: Tecnos.
- Esparza Martínez, B. (2015). *La reparación del Daño*. México: INACIPE.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). *Derecho de la Responsabilidad Civil, Segunda Edic. Actualizada Aumentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Ramos, B. (2012). Las intervenciones corporales en el nuevo Código Procesal Penal. En P. E. Revilla Llaza, *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004* (págs. 449-489). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Fairen Guillén, V. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal*. México: UNAM.

- Fernández Cruz, G. (2015). *Tutela y Remedios. La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa*. Lima: Ius Et Veritas.
- Fernández Sessarego, C. (1985). *Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*. Lima: Studium.
- Fernando Cruz, G. (2001). *Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica*. Lima: ARA Editores.
- Gallardo Miraval, J. (2000). *Cautela y contracautela en el proceso civil*. Lima: UNMSM.
- Guerra Cerrón, M. (2009). El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar. *Actualidad Jurídica N° 188*, 30-45.
- Heno Pérez, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri. (2015). *Metodología de la Investigación Científica*. México: UNAM.
- Hinestrosa Forero, F. (1983). *Escritos varios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez Vargas-Machuca. (2015). *Apuntes sobre medidas cautelares*. Lima: Corte Superior de Justicia de Lima.
- Jiménez, J. (29 de Noviembre de 2015). *Blog de Javier Jiménez*. Obtenido de Blog de Javier Jiménez: <http://deradmjavierjimenez.blogspot.pe/2010/11/las-medidas-cautelares-innovativas-y-de.html>

- Kelsen, H. (1986). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ledesma Narváez, M. (2008). *La póliza judicial en el proceso cautelar*. Lima: PUCP.
- López Herrera, E. (2012). *Manual de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lovón Sánchez, J. A. (2009). *La responsabilidad civil de los jueces*. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.
- Martel Chang, R. (2003). *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Lima: Palesta Editores.
- Martell Chang, R. (2002). *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso Civil*. Lima: San Marcos.
- Martinez Botos, R. (1994). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Universidad.
- Martinez Rave, G. (1996). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Medellín.
- Masciotra, M. (2005). *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Matteucci, N. (1963). Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- Maurino, L. A. (2001). Abuso del derecho en el proceso. *La Ley*, 50-72.
- Monroy Gálvez, J. (1987). *Temas de Derecho Procesal Civil*. Lima: Studium.
- Monroy Palacios, J. J. (2002). *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Chavín.

- Monroy Palacios, J. J. (2004). *La tutela procesal de los Derechos*. Lima: Palestra.
- Montenegro Cannon, M. (2000). *La cautela en el proceso civil peruano*. Lima:
Gráfica Horizonte Sociedad Anónima.
- Mosterín, J. (2000). *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza.
- Navarro, P., & Moreso, J. J. (1996). Aplicabilidad y eficacia de la normas jurídicas.
Isonomía N° 5, 119-139.
- Naveira Zarra, M. (2005). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil
extracontractual*. La Coruña: Universidade da Coruña.
- Novellino, N. (2004). *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos
Aires: La Ley.
- Orgaz, A. (1931). *Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas :
legislación argentina y comparada*. Buenos Aires: Dirección General de
Publicidad.
- Orgaz, A. (1960). *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba.
- Ortells Ramos, M. (2001). *Las medidas cautelares*. Valencia: Distribuciones de La
Ley S.A.
- Ospina Sepúlveda, R. (2013). *Principio de la Buena Fe y Responsabilidad de la
Administración Pública*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Osterling Parodi, F. (2014). *Indemnización por daño moral*. Lima: PUCP.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*.
Lima: PUCP.

Palacio, L. E. (1992). *Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios*.

Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pariasca Martínez, J. (2015). La Responsabilidad Civil. Presente y Distorsiones.

IUS - USAT Doctrina, 1-15.

Peirano Facio, J. (1954). *Responsabilidad extracontractual*.

Peláez Bardales, M. (2007). *El proceso cautelar*. Lima: Grijley.

Peyrano, J. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.

Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México DF: Fontamara.

Prieto Valdés, M. (10 de Abril de 2001). *Cuba Siglo XXI*. Obtenido de Cuba Siglo

XXI: https://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto5_310702.htm

Puig Brutau, J. (1998). *Fundamentos de Derecho Civil, T II, Edic. Primera*. Madrid:

Bosh.

Quintero, B. (2005). *Teoría general del Proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Ramírez Jiménez, N. (2010). Crónicas del Tercer Pleno Casatorio. En C. S.

República, *Tercer Pleno Casatorio Civil* (págs. 65-69). Lima: Fondo Editorial
de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Ramos Romeu, F. (2006). *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico*

económico. Barcelona: Atelier.

Reglero Campos, F. (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: ARANZADI.

Rioja Bermudez, A. (29 de Noviembre de 2015). *Blog de la Pontificia Universidad*

Católica del Perú - DIA. Obtenido de Blog de la Pontificia Universidad

Católica del Perú - DIA:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/02/03/medida-cautelar/>

Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.)

Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Rosas Berastain, V. (2008). *La responsabilidad civil extracontractual a la luz de sus funciones: utilidad de los daños punitivos como medida de sanción y prevención*. Lima: Palestra Editores.

Salvi, C. (1985). *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*. Nápoles: Jovene Editore.

Sanchez Zorrilla, M. (2006). *Guía para elaborar tesis*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Santos Briz, J. (2004). *La Responsabilidad Civil: Temas Actuales*. Madrid: Edit. Monte corvo S. A.

Sconamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Ed. Universidad Externado.

Sierra Bravo, R. (2007). *Tesis Doctorales y trabajos de investigación científica*. Madrid: Thomson.

STC N.º 0048-2004-PI/TC, N.º 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 5 de abril de 2005).

Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil*. Lima: Grijley.

Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Díké.
- Taramona, J. (1996). *Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares*. Lima:
Huallaga.
- Ticona Postigo, V. (1996). *Análisis y comentarios del Código Procesal Civil*. Lima:
Grijley.
- Trazegnies Granda, F. (1995). La muerte del Legislador. *Discurso de incorporación
como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho*, (págs. 849-
875). Lima.
- Trazegnies Granda, F. (2001). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima:
PUCP.
- Trimarchi, P. (1984). *causalità giuridicae danno*. Milano: Giuffré.
- Universidad Nacional de Cajamarca Escuela de Post Grado. (Noviembre de 2009).
Protocolo general. *Proyectos de investigación, tesis de maestría y
doctorado*. Cajamarca, Cajamarca, Perú: Escuela de Post Grado.
- Vera Vélez, L. (s.f.). *Investigación Educativa*.
- Veramendi Flores, E. (2013). *Restricción a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la
Pretensión de Indemnización por ejecución de medida cautelar maliciosa o
innecesaria*. Huánuco: Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco.
- Wright, R. W. (1995). Right, Justice and Tort Law. *Moral Foundations of the law of
Torts*, 105-124.
- Yaya Zumaeta, U. (2014). *La Contracautela. Requisito de ejecución de las Medidas
Cautelares*. Lima: Poder Judicial.

Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. (M. Gascón,
Trad.) Madrid: Trotta.

ANEXOS

ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA

La presente guía será aplicada a los denominados operadores jurídicos en la investigación, estos son: Jueces, secretarios y asistentes jurisdiccionales, que se han visto inmersos en la tramitación de procesos civiles y cuenten con experiencias respecto de la interposición de medidas cautelares maliciosas o innecesarias y la consecuencia de ello.

- 1. En su experiencia como operador jurídico, ¿en cuántos casos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias ha intervenido?**

- 2. ¿Cuáles son las causas que Usted ha identificado para la presentación de baja incidencia en peticiones de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria?**

3. **¿Los pedidos de indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria diferencian entre los contenidos de contracautela, resarcimiento e indemnización?**

4. **¿Qué opinión le merece la formulación y fundamentación de pedidos de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias presentados ante el juzgado?**

5. **¿Existen apreciaciones uniformes de los jueces al integrar la norma genérica contenida en el artículo 621 del Código Procesal Civil?**

6. **¿Conoce cuál es el nivel de conocimiento de las partes y la falta de orientación de parte de los abogados de la posibilidad de peticionar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?**

ANEXO 2: FICHA DE OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD

- 1. Expedientes en los que se ha solicitado una medida cautelar y han concluido con Sentencia que declara infundada la demanda**

- 2. Expedientes estudiados en los que se ha solicitado la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria**

- 3. Incidencias respecto de los pedidos de parte por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias**

4. Incidencias respecto de las condenas por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por medidas cautelares maliciosas o innecesarias
