

EL NUEVO PRESUPUESTO DE LA MEDIDA CAUTELAR: LA RAZONABILIDAD

ERICK VERAMENDI FLORES¹

«En el presente artículo, el autor desarrolla los presupuestos de la medida cautelar, precisando que se deben tener en cuenta el tipo de medida cautelar para examinar los presupuestos cautelares; asimismo, resalta que la contracautela es un requisito de cumplimiento de la medida cautelar. Asimismo, busca dar contenido al nuevo presupuesto de razonabilidad, demostrando que la doctrina no es uniforme en su definición, para finalmente proponer la aplicación del principio de razonabilidad a través de la técnica del principio de proporcionalidad utilizado por el Derecho Constitucional»

Sumario

1. Introducción
2. Medida cautelar
3. Presupuestos de las medidas cautelares
 - 3.1. Verosimilitud o presunción del derecho: *fumus boni iuris*
 - 3.2. Peligro en la demora: *periculum in mora*
 - 3.3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión: un nuevo presupuesto
4. La contracautela: ¿presupuesto o requisito de cumplimiento?
5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

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

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

¹ Abogado. Magister en Derecho Civil y Comercial. Cursando estudios de Maestría con mención en Derecho Procesal. Egresado de PROFA primer nivel AMAG.

En efecto, con la reciente modificación legislativa del artículo 611º del Código Procesal Civil, modificado por Ley N 29384², dentro de nuestra legislación se ha incorporado expresamente un nuevo presupuesto a la decisión cautelar, esto es, la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. No obstante ello, desde la modificación poco se ha dicho del contenido y alcance del presupuesto de razonabilidad, por eso, en el presente trabajo nos proponemos ensayar su contenido y alcance. Aprovechando estas líneas también haremos una necesaria referencia a los presupuestos cautelares, teniendo en cuenta las clases de medidas cautelares, esto es, las medidas cautelares sobre el fondo y las medidas innovativas y de no innovar.

2. MEDIDA CAUTELAR

Una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual el ordenamiento procesal provee al ciudadano de la medida cautelar, con la finalidad de garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho. Por eso, la medida cautelar ha sido entendida como un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico, sino también fáctico³. La función de la tutela cautelar es evitar que la duración del proceso que el demandante se ve en la obligación de iniciar para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que ella sufre; o, hacerla más gravosa (sin necesidad de que la lesión produzca consecuencias irreparables); o, permitir que se consuma la lesión que en la situación anterior a la del inicio del proceso era una mera amenaza⁴.

Las llamadas *medidas cautelares* constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el peticionante que ha demostrado *prima facie* que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posible actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar la contraparte, y que, previa garantía de una contracautela, pueden ser decretadas por el juez *inaudita parte* y con la discrecionalidad que considere, conforme las circunstancias del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, haciendo cosa juzgada formal lo allí dispuesto, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes (fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en el decisorio de dicho proceso principal (fin mediato)⁵. La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la

² Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28.06.2009.

³ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Chavín, Comunidad, Lima 2002, p. 125.

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, Lima 2006, p. 34.

⁵ BACRE, ALDO. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005, pág. 53.

demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se requiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar)⁶. Para la concesión de una medida cautelar es requisito previo que concurren ciertos presupuestos, lo que a continuación nos referimos.

3. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Clásicamente se consideran como presupuestos de la medida cautelar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en tanto, que la caución es un requisito de su cumplimiento. Dentro de nuestro ordenamiento legal, además se ha introducido como un presupuesto la razonabilidad de la medida cautelar. Presupuestos que el juez ha de verificar al momento de decidir la solicitud cautelar⁷.

3.1. VEROSIMILITUD O PRESUNCIÓN DEL DERECHO: *FUMUS BONI IURIS*

Por regla general la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere de la instrucción suficientemente extensa para formar convicción – certeza– al juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos con interés en el litigio. En las medidas cautelares, conforme al interés que las justifica: el temor de la frustración o su urgencia, exigen suprimir o disminuir la instrucción y demorar la partición de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria –cognición sumaria–, de manera que proporcione la verosimilitud de derecho⁸. Por eso, la adopción de la medida cautelar no debe depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor, en uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, verosimilitud de apariencia del buen derecho⁹. Al respecto el autor PODETTI refiere «El interés privado y público de asegurar la oportuna y eficaz actuación de un derecho, permite prescindir, provisionalmente, de su *justificación*, pero nunca de su existencia»¹⁰. Por eso, al ser el procedimiento cautelar sumario, sin la existencia de estación probatoria, menos la posibilidad de su actuación nace el presupuesto de verosimilitud del derecho. De allí que el profesor JUAN JOSÉ MONROY GÁLVEZ manifieste que precisamente, por aquella situación de *urgencia*, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de

⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 36.

⁷ Cabe mencionar que el juez deberá verificar de un lado, el plano procesal (presupuestos y condiciones de la acción), y otro de mérito, esto es, el fondo mismo de la discusión, la posibilidad de conceder o no el pedido cautelar (Monroy Palacios, Juan José).

⁸ PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, p. 54.

⁹ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, p. 680.

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

las posibilidades de su posición frente al proceso¹¹. Precisa, la razón de ser de la verosimilitud, llamado *fumus boni iuris*, es que requiere para la obtención de la medida cautelar sólo el “humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante¹².

La medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente *prima facie*, es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental. No debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan armónicamente en un momento diferente del juicio. Al órgano jurisdiccional le basta y es suficiente la apariencia fundada del derecho, lo que equivale a responder asertivamente a la viabilidad jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema¹³. KIELMANOVICH destaca que algunos casos la ley presume la verosimilitud del derecho, por las situaciones de las personas, la naturaleza de la pretensión o por el estado del proceso en el cual se pide, así cuando se trata de medidas cautelares a favor de quien obtuvo sentencia favorable¹⁴.

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

3.2. PELIGRO EN LA DEMORA: *PERICULUM IN MORA*

Para CALAMANDREI, citado por PRIORI POSADA, el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares. El peligro en la demora configura el *interés para obrar* necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar¹⁵.

El *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que los actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece tutela

¹¹ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Editorial Chavín, Comunidad, Lima 2002, p. 171.

¹² MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. Cit., p. 173-174.

¹³ HINOSTROZA, Alberto. *El Embargo y Otras Medidas Cautelares*. Editorial San Marcos, Lima 2002, p. 38.

¹⁴ KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas Cautelares*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000, p. 52.

¹⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 37.

especial¹⁶. Nace porque el proceso judicial no puede ser solucionado en forma inmediata y se complementa con las posibles actitudes que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto¹⁷. PRIORI afirma que el peligro en la demora se configura por dos caracteres: (a) el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; (b) el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

Al respecto, el autor ALBERTO HINOSTROZA MINGUEZ afirma: «hay quienes condicionan la admisión de la solicitud cautelar a la presencia de un peligro en la demora de carácter potencial o inminente (cuya prueba –advertimos– no es de fácil obtención). En nuestra opinión el trámite prolongado de los procesos es suficiente para que se dé el *puculum in mora* por cuanto resulta ingenuo pensar que el demandado (o el reconvenido), ante la posibilidad de perder litigio, no va a disponer de su patrimonio para así evitar su ejecución »¹⁸. En sentido contrario, PRIORI afirma que si la determinación de si existe o no peligro en la demora no pasa por una evaluación genérica abstracta, sino por un juicio realizado a partir del caso concreto, es decir, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a la situación que es sometida al proceso y, además, teniendo en consideración los poderes que la parte puede ejercitar legítimamente para evitar el perjuicio, y que no son de orden procesal, sino más bien de orden material¹⁹. Nosotros también consideramos que el peligro en la demora debe determinar en cada caso concreto.

Algunos ejemplos: cuando el deudor desaparece de su domicilio o de su establecimiento. La disposición de bienes por el deudor. La pérdida de cosecha o caída de precios de los productos que se fabrican. Uso o inactividad del automóvil, etc.

Configuración especial del peligro en la demora. Cabe resaltar que la configuración del peligro en la demora, antes mencionado, es aplicable básicamente para las medidas cautelares de futura ejecución forzada (embargo), porque en caso de las medidas cautelares coincidentes²⁰ o tutela anticipada se deberá acreditar el *peligro de la irreparabilidad*. Por eso HINOSTROZA afirma que en lo que toca a medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas y de no innovar, señalamos que, por su naturaleza, suponen la existencia de un *peligro en la demora potencial o inminente*. En efecto, la configuración del peligro en la demora, también dependerá del tipo de medida cautelar,

¹⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. Cit., p. 176. Adolfo Rivas, afirma que en el caso de las medidas cautelares de anotación de demanda, el peligro en la demora se configura por la duración del pleito, con la posibilidad de enajenación del bien negociación del bien (Rivas, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Editorial Rodhas, Lima 2000, p. 172)

¹⁷ La amenaza de la ineficacia del proceso (peligro en la demora) hace que el trámite del proceso se estructure de una forma sumaria, restringiendo el derecho de contradicción del afectado hasta un momento posterior de la decisión cautelar.

¹⁸ HINOSTROZA, Alberto. *El Embargo y otras Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 42.

¹⁹ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. Cit., p. 38.

²⁰ Las medidas cautelares no coincidentes son aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda. Las medidas cautelares coincidentes son aquellas que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda (Monroy Palacios). Para otros las medidas coincidentes son los llamados tutela anticipada (Marinoni).

así: (i) en el caso de las medidas cautelares de no innovar e innovar, el peligro en la demora consiste en el *inminente perjuicio irreparable*; (ii) en el caso de las medidas cautelares sobre el fondo, se exige la *necesidad impostergable o privación innecesaria*, si bien debe acreditarse adecuadamente, en algunos casos se presume de acuerdo al tipo de reclamo formulado, por ejemplo, las medidas cautelares sobre el fondo en familia, se presume el peligro en la demora por la necesidad que se buscan satisfacer: alimentos, administración de patrimonio, en general la necesidad de proveer solución a los conflictos familiares, etc.²¹. También se afirma que el peligro en la demora en el Derecho Público exige irreparabilidad, en consideración del interés público comprometido en la *litis*, pues frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados y el interés público, debe primar el interés general²². De otro lado, es de precisarse que no se configurara peligro en la demora en caso de procesos seguidos contra el Estado (artículo 616º del Código Procesal Civil), en razón de su absoluta solvencia y responsabilidad patrimonial²³. Esta precisión es importante porque en la práctica judicial muchos operadores de justicia no tienen en cuenta los presupuestos procesales a partir del tipo de medida cautelar que se solicita.

3.3. LA RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA PRETENSIÓN: UN NUEVO PRESUPUESTO

Hablar de la razonabilidad, como nuevo presupuesto de la medida cautelar, hace necesario referirnos en primer lugar sus antecedentes legislativos. En efecto, el Dictamen sobre el proyecto de Ley N.º 3079/2008-CR, hace referencia que la ausencia del presupuesto de razonabilidad (adecuación o proporcionalidad) hace que los malos litigantes utilicen abusivamente las solicitudes cautelares, como mecanismos de presión a fin de obtener ventajas indebidas, por eso se hace necesario que la decisión cautelar sea adecuada a pretensión principal, que sea proporcional, razonable²⁴. No obstante ello, a nuestro entender el indicado proyecto utiliza indistintamente, los conceptos de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación; como si se trataran de sinónimos.

La profesora MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN, afirma que la adecuación ya se encontraba regulada en el artículo 611º del Código Procesal Civil, y la única figura que se está introduciendo al proceso cautelar es el principio de razonabilidad. La indicada profesora afirma que el principio de razonabilidad y proporcionalidad, en realidad son elementos del principio de adecuación²⁵. Asimismo, el profesor JUAN JOSE MONROY PALACIOS considera que la congruencia y proporcionalidad constituyen elementos de la adecuación²⁶. Para nosotros, partiendo de la doctrina constitucional, la adecuación es

²¹ RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares: en el Proceso Civil peruano*. Editorial Rodhas, Trujillo 2000, p. 208.

²² KIELMANOVICK, Jorge. *Medidas Cautelares*. Ob. Cit., p. 53.

²³ *Ibíd*em, p. 53.

²⁴ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>. Fecha: 30/11/2010.

²⁵ GUERRA CERRON, María Elena. *El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar*. Actualidad Jurídica N 188, Julio 2009, Gaceta Jurídica, p. 36.

²⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. cit., p. 186 y siguientes.

un elemento de la proporcionalidad, en tanto, que la proporcionalidad y razonabilidad son entendidas como sinónimos, conforme a continuación exponemos.

¿Qué es la razonabilidad? El concepto de razonabilidad se identifica con el de racionalidad, es un concepto vago, componente común de los conceptos jurídicos indeterminados²⁷, y de contenido variable en sentido histórico-social, que más que por sí mismo se puede identificar por contraposición a la arbitrariedad²⁸. Para entender la razonabilidad, debemos partir de la diferencia entre la lógica pura racional y la lógica de lo razonable²⁹. ATIENZA, citado por FRANCISCO CHAMORRO BERNAL³⁰, señala que la decisión jurídica *racional* es aquella que puede ser justificada racionalmente, la misma que se producirá, si y solo si: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2) respecta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica del punto anterior, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento. En cambio una decisión jurídica sería simplemente *razonable* si y sólo sí: a) se adopta cuando no es posible tomar una decisión racional; b) logra un equilibrio óptimo entre las exigencias que plantea la decisión; y, c) obtiene un máximo de consenso. Para el indicado autor, la razonabilidad es subsidiaria de la racionalidad y que esa subsidiariedad es la situación normal en el campo del derecho. Sin embargo, CHAMORRO plantea la siguiente interrogante: *¿hasta que punto nos encontramos todavía en el terreno de lo racional y no en el de lo razonable?* Responde citando a RECASENS SICHES, el campo de la estricta racionalidad es, por tanto, muy limitado en el Derecho, pues queda reducido a las formas jurídicas puras o a priori (por ejemplo, no puede existir derecho sin el correlativo deber), al principio de identidad o no contradicción, a las inferencias, a determinadas cuestiones prácticas (matemáticas, etc.) y poca cosa más. Todo lo demás habría de basarse en lo lógico no de lo racional sino de lo razonable. Y es que la decisión puramente racional sólo puede ser una, mientras que, descartada esta por los motivos que sean, las decisiones razonables posibles pueden ser varias, *debiendo tener por tanto los órganos*

²⁷ «[...] La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos, y por consiguiente, impide al interprete conocer *a priori* –o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico– si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición. Dicho en sentido contrario, una disposición jurídica esta determinada o está exenta de indeterminación, cuando hace explícito plenamente el conjunto de sus significados normativos y, como consecuencia, hace posible conocer *a priori*, cuáles son las normas que estatuye» [Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, p. 103-104].

²⁸ Martínez Tapia citado por David Giménez Gluck, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Editorial Bosch, Barcelona 2004, pp. 55-56. Asimismo, Giménez citando a Carrasco Perrera refiere que el juicio de razonabilidad es un juicio complejo donde se mezclan decisiones de valor y ciertas apreciaciones de carácter político.

²⁹ Un ejemplo típico en el Derecho es el formulado por RECASENS SICHES. Explica el caso del campesino polaco que acude en compañía de su oso al ferrocarril, lugar donde existía un letrero que decía “prohibido pasar al andén con perros”. La interpretación estrictamente lógica y racional habría sido que, al no estar comprendidos los osos en la categoría de perros, el empleado del ferrocarril debería haber dejado pasar al campesino al andén con su oso. Sin embargo, obviamente la decisión que adoptó el empleado de los ferrocarriles fue la de prohibirle el paso, decisión que no era estrictamente racional sino la razonable que, en su lugar, habría tomado cualquier persona con sentido común.

³⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona 1994, pp. 257-259.

jurisdiccionales un cierto margen de libertad. Agrega que las resoluciones además de ser motivadas y fundamentadas en Derecho, las mismas han de reunir un requisito adicional de su racionalidad o razonabilidad, han de ser racionales o, como mínimo razonables³¹. Dejando constancia que existen otras acepciones desarrolladas por el citado tribunal.

BERNAL CHAMORRO refiere que la razonabilidad no tiene un significado unívoco, pues no en todos los contextos viene a significar lo mismo. Para la jurisprudencia constitucional española es *razonable* un acto o decisión cuando tiene una causa o finalidad que lo justifica, cuando esa finalidad es acorde y proporcionada a los medios empleados, cuando la decisión no conduce al absurdo y respeta los valores constitucionales y cuando, después de analizada podría ser reconocida como tal por cualquier persona³². En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN, quien agrega, para algunos la razonabilidad es sinónimo de proporcionalidad y parte de ésta última; otros las consideran principios autónomos pero íntimamente relacionados³³.

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN refiere que la razonabilidad alude a un juicio de valores, intereses o fines involucrados³⁴. Entiende que el principio de razonabilidad se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia, exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales responda a un fin lícito y que los medios utilizados para conseguirlo sean proporcionales (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula). En otras palabras, el principio de razonabilidad implica también la exigencia de la proporcionalidad. La exigencia de fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que tanto el estatuto, la regulación y los límites al ejercicio de los derechos fundamentales deben obedecer a causas objetivas de justificación, basados en criterios de verdad y de justicia. La exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados, necesarios y proporcionados. Siguiendo a la doctrina alemana, refiere que la exigencia de adecuación importa un control de idoneidad sobre la medida que interviene en los derechos fundamentales a fin de determinar si reúne las condiciones necesarias para conseguir la finalidad perseguida con ella; la exigencia de necesidad importa un control sobre la imprescindibilidad de la intervención o la limitación del derecho fundamental; y, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, importa un control de la razonabilidad o proporcionalidad de la intervención, a fin de determinar si la carga o el límite que supone la medida en el derecho fundamental es razonable o proporcional en comparación con la finalidad perseguida³⁵. Para el citado autor, la razonabilidad es un elemento del debido proceso sustantivo.

³¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Ob. cit., p. 59

³² *Ibíd.*, p. 267-268.

³³ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores, Lima 2001, p. 165.

³⁴ *Ibíd.*, p. 162.

³⁵ *Ibíd.*, p. 166-169.

MANUEL ESTUARDO LUJAN TÚPEZ, citando a MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, señala que la razonabilidad es la capacidad de encontrar una respuesta que en un conflicto jurídico sea capaz de producir una solución que mantenga la paz social y armonía que existía entre las partes que litigan antes de encontrarse en conflicto. En otras palabras, si acaso no pudiera anular el conflicto, al menor provocar la solución menos traumática para los que litiguen³⁶. La razonabilidad importa que una conclusión sea proporcional al fin que busca, del mismo modo que es proporcional a los medios empleados para demostrar las premisas que provocan la consecuencia. La razonabilidad debe ser no solo formal, sino material³⁷. También el profesor AUGUSTO M. MORELLO, refiriéndose al principio de razonabilidad refiere: «[...] Los límites están presentes para impedir lo arbitrario, la demasía en lo discrecional, la ruptura del equilibrio, o el abuso. Son criterios de razón. Sin su presencia y prudente equilibrio se resiente y recompensa el conjunto y se traba la marcha y el acceso a los fines. No deja de ser beneficioso reparar ello»³⁸. Recientemente el Tribunal Constitucional³⁹ en el expediente N.º 03167-2010-PA/TC Arequipa, caso Sandro Favio Ugarte Herrera, ha expresado: «[...] 11. *En*

³⁶ LUJÁN TUPEZ, Manuel Estuardo. *Teoría de la Argumentación*. En Razonamiento Jurídico. Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 327.

³⁷ *Ibidem*, p. 250-251.

³⁸ M. MORELLO, Augusto. *Legalidad – seguridad jurídica – razonabilidad, los contrapesos para el equilibrio: privación excesiva de justicia: excesivo ritual manifiesto*. En: *Acceso al derecho procesal civil*. Tomo I, Librería Editora Platense. Buenos Aires 2007, p. 617.

³⁹ El Tribunal Constitucional peruano ha utilizado indistintamente el principio de razonabilidad y proporcionalidad, así en el expediente N.º 2192-2004-AA /TC ha afirmado: «[...] 15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación [...]». Asimismo, en el expediente 2235-2004-AA/TC ha señalado: «[...] Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los sub criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél [...]». De la misma forma, en el expediente 045-2004-PI/TC ha afirmado: «[...] De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno [...] En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad [...]». Conforme a lo señalado por nuestro máximo interprete de la Constitución el principio de razonabilidad forma parte del principio de proporcionalidad.

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

Conforme a lo antes expuesto, no existe consenso respecto de la definición del principio de razonabilidad, sin embargo, la orientación es por entender que la razonabilidad es sinónimo de proporcionalidad. Criterio que nosotros asumimos, no solo por los argumentos expuestos, sino además por la configuración especial del trámite cautelar, pues no solo se debe buscar proteger al acreedor demandante, sino al afectado, de modo tal que no se incurra en excesos. La exigencia de proporcionalidad en la decisión cautelar no es un tema novedoso, ya la doctrina se venía pronunciando al respecto. Así, FRANCISCO RAMOS ROMEO señala que el juez al controlar la decisión cautelar deberá realizar un examen de proporcionalidad de la cautelar en sentido estricto. La medida debe ser proporcionada teniendo en cuenta los intereses en conflicto, los daños que pueda sufrir el demandante, los daños que pueda sufrir el demandado, y los daños que puedan sufrir terceros. La medida cautelar proporcionada en sentido estricto, no es más que la medida cautelar óptima. La respuesta será proporcionada cuando sus costes son inferiores a sus beneficios, y de una actuación desproporcionada cuando sus costes son muy superiores a los beneficios que se esperan de ella⁴⁰. FRANCESCO CARNELUTTI planteaba que se debe conferir al juez la potestad de emanar providencias cautelares adaptándolas, según su prudente arbitrio, a los caracteres de los casos singulares⁴¹. Aquí el juez deberá ponderar si es razonable sacrificar los intereses del afectado para satisfacer la pretensión del demandante. Destaca el profesor JOAN PICÓ I JUNOY: «[...] las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes, a falta de carácter reglado, deben fundarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes»⁴². Dentro de la doctrina española SILVIA BARONA VILAR⁴³, comentando el art. 726º de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, señala que de la indicada norma se desprende la característica de proporcionalidad. Según el cual la medida debe ser proporcionalmente adecuada a los fines pretendidos, de modo que se adoptará cuando no sea susceptible de “sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado”. Planteado así las cosas, el juez al momento de verificar el presupuesto de razonabilidad, por ejemplo, deberá verificar si la pretensión principal es de naturaleza patrimonial, por ende, la medida cautelar también deberá

⁴⁰ RAMOS ROMEO, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico*. Editorial Atelier. Barcelona 2006, p. 447 y 448.

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal: Derecho y proceso*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1971, p. 422-423.

⁴² PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial José María Bosch, Barcelona 1997, pág. 73.

⁴³ BARONA VILAR, Silvia. *El Proceso Cautelar*. Ob. cit., p. 679.

estar destinada a conservar un derecho de naturaleza patrimonial; y, viceversa, si la pretensión principal no es de naturaleza patrimonial, la medida cautelar deberá afectar derechos no patrimoniales, y así podríamos citar diversos ejemplos.

En tal sentido, el juez al momento de realizar el control de razonabilidad, a nuestro entender proporcionalidad, deberá tener presente que el principio de proporcionalidad desde el punto de vista constitucional (aplicado a los derechos discutidos en el proceso cautelar), la misma que está conformado de tres sub principios: el sub principio de idoneidad, el sub principio de necesidad y la ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Según el *sub principio de idoneidad*, toda intervención de derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; se trata de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo (proteger un derecho constitucional o bien jurídico relevante), y la adecuación de la medida examinada (debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o bien jurídico relevante). Según el *sub principio de necesidad*, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Según el *sub principio de proporcionalidad en sentido estricto*, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido; las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que éste implica para los titulares y la sociedad en general⁴⁴. Esta técnica resulta adecuada porque una decisión cautelar importa una decisión basada en posibilidades y no en certeza.

Aplicado al proceso cautelar, podemos indicar que la idoneidad (adecuación) implica que ha de existir correspondencia entre el contenido y efectos de la cautela que se pide y la pretensión ejercida en el proceso principal, sin que, lógicamente, sea admisible adoptar una medida cautelar que no sirva para garantizar la efectividad de la tutela, depende también del tipo de peligro que afecte al contenido de la tutela que se pretende⁴⁵. La adecuación está referida a que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de aquella tutela⁴⁶. La profesora EUGENIA ARIANO afirma que los límites que se derivan de la adecuación al juez son: (i) no deberá emitir una medida cautelar en donde el sujeto activo de la misma obtenga más de aquello que le será reconocido en sede tutela de fondo, en donde el derecho su plena y definitiva realización; (ii) deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión; (iii) deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la medida le produzca efectos efectivamente dañosos⁴⁷. La necesidad se encuentra

⁴⁴ Carlos Bernal Pulido. En: Aleinikoff, Alexander. *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Palestra Editores, Lima 2010, pp. 9-11.

⁴⁵ RAMOS ROMEU, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico*. Ob. Cit., p. 470.

⁴⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Editorial La Ley, Madrid 2000, p. 175.

⁴⁷ ARIANO, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores, Lima 2003, p. 693.

regulada en el artículo 627° del Código Procesal Civil, según el cual la solicitud cautelar es improcedente si la pretensión principal se encuentra suficientemente garantizada.

Cabe resaltar que de la redacción del numeral 3) del art. 611° del Código Procesal Civil, otorga ciertas facultades al juez en el momento de la decisión cautelar, atenuando el principio dispositivo que rige la medida cautelar.

Un ejemplo, de aplicación del presupuesto de razonabilidad (proporcionalidad) es la desarrollada en el expediente N 1209-2006-PA/TC⁴⁸, en los seguidos por la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. contra Backus, en cuyo proceso la empresa Backus buscaba que Ambev no utilice los envases de su propiedad; proceso en el cual se dictó una medida cautelar disponiendo que ambev se abstenga de utilizar cualquier tipo de envase, tampoco podría introducir o comercializar otros envases, en tanto, se resuelva el proceso principal, medida que fue confirmada en segunda instancia. Ante dicha decisión Ambev cuestiona esta decisión vía proceso de amparo, que en el Tribunal Constitucional fue declarada fundada, entre otras razones, porque resultaba desproporcionada, en cuyo fundamento 62 desarrollado el principio de proporcionalidad (sub principio de necesidad) que debe contener una decisión cautelar: *«En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir [...]»*

4. LA CONTRACAUTELA: ¿PRESUPUESTO O REQUISITO DE CUMPLIMIENTO?

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

⁴⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de Noviembre de 2006, paginas 9288-9299.

interpretativa. La contracautela es un mecanismo de protección del demandado, eventualmente, pertinente⁴⁹.

La caución busca salvaguardar los intereses de la parte afectada por la medida cautelar en el supuesto de que al finalizar el proceso no se ampare la pretensión de quien se vio favorecido con ella. Es un requisito que se debe verificar *ex post*, es decir, luego de que se ha considerado la idoneidad de la medida⁵⁰. La contracautela se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad: por un lado se autoriza al peticionante a asegurar un derecho no reconocido judicialmente, sin oír al contrario, pero por otro se garantiza a éste la efectividad de resarcimiento por los daños que pudiera ocasionarle, si aquel derecho no existiera⁵¹.

Prueba de que la contracautela no es presupuesto de la medida cautelar es que en los procesos sobre violencia familiar no se exige contracautela, conforme lo dispone el artículo 11º, in fine, de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, TUO de la Ley 26260, D.S. N.º 006-97-JUS. En ese mismo sentido, el art. 614º del Código Procesal Civil establece que las medidas cautelares solicitadas por el Estado no es exigible la contracautela.

La contracautela en medidas cautelares referidas a procesos de familia, como regla general, se prescinde de la contracautela, en razón de presumirse interés común de los litigantes y encontrar solución a los problemas generados por la ruptura matrimonial. En el caso de medidas cautelares sobre el fondo referido a conflictos de familia, dado que se exige la cuasi certeza del derecho y necesidad impostergable podrá eximirse la contracautela o utilizar caución juratoria⁵².

4. CONCLUSIONES

- a. Clásicamente se ha reconocido como presupuesto de las medidas cautelares la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela. Sin embargo, se ha entendido que la contracautela es un requisito de cumplimiento de la medida cautelar.
- b. La verosimilitud en el derecho, en el caso de las medidas anticipadas sobre el fondo exigen la casi certeza del derecho. De otro lado, el peligro en la demora en caso de las medidas temporales sobre el fondo requieren de una necesidad impostergable; en el caso de las medidas de innovar y no innovar, requieren del perjuicio irreparable.
- c. Dentro de nuestra legislación se ha incorporado como nuevo presupuesto para la concesión de la medida cautelar, la razonabilidad. La razonabilidad, no es más que

⁴⁹ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Ob. cit., pp. 168-169.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 202.

⁵¹ ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2007, p. 7.

⁵² RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares: en el Procesal Civil peruano*. Ob. cit, p. 208 y 220.

la aplicación de la técnica del principio de proporcionalidad, que contiene el principio de adecuación. El contenido del presupuesto de razonabilidad debe ser llenado a partir del principio de proporcionalidad desarrollado en el Derecho Constitucional.