

# La oposición a las medidas cautelares



**GIOVANNI F. PRIORI POSADA**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster por la *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*.

Profesor ordinario de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y en las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## SUMARIO:

- I. Presupuesto: El proceso como Sistema de Garantías.
- II. El Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar.
- III. El Derecho Fundamental a la Defensa.
- IV. La oposición del afectado con una medida cautelar: ¿Derecho a la Tutela Cautelar vs. Derecho a la Defensa?
- V. ¿Cómo se ha regulado el ejercicio del Derecho a la Defensa del afectado con una medida cautelar en el Ordenamiento Jurídico peruano?
  1. El régimen en la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo);
  2. El régimen establecido en la versión original del Código Procesal Civil;
  3. El régimen establecido en la antigua Ley Procesal del Trabajo y en la Ley que regula el proceso contencioso administrativo;
  4. El régimen establecido en el Código Procesal Constitucional: el texto original del artículo 15 del Código Procesal Constitucional;
  5. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el régimen del ejercicio de defensa en el Código Procesal Constitucional;
  6. El régimen establecido en el Decreto Legislativo que regula el arbitraje;
  7. El nuevo régimen del ejercicio de la defensa establecido por el Código Procesal Civil luego de su modificatoria por la Ley 29384.
- VI. La oposición regulada en el Código Procesal Civil:
  1. El mantenimiento de la regla inaudita altera pars;
  2. La notificación de la resolución cautelar al afectado;
  3. Su naturaleza;
  4. Su contenido;
  5. La necesidad de su interposición: ¿es sustituible por la apelación?
  6. ¿Se debe correr traslado de la oposición?
  7. El auto que resuelve la oposición;
  8. La impugnación al auto que resuelve la oposición;
  9. La resolución que resuelve la impugnación al auto que resuelve la oposición.
- VII. Reflexión Final.



## I. PRESUPUESTO: EL PROCESO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

El paradigma del Estado constitucional<sup>1</sup>, incide de modo determinante en la concepción que tengamos del proceso<sup>2</sup>. Dentro del Estado constitucional, el proceso es visto como un sistema de garantías constitucionales<sup>3</sup>, orientadas a la solución de un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, respecto de la protección de las situaciones jurídicas que se alegan están siendo lesionadas o amenazadas.

Ese conjunto de garantías conforma lo que se denomina el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>4</sup>. De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un conjunto de derechos fundamentales<sup>5</sup> que garantiza a todo ciudadano, el acceso a los órganos jurisdiccionales para que a través de un proceso en el que se respeten ciertas garantías se dicte una resolución que se

pronuncie sobre el fondo del asunto motivadamente, de manera definitiva, y que esté en aptitud de producir efectos en la realidad.

Esas garantías que van desde el acceso hasta la efectividad de la decisión jurisdiccional se encuentran, siempre, en potencial conflicto. De este modo, la regulación del proceso parte de establecer el nivel de protección que el ordenamiento jurídico brinda a cada una de esas garantías, sin que dicho nivel de protección pueda ser determinado con absoluta libertad por el legislador, ya que su eventual restricción solo podrá estar constitucionalmente justificada en la medida que con ella se desee proteger otra garantía constitucional, respetando los parámetros de necesidad y proporcionalidad en la restricción<sup>6</sup>.

De esta manera, la coexistencia de ese conjunto de garantías al interior de un proceso plantea

1. Sobre esta noción, véase: HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2003; y, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 1995.
2. Sobre este tema he disertado ampliamente en un trabajo anterior. PRIORI POSADA, Giovanni. "El proceso en el Estado constitucional". En: AAVV. *Constitución y proceso*. Actas del primer Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de noviembre de 2009. Ara editores y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2009, p. 341 y ss.
3. En ese sentido: LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal: San Sebastián, 2009, p. 3 y ss. El reconocido profesor español enseña que: "(...) el proceso como sistema de garantías, supone otorgar, al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional, una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de 'aquí y ahora', respecto de este (y no otro) concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las leyes de enjuiciamiento en España". LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal: San Sebastián, 2009, pp. 4 – 5. Para una comprensión de esa noción para el caso peruano véase: LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Garantismo y proceso: Una lectura de la Constitución peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho Procesal*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (editor). *Proceso y Constitución*. Actas del segundo Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011, p. 29 y ss.
4. Sobre la noción, trascendencia y alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puede consultarse un trabajo anterior: PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: *Ius et Veritas*. No. 26.
5. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, cuando sobre los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva han señalado que: "Asimismo, estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139, el segundo párrafo del artículo 103 u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3. de la Constitución). STC 0023-2005-PI.
6. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Lorca Navarrete, quien sostiene que: "La interpretación y aplicación

el dilema que ya Zagrebelsky<sup>7</sup> anunciaba para todos los principios y derechos fundamentales dentro del Estado constitucional: cada uno de ellos, individualmente considerado desea alcanzar su máximo grado de protección o satisfacción, sin embargo – y en ello consiste la paradoja – el establecimiento en términos absolutos del mayor grado de satisfacción de **uno** de los valores constitucionales elimina, de inmediato, la posibilidad que los demás derechos constitucionales puedan alcanzar protección. Dicho de otro modo, la mayor satisfacción de un derecho fundamental afecta la posibilidad de satisfacción del otro, por ello, el reto está en hacer que **todos** los valores constitucionales alcancen el máximo grado de satisfacción posible. A eso se le denomina el principio de maximización de los derechos fundamentales, y, en el ámbito del proceso, es lo que yo vendría a denominar, como el **principio de maximización de los derechos procesales fundamentales**.

Conforme a dicho principio de lo que se trata es que cada uno de los derechos procesales fundamentales que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva obtenga el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho procesal fundamental. Para ello, será necesario aplicar la técnica de la ponderación

o proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales. Lo que esta técnica evita es que por intentar proteger un derecho procesal fundamental, terminemos restringiendo inconstitucionalmente otro derecho procesal fundamental. Los errores en la regulación procesal, muchas veces tienen como base el hecho que el legislador regula solo atendiendo a la protección de un derecho procesal fundamental, sin ser consciente en los efectos que esa regulación pueda tener en otro derecho procesal fundamental; o, siendo consciente, sin interesarle ello o sin saber que existen medios para lograr que la garantía procesal que se quiere proteger lesione lo menos posible a la que se tiene que sacrificar para conseguir esa protección.

De esta manera, el proceso en el Estado constitucional permite aceptar que la regulación procesal específica, tenga en cuenta el conjunto de garantías procesales para que, ponderándolas, la específica regulación no anule ningún derecho procesal. Se parte de la hipótesis, entonces que es perfectamente posible conciliar la mayor protección de varios derechos procesales fundamentales a la vez, proscribiendo cualquier opción conforme a la cual se absolutice la protección de solo un derecho procesal en un caso concreto.

---

*de las normas procesales tiene transcendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad – principio de proporcionalidad – entre lo que la forma demanda y el fin pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado".* LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal: San Sebastián, 2009, pp. 4 – 5.

7. *"Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema de conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la scientia iuris– no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la 'concordancia práctica' de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. 'Positivamente': no, por tanto, mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto".* ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 1995, p. 16.

Sobre este punto, a raíz de un comentario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, me he detenido en un análisis en: PRIORI POSADA, Giovanni. En: Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo. En: Themis – Revista de Derecho. No. 55, año 2008.

El trámite de la oposición de las medidas cautelares es un supuesto en el que hay que conciliar la garantía de la efectividad (el derecho fundamental a la tutela cautelar, específicamente), por un lado, con el de la defensa, por el otro.

## II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR

Uno de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es, precisamente, el derecho a la efectividad<sup>8</sup>. El derecho a la efectividad asegura que los efectos de la sentencia se producirán en el ámbito de la realidad<sup>9</sup>. De este modo, es necesario no solo hacer que la sentencia – una vez que ha adquirido la calidad de cosa juzgada – produzca todos aquellos efectos establecidos en ella misma para la tutela de la situación jurídica que ha sido llevada al proceso, sino también asegurarse que llegado el momento en que la sentencia deba producir efectos, los produzca. Por ello, los ciudadanos tienen el derecho a obtener del órgano jurisdiccional, un pronunciamiento que evite que el tiempo que tome el proceso en llegar a una sentencia con calidad de cosa juzgada, perjudique su eficacia. Si no se tuviera esa posibilidad, el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional sería puramente ilusorio.

En ello consiste, precisamente, el derecho fundamental a la tutela cautelar<sup>10</sup>. Como hubo ocasión de señalarlo en otra oportunidad, “el

*derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria– el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse”<sup>11</sup>.*

La medida cautelar es, por ello, el medio a través del cual se expresa el derecho fundamental a la tutela cautelar. Es necesario resaltar que las medidas cautelares encuentran justificación en la necesidad de hacerle frente al tiempo que toma el proceso. “*La principal imperfección del proceso es una que está en su esencia y de la cual el proceso jamás se podrá librar: el tiempo. El proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que el proceso pueda actuar sobre la situación jurídica material se convierte en la peor amenaza –y muchas veces en la más grave lesión– que la situación jurídica material puede sufrir”<sup>12</sup>.* Las medidas cautelares son instrumentos, a través de los cuales el derecho a la tutela jurisdiccional quiere hacerle frente a esos problemas que el tiempo puede generar en la efectividad de la sentencia, más, específicamente, frente al *peligro en la demora* de la expedición de la sentencia. Es por ello que el presupuesto del peligro en la demora, es la razón de ser, la causa y, para decirlo en palabras de Calamandrei, “*el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares”<sup>13</sup>.*

8. Por ello es contundente la frase de Francisco Chamorro: “tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela”. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona, 1994, p. 276.
9. Existe una importante frase del procesalista italiano Luiso: “*l’attività giurisdizionale deve partire dalla realtà sostanziale ed alla realtà sostanziale deve tornare*”. LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Giuffrè: Milán, 1997. p. 5.
10. Sobre dicho derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “*Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta*”. STC 0023-2005-PI.
11. PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara: Lima, 2006, p. 142.
12. PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara: Lima, 2006, p. 24.
13. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. El Foro: Buenos Aires, 1996. p. 40. Del mismo parecer es Baptista da Silva, al señalar que: “*En este sentido podríamos, desde el punto de vista lógico,*

Es por ello que resulta esencial reconocer a quien plantea una pretensión en el proceso, la posibilidad de solicitar, obtener y ejecutar esas medidas que tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia. Impedir ello, supondría afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

### III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA

Otro de los derechos que integra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de defensa. Este derecho tiene expreso reconocimiento constitucional en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, al consagrarse: “*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”.

Pero ¿en qué consiste la defensa?<sup>14</sup> Es el derecho que tiene toda persona a (i) ser informada de modo oportuno y suficiente de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses y que pudiera afectar a su esfera jurídica, (ii) a intervenir en esos procesos para (iii) alegar y (iv) probar sus afirmaciones; también supone el derecho (v) a poder contra argumentar frente a cualquier pedido de la contra parte; así como (vi) a que la resolución que resuelva la controversia se pronuncie sobre las alegaciones y pruebas aportadas y (vii) a que, en caso que no esté conforme con ella, a cuestionar la decisión.

De esta manera, el mandato constitucional de que no se puede privar del derecho de defensa en ningún estado del proceso se extiende claramente a todas y cada una de estas garantías. Hay un punto muy importante que destacar en esta sede: la oportunidad del ejercicio del derecho a la defensa. A fin de que la defensa sea efectiva (es decir, capaz de incidir en la decisión que el Juez vaya a adoptar respecto de un pedido de una de las partes en el proceso), se hace necesario que esta pueda ser ejercida antes del momento en el que el Juez adopte la decisión. Hay casos, sin embargo, en los que resulta posible (en aras de proteger otro derecho procesal fundamental) postergar el ejercicio del derecho a la defensa. La postergación del ejercicio del derecho a la defensa no es una eliminación del derecho, pero sí una importante restricción y, como tal, debe ser examinada bajo los parámetros del juicio de ponderación y proporcionalidad.

### IV. LA OPOSICIÓN DEL AFECTADO CON UNA MEDIDA CAUTELAR: ¿DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR vs. DERECHO A LA DEFENSA?<sup>15</sup>

La medida cautelar, como hemos señalado, supone hacerle frente al tiempo que toma el proceso. Por ello, se alega como uno de los fundamentos para que se conceda, que exista un peligro consistente en que la demora del proceso puede

---

*anteponer lo que la doctrina indica como periculum in mora – y que preferimos denominar riesgo de daño inminente – al presupuesto anteriormente tratado, una vez que la sumariedad de la cognición (fumus boni iuris) es, realmente, determinada por la situación de daño inminente a que se encuentra expuesto el derecho probable a ser protegido por la tutela cautelar. Es esta emergencia de daño inminente que determina y condiciona los demás presupuestos”.* BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Teoría de la acción cautelar*. Sergio Antonio Fabris editor: Porto Alegre, 1993, p. 107.

Por su parte, Fernando García Pullés señala que: “La urgencia es el presupuesto esencial, de modo que la seguridad del derecho en modo alguno puede suplantarla a los efectos de anticipar el resultado de una sentencia de mérito”. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Tratado de lo contencioso administrativo*. Tomo 2. Hammurabi: Buenos Aires, 2004, p. 808.

Asimismo, Lino Enrique Palacio señala, refiriéndose al peligro en la demora que: “Corresponde destacar, asimismo, que en ese riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar”. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Décimo octava edición, Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2004, p. 773.

14. Para los alcances del contenido del derecho fundamental a la defensa, recomiendo leer: CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Bosch: Barcelona, 1998. Es de la lectura de dicho texto, de donde se obtiene la síntesis de las garantías que supone la defensa, que hemos expresado en este artículo.
15. Nuestra concepción preliminar sobre este tema puede consultarse en: PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara: Lima, 2006, p. 185 y ss.

generar un daño a la efectividad de la tutela; y, con ello, al propio derecho material llevado al proceso. En ese sentido, no se puede esperar a la sentencia, se requiere de una respuesta jurisdiccional ahora. Si no se dicta la resolución jurisdiccional ahora, entonces, se lesionaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de quien ha llevado la pretensión al proceso<sup>16</sup>.

Del otro lado, tenemos a la persona que podría verse afectada con la resolución cautelar. Ella tiene el derecho a ejercer su derecho de defensa frente a dicho pedido. La Constitución es clara cuando sostiene que no se puede privar del derecho de defensa en ningún estado del proceso; ello, claro está, incluye también al procedimiento o proceso cautelar<sup>17</sup>. Ningún estado del proceso: la Constitución es clara.

El tema del ejercicio del derecho de defensa dentro del trámite cautelar, visto de la manera expuesta, se presenta como una aparente colisión entre el derecho a la tutela cautelar y el derecho de defensa. En el Perú, aunque esto lo

desarrollaremos al detalle más adelante, la respuesta generalizada ha pasado, precisamente, por una solución de un solo ganador, por cierto, la más fácil y simplista, donde el legislador *a priori*, resuelve el conflicto, para todos los casos futuros, en favor de solo uno; y el legislador sentencia: gana el derecho a la tutela cautelar. Con ello, el trámite supone siempre una postergación generalizada del derecho de defensa del afectado; pues, a su juicio, no hay otra forma de obtener una solución a esta controversia.

La razón que se da para ello es, precisamente, el peligro en la demora: como se requiere una respuesta, ya; no hay posibilidad de permitirle la defensa al demandado<sup>18</sup>. Otra razón que se da es, también la de evitar la mala fe del afectado con la medida cautelar<sup>19</sup>: si el demandado se entera va a actuar de mala fe, intentando impedir la eficacia de la tutela cautelar.

Quizá, el tema pase por establecer el verdadero alcance del *peligro en la demora*<sup>20</sup>. Si pensamos en este como un evento que inminente, irreme-

- 
16. No solo el demandante es el que lleva la pretensión al proceso y, por ende, no solo él puede pedir una medida cautelar. También pueden hacerlo: el demandado cuando reconviene, o el demandado cuando plantea un aseguramiento de pretensión futura, o quien interviene como tercero excluyente principal.
  17. No es esta la sede para entrar a un análisis acerca de si estamos frente a un procedimiento o proceso, sin embargo, es necesario decir que sobre el tema de procedimiento o proceso no existe una uniformidad de consideraciones en la doctrina nacional. Sin embargo, creemos que ni siquiera la consideración de lo cautelar como un mero trámite o procedimiento permite justificar constitucionalmente la postergación del ejercicio del derecho a la defensa del afectado.
  18. “Como sabemos, la tutela cautelar es una expresión (no la única por cierto) de la tutela de urgencia. Siendo así, quien la pide lo hace porque soporta una situación en la cual, si el juez no actúa con presteza, el agravio devendrá en irremediable”. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Reformas al Código Procesal Civil peruano en materia cautelar*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. 13. Año XIII. Comunitas: Lima, 2009.
  19. MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad: Lima, 2002, pp. 134 – 136. El autor describe la urgencia y la prevención de la mala fe para justificar la concesión de la medida cautelar *in audita altera pars*.
  20. “Se le circostanze de fatto diano serio motivo di temere lo evento dannoso; se il caso sia urgente e soa quinde necesario provvedere in via provvisoria”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Jovene: Napoli, 1965, p. 226. En el mismo sentido se expresa Chiovenda en una posterior obra: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, p. 248, Valetta: Buenos Aires, 2005.  
Por su parte, Calamandrei expresa en estos términos esa situación: “no basta que el interés en obrar [se refiere al peligro en la demora] nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia (sic) del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida”. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro: Buenos Aires, 1996, p. 41.  
También puede consultarse: TOMMASEO, Feruccio. *Voz: Provvedimento di urgenza*. En: Enciclopedia del diritto, Tomo XXXVII, p. 869, Giuffrè: Milán, 1984.

diable, imperativa e inmediatamente está por producirse, quizá la posición que encuentra en el peligro en la demora su respuesta nos satisfaga; pero, inmediatamente nos deberíamos preguntar ¿es qué acaso solo esas situaciones configuran peligro en la demora? ¿es qué acaso debemos decirle a quien lleva una pretensión al proceso que debe esperar estar en una situación dramática para pedir una medida cautelar? ¿es qué acaso al demandante que teme que un evento está por producirse, le debemos decir que no puede pedir una medida cautelar sino hasta esperar que la inminencia de la realización de ese evento esté tan cerca al momento de pedir una medida cautelar, que entonces ante esa cercanía entre el pedido de la tutela cautelar y el evento que se teme se produzca, justifique todo el sistema diseñado por el legislador en el que se restringe el derecho a la defensa del afectado? No podemos pedirle a quien lleva una pretensión al proceso que juegue de esa manera con el tiempo en el proceso, ni mucho menos con la efectividad de la sentencia a dictarse; ello sería demasiado riesgo. Sería someter el derecho a la tutela jurisdiccional a una especie de ruleta rusa; donde la decisión judicial oportuna es la bala que, en este caso, salvaría al que solicita tutela jurisdiccional del vacío de la decisión jurisdiccional que se produciría en los demás casos en los que el pedido de tutela cautelar vino demasiado tarde, porque el demandante falló en el cálculo. No dudamos que en el proceso se pueden presentar esas situaciones dramáticas, pero no creemos que se deba esperar a ellas para poder pedir tutela cautelar. Existe un momento previo al del dramatismo y muy lejano al de la precocidad para poder pedir tutela cautelar y, en esos casos, no se haría necesaria la restricción de la defensa. Es el juez – y no el legislador – el que debe establecer en función de la concreta situación, cuándo se justifica la restricción del derecho de defensa y cuándo no.

En el Estado constitucional, la solución a la aparente colisión del derecho a la tutela cautelar de quien formula una pretensión en el proceso y el derecho de defensa de quien se vería afectado por ella debe resolverse en el plano de la ponderación y proporcionalidad de los derechos procesales fundamentales. Ni el solo respeto al derecho a la defensa que vaciaría de contenido al derecho a la tutela cautelar de quien plantea una pretensión en el proceso, ni el solo respeto del derecho a la tutela cautelar, que vaciaría de contenido al derecho a la defensa. ¿Cómo es que maximizamos el respeto y vigencia de ambos derechos procesales fundamentales? Estableciendo reglas conforme a las cuales, la restricción del derecho a la defensa resulte ser necesaria e idónea para proteger el derecho a la tutela cautelar. Dicho de otro modo, es válida la restricción del derecho a la defensa, en los casos en los que por esperar su ejercicio se vacíe de contenido el derecho a la tutela cautelar. En los casos en los que ello no se produzca, habría que permitir el ejercicio del derecho a la defensa en lo razonable y necesario. De no hacerlo así, se estaría restringiendo inconstitucionalmente el derecho a la defensa. El llamado a verificarlo es el Juez, ya que es él el que debe advertir los casos en los que por razones de la urgencia del caso o del riesgo de efectividad se justifica constitucionalmente diferir el ejercicio de la defensa<sup>21</sup>.

En el Perú, solemos confundir la *summaria cognitio* que sí es una característica del procedimiento o proceso cautelar, con postergación del derecho a la defensa. Puede existir *summaria cognitio*<sup>22</sup>, con absoluto respeto al derecho de defensa y a la efectividad de la tutela jurisdiccional, y eso es lo que pretendemos postular en este artículo. Así, lo demuestran los ordenamientos jurídicos extranjeros que podemos utilizar de referencia, en los que, por

21. En el mismo sentido: MELO DE MESQUITA, Eduardo. *As tutelas cautelar e antecipada*. Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2002, pp. 96 – 98; SALVANESCHI, Laura. “*La domanda e in procedimento*”. En: TARZIA, Giuseppe e SALETTI, Achille (a cura di). *Il processo cautelare*. CEDAM: Padova: 2008, pp. 401 y ss; ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERON CUADRADO, María Pía. *La tutela cautelar judicial en el derecho español*. Comares: Granada, 1996, p. 28.
22. Puede consultarse sobre el particular: DINI, Enrico y MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza. Nel diritto processuale civile en el diritto processuale del lavoro*. Giuffrè: Milán, 1997, p. 56 y ss.

regla general se establece – sin ningún tipo de duda – el contradictorio anticipado, salvo en los casos en los que por concederlo se puede poner en riesgo la eficacia de la medida cautelar, sea porque la urgencia lo amerita o porque el demandado pudiera realizar algún acto que la perjudique<sup>23</sup>.

## V. ¿CÓMO SE HA REGULADO EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL AFECTADO CON UNA MEDIDA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?

### 1. El régimen en la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo)

La Ley de Hábeas Corpus y Amparo se dictó en 1982. Su artículo 31<sup>24</sup> regulaba la medida cautelar de suspensión del acto violatorio. En su versión original, el artículo no hacía referencia alguna a si debía o no debía ser puesta en cono-

cimiento de la parte demandada. Sin embargo, se entendía, por la interpretación literal que se hacía de ella, que no requería ponerse en conocimiento de la otra parte el pedido cautelar<sup>25</sup>. Esta situación, en nuestra opinión, lesiva a la Constitución de 1979, se hacía mucho más grave si se toma en consideración el hecho que no había trámite de ejercicio de defensa alguno en el texto original.

Luego de los grandes retos que le tocó pasar al amparo peruano a consecuencia de la decisión de estatización de la Banca, donde la medida cautelar en el amparo jugó un rol fundamental, se dictó la Ley 25011 en 1989. En ella, se modificó<sup>26</sup> el trámite para conceder la medida cautelar, estableciéndose expresamente que del pedido cautelar se debería correr traslado al demandado por el término de un día. Algunos de los textos doctrinarios de la época cuestionaron duramente la modificatoria pues se sostenía que ello iba contra una característica fundamental

23. Artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento civil española. *Audiencia al demandado. Excepciones.*

“1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

*Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título”.*

Artículo 669. – sexies del Código de Procedimiento civil italiano. *“Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalita’ non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene piu’ opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto della domanda.*

*Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l’attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunto ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l’udienza di comparizione delle parti davanti a se’ entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all’istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udiienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. Nel caso in cui la notificazione debba effettuarsi all’estero, i termini di cui al comma precedente sono triplicati”.*

Artículo 797 del Código procesal civil de Brasil.- *“Só em casos excepcionais, expresamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiencia das partes”.*

24. Artículo 31 de la Ley 23506.- *“A solicitud de parte y en cualquier momento, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes”.*

25. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica: Lima, 2004, p. 571.

26. Artículo 31.- Medida de suspensión del acto violatorio. *“A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo.*

*De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, sin intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el Juez o la Corte Superior resolverá, dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el Juez, o, en su caso, la Corte, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad”.*

de las medidas cautelares, el hecho que su trámite debía ser reservado<sup>27</sup>. Otros, en cambio, la apoyaron<sup>28</sup>, alegando que la restricción del derecho de defensa en la medida cautelar encontraba justificación en los embargos (que es un tipo de medida cautelar), mas no en el amparo, en el que la medida cautelar tiene una naturaleza diferente.

La modificatoria introducida por la Ley 25011, no solo permitió el ejercicio del derecho de defensa del demandado antes de concederse la medida cautelar, sino que reguló un procedimiento de impugnación contra la resolución que concedía la medida cautelar. Posteriormente, este procedimiento de impugnación fue modificado por el Decreto Legislativo 613<sup>29</sup> para el caso de la protección del derecho al medio ambiente. Luego, se dictó la Ley 25398<sup>30</sup> que intentó volver al régimen original, en el que no se mencionaba un momento para el ejercicio del derecho a la defensa, pero, a diferencia de

aquél, se regulaba expresamente el trámite de apelación. Esta norma no tuvo mucho tiempo de vigencia, pues, luego del golpe de Estado de 1992<sup>31</sup>, se dictó el Decreto Ley 25433<sup>32</sup>. En esta regulación, se permitía el derecho de defensa previo del demandado, además, se establecía la intervención del Ministerio Público y que la impugnación a la resolución cautelar suspendía los efectos de la resolución cautelar. Este régimen, bajo la apariencia de querer tutelar el derecho de defensa del demandado, anulaba claramente el derecho a la tutela cautelar, pues la resolución cautelar venía demasiado tarde. Una regulación de ese tipo, que anula tan gravosamente un derecho fundamental (en este caso, el derecho fundamental a la tutela cautelar) solo podía ser entendida dentro de un régimen autoritario, como el que vivió el Perú, luego del golpe de Estado de 1992.

La historia de la regulación del ejercicio del derecho de defensa del demandado ante el pedido

- 
27. Es el caso, por ejemplo, del profesor Monroy, quien sostenía que: *“Doctrinariamente la modificatoria es defectuosa porque prescinde – por desconocimiento o ligereza – de una de las características esenciales de toda medida cautelar, su carácter reservado”*. MONROY GÁLVEZ, Juan. *La medida cautelar en el proceso de amparo peruano*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Comisión Andina de Juristas: Lima, 1989, p. 117.
28. Es el caso del profesor Quiroga, quien al hablar de la medida cautelar en el amparo, se preguntaba: *“Se debe permitir el derecho de defensa del demandado antes de tomar tan importante medida? Creemos que sí, porque la restricción al derecho a la defensa no tiene justificación en este caso”*. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El amparo y su modificación: La ley 25011*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Comisión Andina de Juristas: Lima, 1989, p. 138.
29. En ese supuesto, quedó con este texto: *“Si la solicitud está referida a actos que generan o pueden provocar daños al ambiente, sus ecosistemas, o sus componentes esenciales, la resolución que ordene la suspensión de los mismos sólo será apelable en efecto devolutivo. En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez podrá disponer la suspensión de los actos que se estén produciendo como consecuencia de la omisión de otros de cumplimiento obligatorio, aun cuando la demanda sólo se refiera a este último supuesto”*.
30. Artículo 31.- *“A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo. La resolución que dicte el juez, o en su caso, la Corte será recurrible en un solo efecto, conservando su eficacia la medida que dispone la suspensión del acto violatorio o la amenaza, en tanto no sea revocada.”*
31. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica: Lima, 2004, p. 583.
32. Artículo 31.- *“A solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea evidente la inminente amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el Juez podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo. De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el Juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el Juez, o en su caso, la Corte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad. La medida de suspensión decretada no implica la ejecución de lo que es materia del fondo mismo de la acción de amparo.”*

cautelar muestra el cómo no se debe regular el proceso en el Estado constitucional: una sucesiva modificación de normas que privilegiaban uno u otro derecho, anulando el otro. Antes que ponderar dos derechos procesales fundamentales, se anulaba un derecho fundamental para tutelar, otro. Nada más distante al proceso en el Estado constitucional.

## 2. El régimen establecido en la versión original del Código Procesal Civil

En 1993, se dicta el Código Procesal Civil, cuyo artículo 637<sup>33</sup> reguló el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa del afectado con la medida cautelar. En su regulación, claramente se optó por preferir el derecho a la tutela cautelar, postergando el derecho de defensa del afectado. En líneas generales, el sistema adoptado por el Código Procesal Civil en su versión original puede resumirse en lo siguiente: (i) existe el régimen general de postergación del derecho de defensa del afectado; (ii) solo después de la ejecución de las medidas cautelares se le notifica de la resolución cautelar y su solicitud al afectado; (iii) el afectado solo puede intervenir en el proceso, luego de ejecutadas todas las medidas cautelares; (iv) al intervenir el afectado solo puede apelar la resolución que concede la medida cautelar; y, (v) la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.

La prohibición al ingreso del afectado al proceso era más que clara. La absoluta postergación, más allá de lo razonable y proporcionado del derecho del afectado había sido consagrada en abierta contravención con la Constitución. Interesante es notar cómo, para ese momento, teníamos dos regímenes de ejercicio de defensa del afectado: uno (el de la Ley 23506, modificado por el Decreto Ley 25433) en el que en la prácti-

ca se anulaba el derecho a la tutela cautelar del peticionante; y otro (el del Código Procesal Civil) en el que en la práctica se anulaba el derecho de defensa del afectado. Ambos, claro está, abiertamente inconstitucionales.

La regulación del Código Procesal Civil, además, abrió la puerta a una serie de abusos del derecho a la tutela cautelar en clara colusión con magistrados que leían la regla establecida en la ley, sin jamás preguntarse por el principio que ella estaba restringiendo u optimizando; permitiendo con dicha pasividad, que la situación del afectado se agravara, pues en los casos en los que se había solicitado más de una medida cautelar, el solicitante dejaba de ejecutar una, a fin de generar con ello que el Juez (que el solicitante sabía que iba a actuar interpretando literalmente la norma) impida (inconstitucionalmente) la intervención del afectado con la medida, evitando su notificación y manteniéndolo en estado de soportar los efectos de una medida cautelar dictada sin haber sido escuchado. Lo peor, perdonando la insistencia, es que a pesar que el afectado podía haberse enterado de la existencia de la medida cautelar en su contra porque, por ejemplo, se le había ya ejecutado otra, no se le permitía intervenir. Sin notificación, sin posibilidad de intervención, ni alegación, ni prueba, ni impugnación, se mantenía al afectado con la medida cautelar. Nada más gravoso al derecho constitucional de la defensa. ¿Acaso en aras de proteger el derecho a la tutela cautelar? No, en aras de permitir un abuso del cual muchos magistrados eran cómplices. Mientras tanto, el proceso continuaba. Esta situación, además de inconstitucional, lindaba con lo absurdo, en casos en los que la medida cautelar era de conocimiento público a través de medios de comunicación social, como en los sonados casos de un canal de televisión o de una aerolínea.

33. 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, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su 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”.*

Cuando el afectado, lograba superar todos los obstáculos para su acceso al trámite cautelar, la defensa, por lo demás, estaba prevista solo a través de la impugnación. De este modo, cuando al afectado se le lograba notificar y permitir su intervención, no podía esgrimir su defensa ante el propio Juez que expidió la cautelar, sino ante el superior, a través del recurso de apelación. De este modo solo era escuchado una vez, mientras el solicitante, podía ser escuchado en dos oportunidades. En un trabajo anterior, he manifestado mi opinión en el sentido que este procedimiento era inconstitucional por afectación a los derechos a la defensa, igualdad y doble instancia<sup>34</sup>; la que mantengo hasta hoy.

Esta norma fue modificada en el año 2009 a través de la Ley 29384, agregando un tercer párrafo que indicaba: *“Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior”*. Como una muestra más de aquello que ocurre en el Perú, a pesar que las reglas son claramente contrarias a los principios, no es el Juez, sino la ley la que debe modificar la regla. Aquí, la regla se modificó estableciendo lo obvio: no es razonable esperar que se ejecuten todas las medidas cautelares. Lo que en dicha modificación resultaba incomprensible, es que igual había que esperar que se ejecute una medida cautelar, y no cualquiera, sino aquella *que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia*. ¿Por qué? ¿Acaso la impugnación – única defensa del afectado en ese momento – iba a suspender la ejecución de la medida cautelar? ¿Por qué entonces no dejar intervenir al afectado? ¿Algo malo o prohibido iba a hacer? No, solo ejercer su derecho constitucional a la defensa.

### 3. El régimen establecido en la antigua Ley Procesal del Trabajo y en la Ley que

### regula el proceso contencioso administrativo

En 1996, se promulgó la Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636). Esta norma, tiene un título dedicado a las medidas cautelares, sin regular el trámite que corresponde seguir ante la solicitud de aquel. Ante ello, antes que preguntarse por la efectividad de los derechos procesales fundamentales exigibles en el proceso, se aplicaba literalmente lo dispuesto en la Tercera Disposición Derogatoria, Sustitutoria y Final: *“En lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil”*; y, por ende, el trámite diferido e inconstitucional de ejercicio del derecho a la defensa establecido en el artículo 637 del Código Procesal Civil.

En el año 2002, se promulgó la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, que también incluyó un capítulo relativo a las medidas cautelares. El segundo párrafo del artículo 38 de dicha Ley, establecía que: *“Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley”*. De este modo, se aplicaba el trámite previsto en el artículo 637 del Código Procesal Civil, manteniéndose y constitucionalizándose la inconstitucional postergación al derecho a la defensa.

La regla legal que había venido extendiéndose por imperio de la disposición expresa, primero, y de la aplicación supletoria, después, del Código Procesal Civil en el ordenamiento jurídico peruano había venido siendo, entonces, aquella según la cual las medidas cautelares se concedían sin conocimiento de la otra parte. Esta regla, se había extendido tanto que se le asumía como natural y hasta obvia, lo que fue asumido tanto por el legislador, por la jurisprudencia, así como por la doctrina nacional<sup>35</sup>.

### 4. El régimen establecido en el Código Procesal Constitucional: el texto

34. PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara: Lima, 2006, p. 185 y ss.

35. Los trabajos de la doctrina nacional, por lo general, solo ratificaron la regla según la cual las medidas cautelares se conceden sin conocimiento de la otra parte o la justificaron. En ese sentido, puede verse: MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad: Lima, 2002, pp. 134 – 136; HURTADO REYES, Mar-

## original del artículo 15 del Código Procesal Constitucional

En el año 2004, se promulgó el Código Procesal Constitucional. En su artículo 15<sup>36</sup>, reguló las medidas cautelares. Al hacerlo, reguló un procedimiento específico para la tramitación de las medidas cautelares que tuvieran “*por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional*”. En estos casos, se corría traslado de la solicitud a la contraparte, por el plazo de tres días, antes que el pedido sea resuelto. Sin embargo, las reglas procesales adicionales (notificación al Ministerio Público, solicitud ante la Corte Superior, apelación con efecto suspensivo, era posible solicitar informe oral) hacían al trámite regulado por dicha norma deviniera en absolutamente inconstitucional. Fue clara y grosera, la intención del legislador de vaciar el contenido del derecho fundamental a la tutela cautelar.

Para todos los demás casos, se aplicaba supletoriamente el Código Procesal Civil y, con ello,

la postergación del ejercicio del derecho a la defensa.

El 2 de setiembre de 2005, el Defensor del Pueblo formuló una demanda de inconstitucionalidad contra la mencionada norma, pero, específicamente contra los párrafos relativos al procedimiento de la medida cautelar, en los casos en los que se pretendían dejar sin efecto actos administrativos dictados en cumplimiento de la normativa municipal y regional. La demanda alegaba la vulneración del derecho a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva. Esa demanda fue, como veremos más adelante, de modo inconcebible declarada infundada por la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 26 de octubre de 2006, en el expediente No. 0023-2005-PI.

A pesar de ello, el 24 de diciembre de 2006 se publicó la Ley 28946, cuyo artículo 1 modificó el artículo 15, cuyo texto es el que actualmente está vigente. Si bien, no modificó en sustancia el inconstitucional trámite de establecimiento

tín. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Palestra: Lima, 2006, pp. 232 y ss.

Con una actitud más crítica a la regulación de la postergación del ejercicio del derecho de defensa en materia cautelar pueden consultarse: PALACIOS PAREJA, Enrique. *Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni. *Proceso y constitución*. Actas del segundo congreso internacional de derecho procesal Proceso y Constitución, desarrollado en el campus de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ara: Lima, 2011, p. 527; QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código Procesal Civil*. En: CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús (editor). *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*. Ediciones Caballero Bustamante: Lima, 2011, p. 197; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Los problemas del proceso cautelar*. En: *Reformas urgentes a las normas del proceso civil peruano*. En: Congreso de la República. Comisión de Justicia y Derechos Humanos, periodo 2008 – 2009, GTZ: Lima, 2009, p. 65.

36. Versión original del Artículo 15 del Código procesal constitucional.- Medidas Cautelares. “*Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.*”

*El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.*

*Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.*

*De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.*

*En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.”*

generalizado del contradictorio anticipado para todos los casos en los que se pretenda dejar sin efecto actos administrativos regidos por la legislación municipal o regional, redujo la exigencia de algunas formalidades excesivas. La inconstitucionalidad del trámite, sin embargo, se mantenía.

Con ello, el régimen del ejercicio del derecho de defensa del Código Procesal Constitucional es, en su regla general y en su excepción, inconstitucional. En su regla general, lo es, porque por proteger desmedidamente el derecho a la tutela cautelar vulnera el derecho de defensa. En su regla de excepción, lo es, porque por proteger desmedidamente el derecho a la defensa vulnera el derecho a la tutela cautelar; aunque es verdad que en este caso se han alegado en su favor otras razones a las que aludiremos a continuación.

## **5. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el régimen del ejercicio de defensa en el Código Procesal Constitucional**

Como hemos señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda, sobre la base, fundamentalmente, de los siguientes argumentos:

- (i) La consagración constitucional de los procesos en tutela de derechos fundamentales, los hace diferentes a los procesos ordinarios (§2, 10) y por ello, *“este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales”* (§2, 11).
- (ii) La efectividad no puede ser interpretada en términos absolutos (§6, 30).
- (iii) Respecto a la alegación del Defensor del Pueblo, en el sentido que el trámite previsto restringía el derecho al acceso a la jurisdicción, el Tribunal Constitucional señala que: *“el procedimiento cautelar especial establece requisitos razonables para acceder a la tutela jurisdiccional, que se constituyen en la alternativa necesaria para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido*

*cautelar, sin menoscabo de bienes constitucionales protegidos como la gobernabilidad; asimismo, proporcional, por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento”* (§7, 34). Inmediatamente después, señala que lo que se pretende con ello es la tutela de la autonomía regional y municipal frente al dictado de medidas cautelares (§7, 35).

(iv) *“(…) el Tribunal Constitucional no comparte necesariamente los argumentos expresados por la demandante. En efecto, el legislador tiene la potestad de regular el procedimiento cautelar en procesos como el amparo, en tanto no desnaturalicen la esencia de la medida cautelar, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. Pero sin desconocer los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una administración de justicia indiferente ante la protección de los bienes constitucionales, que encuentran su sustrato en la realidad constitucional misma, lo que trae como principal consecuencia una afectación a las competencias legítimas de los gobiernos locales y regionales”* (§12, 58).

(v) *“(…) las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191.º y 194.º), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias”* (§16, 74).

Los argumentos por los cuales el Tribunal Constitucional concluyó que la norma es constitucional no pasaron por hacer una ponderación entre derecho a la tutela cautelar y derecho de defensa, sino entre derecho a la tutela cautelar y las autonomías regionales y locales. Más allá de lo inapropiado de la comparación y ponderación realizada (que resulta mucho más grave en un proceso en el que se pretende proteger derechos fundamentales de los ciudadanos) se perdió una extraordinaria oportunidad de

realizar un juicio de ponderación adecuado, que guíe al legislador y a los jueces en lo sucesivo.

## 6. El régimen establecido en el Decreto Legislativo que regula el arbitraje

En junio del año 2008 se dictó el Decreto Legislativo 1071, norma que regula el arbitraje. En su artículo 47, regula las medidas cautelares, y su inciso 3) establece el procedimiento a seguir ante su solicitud, señalando que: *“El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión”*.

El Decreto Legislativo que regula el arbitraje, es la primera norma que pondera adecuadamente el derecho fundamental a la tutela cautelar, con el derecho a la defensa, estableciendo que la postergación de este último, solo se justifica en la medida que se corra el riesgo que la eficacia de la medida cautelar se frustre.

## 7. El nuevo régimen del ejercicio de la defensa establecido por el Código Procesal Civil luego de su modificatoria por la Ley 29384

Los abusos e inequidades producidos a consecuencia de la regulación del ejercicio del derecho de defensa en sede cautelar, demandaba una necesidad de cambio. En ese sentido, en el año 2008 se presentó el proyecto de Ley 3079-2008-CE, que establecía como regla general, la siguiente: *“La solicitud cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud”*. A continuación, en su

segundo párrafo, agregaba: *“No obstante ello, el Juez podrá excepcionalmente correr traslado de la solicitud cautelar a la parte contraria por un plazo de tres días a fin de que exprese lo que considere conveniente, siempre que ello no afecte la eficacia de la futura ejecución de la medida cautelar”*<sup>37</sup>. Finalmente, se agregó un tercer párrafo: *“En el caso que la medida cautelar se haya dictado con conocimiento de la parte afectada, esta podrá formular oposición dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución que admite la medida cautelar”*.

El 28 de junio de 2009, se publicó la Ley 29384 que estableció un cambio en el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa ante la solicitud de una medida cautelar, eliminando el segundo párrafo del texto del proyecto de ley<sup>38</sup>. En ese sentido, el procedimiento que quedó establecido (y que es el actual texto del artículo 637 del Código Procesal Civil), de la siguiente manera:

- (i) La medida cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada.
- (ii) Una vez concedida la parte afectada puede formular oposición, ante el propio Juez que concedió la medida cautelar, dentro del plazo de cinco días contados desde que toma conocimiento de la resolución cautelar.
- (iii) La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida cautelar.
- (iv) La resolución que resuelve la oposición — sea denegándola, sea concediéndola — es apelable sin efecto suspensivo.

De este modo, y sin perjuicio del análisis que sobre el trámite realizaremos a continuación, se mantiene la postergación del ejercicio del

37. PALACIOS PAREJA, Enrique. *Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni. Proceso y constitución. Actas del segundo congreso internacional de derecho procesal Proceso y Constitución, desarrollado en el campus de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ara: Lima, 2011, p. 514.

38. PALACIOS PAREJA, Enrique. *Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni. Proceso y constitución. Actas del segundo congreso internacional de derecho procesal Proceso y Constitución, desarrollado en el campus de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ara: Lima, 2011, p. 515.

derecho de defensa del afectado a un momento posterior al del dictado de la medida cautelar, con lo cual, el Juez que concede o rechaza la medida cautelar, lo hace sin escuchar – en ningún caso – al afectado con ella. El afectado solo puede intervenir, luego del dictado de la medida cautelar – ya no se hace referencia a que pueda hacerlo luego de la ejecución de la medida – quien puede esgrimir sus argumentos de defensa, a fin de que se levante la medida cautelar ya concedida ante el propio Juez que concedió la medida; mientras tanto, la medida continuará produciendo todos sus efectos, pues su ejecución no se suspende por la sola interposición de la oposición. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo, ello quiere decir que, si la resolución dispuso el levantamiento de la medida cautelar, su apelación se resolverá sin medida cautelar; asimismo, si la resolución dispone no levantar la medida cautelar, su apelación se resolverá con la medida cautelar desplegando todos sus efectos.

## VI. LA OPOSICIÓN REGULADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

### 1. El mantenimiento de la regla inaudita altera pars

La modificación del Código Procesal Civil mantiene la regla acuñada desde su origen, conforme a la cual la solicitud cautelar se concede o se rechaza, sin conocimiento de la parte afectada. Con ello, es manifiestamente clara la regla según la cual se difiere el ejercicio de defensa de la parte afectada con la medida cautelar.

Como he venido señalando a lo largo de este artículo, esta regla es inconstitucional, pues lesiona el derecho a la defensa. La generalización de la postergación del derecho a la defensa en sede cautelar vulnera la Constitución, en la medida que, si bien se justifica en la protección del derecho fundamental a la tutela cautelar, no es necesaria en todos los casos, sino solo en aquellos en los que por darle la posibilidad de defensa se pierda la eficacia de la medida cautelar. Si la razón de ser de la postergación del derecho a la defensa es, por un lado, la urgencia en el dictado de la medida; y, por el otro, que el

demandado no vaya a realizar actos tendientes a restarle eficacia a la medida cautelar; la restricción del derecho a la defensa es constitucional, solo en la medida que se eviten esas dos situaciones, en ninguna otra.

Por ello, en los casos en los que existe peligro en la demora, pero el evento que se teme que se pueda producir no sea tan próximo en el tiempo que justifique la restricción del derecho de defensa, se debe dar la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa del afectado. La misma solución debe darse en los casos en los que, por la naturaleza de la medida cautelar, el afectado pudiera estar en condiciones de realizar actos tendientes a restarle eficacia, como ocurre con el caso del embargo en forma de depósito o el secuestro, por ejemplo.

### 2. La notificación de la resolución cautelar al afectado

El texto de la versión vigente del artículo 637 del Código Procesal Civil, dispone expresamente que: *“Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición (...)”*. Compararemos esta disposición, con la versión anterior del artículo 637 del Código Procesal Civil, según la cual: *“Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado (...)”*. La norma derogada, decía que la notificación al afectado se producía luego de ejecutada la medida cautelar. Ya hemos señalado que en un primer momento, ello se interpretaba en el sentido que había que terminar de ejecutar todas las medidas cautelares concedidas, lo que posteriormente fue modificado en el sentido que era suficiente que se haya ejecutado la medida cautelar que razonablemente ejecute el cumplimiento de la sentencia. Pero era necesario, ejecutar o comenzar a ejecutar.

¿Qué dice ahora la norma? Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede oponerse ¿antes o después de la ejecución? Es importante señalar que una cosa es *dictar la medida cautelar* y otra *ejecutar la medida cautelar*. El dictado de la medida cautelar es la emanación de la resolución por medio de la cual el Juez, sobre la base de apreciar la concurrencia de los presupuestos

necesarios para ello, decide concederla. La ejecución de la medida cautelar, supone desarrollar en el ámbito de la realidad el conjunto de actos necesarios para que la medida cautelar dictada tenga eficacia. Ello quiere decir que entre el dictado y la ejecución de la medida cautelar, existe un periodo de tiempo en el que el afectado con la medida cautelar podría oponerse. Por ello, es legítima la pregunta ¿el hecho que la nueva norma establezca que dictada la medida el afectado puede oponerse, significa que la notificación de la resolución cautelar procede antes de su ejecución? El profesor Enrique Palacios Pareja<sup>39</sup> ha dado respuesta a esta pregunta señalando que: *“Tenemos entonces que la norma vigente dispone que la medida cautelar se dicta in audita altera pars, pero se ejecuta con conocimiento previo del afectado, quien puede oponerse a la ejecución sin que esta se suspenda”*.

La respuesta que da el profesor Enrique Palacios no solo es (i) conforme al texto literal de la norma, (ii) coherente con los antecedentes a la modificación legislativa, sino también (iii) la interpretación menos lesiva al derecho de defensa del afectado. Razones suficientes para estar de acuerdo con ella. Sin embargo, esta interpretación tiene un problema destacada por el propio profesor Palacios<sup>40</sup>: hay casos en los que la notificación con la medida cautelar al afectado puede terminar afectando la efectividad de la medida cautelar y, por ende, el derecho fundamental a la tutela cautelar del demandante. En estos casos, se debe diferir la notificación al afectado hasta luego de la ejecución de la medida cautelar, sin embargo, nada de esto dice la modificatoria al Código Procesal Civil.

Es necesario señalar, sin embargo, que nuestros jueces no vienen interpretando así la norma. Habitados a la regla generalizada de pos-

tergación del contradictorio, nuestros jueces vienen interpretando la norma en el sentido de postergar el contradictorio hasta un momento posterior a la ejecución.

Visto el modo como viene desarrollándose la práctica judicial, hay una nota que quiero destacar de la versión actual del artículo 637 del Código Procesal Civil. La norma señala que el plazo de cinco días para formular oposición debe computarse desde el momento en que el afectado *toma conocimiento* de la resolución cautelar, no señala que el plazo se computa desde la *notificación*. Claro, bien podría decirse que en el proceso las partes toman conocimiento de las resoluciones judiciales a través de la notificación, sin embargo, esta no es la única vía, pues en el caso en que se dicten varias medidas cautelares la ejecución de una de ellas puede advertir a la parte afectada con ella de la existencia de esa resolución cautelar, y sin que haya sido formalmente notificada, puede enterarse o darse por enterada. En esta circunstancia ¿puede oponerse? No veo por qué no, más aún si la norma es clara en señalar que la oposición no suspende la ejecución de la medida. La realidad jurisdiccional, sin embargo, sigue manteniendo al afectado con la medida cautelar postergado, sufriendo pasiva e inconstitucionalmente las consecuencias de una resolución cautelar dictada sin su conocimiento ni intervención.

### 3. Su naturaleza

La oposición es un acto por medio del cual el afectado con la medida cautelar se defiende frente a su dictado. No se trata de un medio de impugnación. Si bien, su finalidad es la modificación de la resolución que concede la medida cautelar, esta se produce como consecuencia

39. PALACIOS PAREJA, Enrique. *Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni. Proceso y constitución. Actas del segundo congreso internacional de derecho procesal Proceso y Constitución, desarrollado en el campus de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ara: Lima, 20011, p. 515. En el mismo sentido se pronuncia la profesora Eugenia Ariano. ARIANO DEHO, Eugenia. *¿Un cautelar renovado?* En: AAVV. Manual de actualización civil y procesal civil. Tomo 1. Gaceta Jurídica: Lima, 2010, pp. 27 – 28.

40. PALACIOS PAREJA, Enrique. *Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni. Proceso y constitución. Actas del segundo congreso internacional de derecho procesal Proceso y Constitución, desarrollado en el campus de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ara: Lima, 2011, p. 515.

de la sujeción de las resoluciones cautelares a la cláusula *rebus sic stantibus*; conforme a la cual la resolución cautelar se dictó con base a determinadas circunstancias (la información brindada solo por el solicitante) sin embargo, ahora se está frente a una situación diferente, pues el Juez se encuentra ante información y prueba que refuta los argumentos del solicitante, lo que lo habilita a modificar su fallo anterior.

En el ordenamiento jurídico peruano, la oposición es el acto a través del cual se efectiviza el contradictorio; recién con él se introducen los argumentos y las pruebas que refutan la solicitud cautelar. Sobre la base de ello, recién el Juzgador se encuentra en posibilidad de confrontar y decidir. No supone, por ende, el ejercicio del derecho a la impugnación, pues no cuestiona los errores de una decisión jurisdiccional, sino que incorpora recién los argumentos del afectado con ella.

#### 4. Su contenido

La resolución cautelar evalúa el cumplimiento de tres presupuestos: la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación. Dado que, la oposición tiene por finalidad que se levante la medida cautelar ordenada en la mencionada resolución, la oposición debe versar acerca de la ausencia de alguno o todos los presupuestos para conceder una medida cautelar.

En materia de verosimilitud del derecho la oposición puede versar, o sobre argumentos que determinen la improcedencia de la demanda, o aquellos que versen sobre el fondo del asunto. En efecto, en la medida que la verosimilitud del derecho supone que exista la probabilidad de que se declare fundada la demanda, al afectado le corresponderá la misión de establecer que esa posibilidad no existe, sea porque lo más probable es que esta sea declarada improcedente o porque puede ser declarada infundada. En ese sentido, en la oposición el afectado puede cuestionar la ausencia de uno de los presupuestos de validez de la relación procesal (legitimidad

para obrar, interés para obrar, capacidad, etc.). También, puede refutar los hechos en los que se basa la solicitud ofreciendo los medios probatorios en los que sustente su argumentación, o contradecir los argumentos de derecho que haya esgrimido el solicitante.

En materia de peligro en la demora, el afectado podría señalar que el evento que el demandante señala que teme que se produzca, no es posible que se produzca, señalando las razones de ello. Dependiendo del tipo de peligro en la demora alegado por el solicitante, el afectado puede alegar la ausencia de peligro en la demora. En ese sentido, si es que el solicitante ha alegado un peligro de infructuosidad, la oposición puede consistir en señalar que no existe riesgo que desaparezcan los medios para hacer efectiva la sentencia, o que existen otros medios que tienen esa finalidad y que el demandante ha omitido señalar. En caso se haya alegado un peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional, la oposición podrá versar acerca de que no hay modo en que la demora del proceso, en el caso concreto, produzca un riesgo de no efectividad de la sentencia.

En materia de adecuación, la oposición puede versar, fundamentalmente, acerca de la no proporcionalidad o no idoneidad de la medida; o la ausencia de razonabilidad.

#### 5. La necesidad de su interposición: ¿es sustituible por la apelación?

Un tema que se ha venido presentando es si una vez dictada la medida cautelar y habiéndose el afectado enterado de ella ¿debe el afectado oponerse o puede directamente apelar – sin previa oposición – la resolución que concede la medida cautelar? La doctrina nacional no es pacífica<sup>41</sup>. El fundamento que se da para permitir la sustitución es el derecho de defensa del afectado.

La oposición es el medio procesal previsto por el ordenamiento jurídico para que el afectado

41. ARIANO DEHO, Eugenia. *¿Un cautelar renovado?*. En: AAVV. Manual de actualización civil y procesal civil. Tomo 1. Gaceta Jurídica: Lima, 2010, p. 30.

con la medida cautelar pueda esgrimir sus argumentos contra la solicitud cautelar y la decisión que se haya dictado concediéndola. La oposición abre, de esta manera una cognición sumaria sobre la procedencia o no de la medida cautelar que concluirá con una resolución judicial, impugnabile por cualquiera de ellas. Si se permitiera la directa apelación de la resolución que concede la medida cautelar por el afectado, se le quita al Juez de primera instancia la posibilidad de resolver respecto de los argumentos de defensa del afectado y, con ello, la posibilidad de impugnarla. De este modo, si el afectado apelase directamente y el superior revocase la resolución que concede la medida cautelar, se le habría quitado al solicitante de esta la posibilidad de impugnar la decisión acerca de los argumentos esgrimidos por el afectado. De esta manera, se estaría rompiendo el equilibrio de las partes en el proceso cautelar.

De otro lado, creo que permitir la directa apelación de la resolución que concede la medida cautelar, le quita al Juez la posibilidad de reconsiderar su decisión a la luz de los argumentos esgrimidos por el afectado, respecto de los cuales jamás tuvo la posibilidad de pronunciarse, lo que podría terminar incidiendo en la responsabilidad civil por el indebido dictado de medidas cautelares.

Por las razones antes expuestas, creemos que si el afectado decide defenderse de la resolución que concede la medida cautelar, el mecanismo para hacerlo es la oposición, no pudiendo formular apelación directa contra la mencionada resolución.

#### 6. ¿Se debe correr traslado de la oposición?

Una vez que el afectado ha formulado oposición ¿cabe que se le corra traslado de ella al solicitante? El trámite cautelar supone una cognición sumaria. Ambas partes tienen la posibilidad de alegación, prueba e impugnación. El traslado de la oposición al solicitante supone extender

el ámbito de la cognición jurisdiccional, más allá de lo que corresponde al trámite cautelar. Pensar que corresponde ahora escuchar al solicitante sobre lo que el afectado ha dicho en su oposición, supone aplicar a lo cautelar un procedimiento acorde con una *plena cognitio*. Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta el hecho que mientras más se alargue el tiempo en el que el Juez debe pronunciarse respecto de la oposición del afectado, mayor será el tiempo que él deba soportar los efectos de la medida cautelar ejecutada<sup>42</sup>.

Escuchado el afectado con la oposición, el Juez ya escuchó a ambas partes, por ende, está en condiciones de resolver.

#### 7. El auto que resuelve la oposición.

La resolución que resuelve la oposición es un auto y, como tal, debe estar debidamente motivado. En él, debe existir un pronunciamiento acerca de todos los argumentos esgrimidos en la oposición formulada por el afectado, y el modo en que estos argumentos refutan o no los argumentos esgrimidos en la solicitud y el cómo estos están en aptitud o no de remover los efectos de la resolución que la concedió.

En ese sentido, es necesario que el magistrado tenga en consideración que el hecho que haya concedido la medida cautelar, de modo alguno le resta la posibilidad de modificar lo anteriormente expuesto. Al hacerlo, debe tener especial cuidado en establecer cómo lo alegado por el afectado en la oposición modifica su parecer respecto de la medida cautelar.

#### 8. La impugnación al auto que resuelve la oposición

Al ser la resolución que resuelve la oposición un auto, corresponde impugnarla a través del recurso de apelación. Esta resolución se concede sin efecto suspensivo, ello quiere decir que sea cual fuera la decisión, esta surtirá sus efectos

42. De un parecer diverso es el profesor Martel. MARTEL CHANG, Rolando. *La Ley No. 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil*. En: Actualidad Jurídica. No. 188, Julio, 2009, p. 41.

mientras se resuelve el recurso de apelación. En ese sentido, si al resolver la oposición el Juzgado decide levantar la medida cautelar, el solicitante perderá la garantía que tenía con ella.

**9. La resolución que resuelve la impugnación al auto que resuelve la oposición**

Si el superior jerárquico confirma la resolución que resolvió declarar fundada la oposición o revocar la que la declaró fundada, la medida cautelar se mantendrá levantada – en la primera

hipótesis – o se levantará - en la segunda-. Sin embargo, si el superior revoca la que resolución que la declara fundada, dictará la medida cautelar correspondiente.

**VII. REFLEXION FINAL**

Creo que es hora de acercarnos al proceso desde sus garantías constitucionales. Revisar las reglas procesales, en función de la satisfacción de los principios constitucionales que rigen al proceso. El ejercicio del derecho de defensa, en sede cautelar nos da una extraordinaria ocasión para hacerlo.

