

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**

**EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO  
CAUTELAR.**

**UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA  
INAUDITA ALTERA PARTE EN EL CÓDIGO PROCESAL  
CIVIL PERUANO**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal**

**AUTOR**

**VÍCTOR AUGUSTO ACUÑA GUTIÉRREZ**

**ASESOR**

**RENZO CAVANI BRIAN**

**LIMA-PERÚ**

**2017**

## Resumen Ejecutivo

Una sociedad que se desarrolla dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho debe saber y entender que su actuar se rige en armonía con los derechos, deberes y principios que emanan de la Constitución Política del país. El proceso como mecanismo de solución de controversias entre los individuos que forme este colectivo no es ajeno al poder que irradia la Constitución, otorgándole al proceso una característica democrática; es decir, un proceso donde las partes y el juez se rijan sobre principios fundamentales como el de la tutela jurisdiccional efectiva y el de igualdad entre las partes.

Así las cosas, la presente tesis desarrollará la importancia de analizar el proceso dentro de un modelo cooperativo, donde el diálogo entre las partes y el juez cumple un papel trascendental. Teniendo, el principio del contradictorio, un rol imprescindible dentro de este estudio. A partir de ello, realizaremos un análisis crítico de la aplicación de la regla *inaudita altera parte* en las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil. Concluyendo que, su actual regulación no va acorde, y no respeta, los derechos fundamentales emanados de la Constitución, así como al modelo de proceso mencionado.

Con la finalidad de salvaguardar el derecho fundamental al contradictorio de las partes, se interpretará la legislación infraconstitucional cautelar conforme a la Constitución y lo derechos fundamentales. Esta nueva interpretación, buscará orientar a los jueces para que empiecen a aplicar

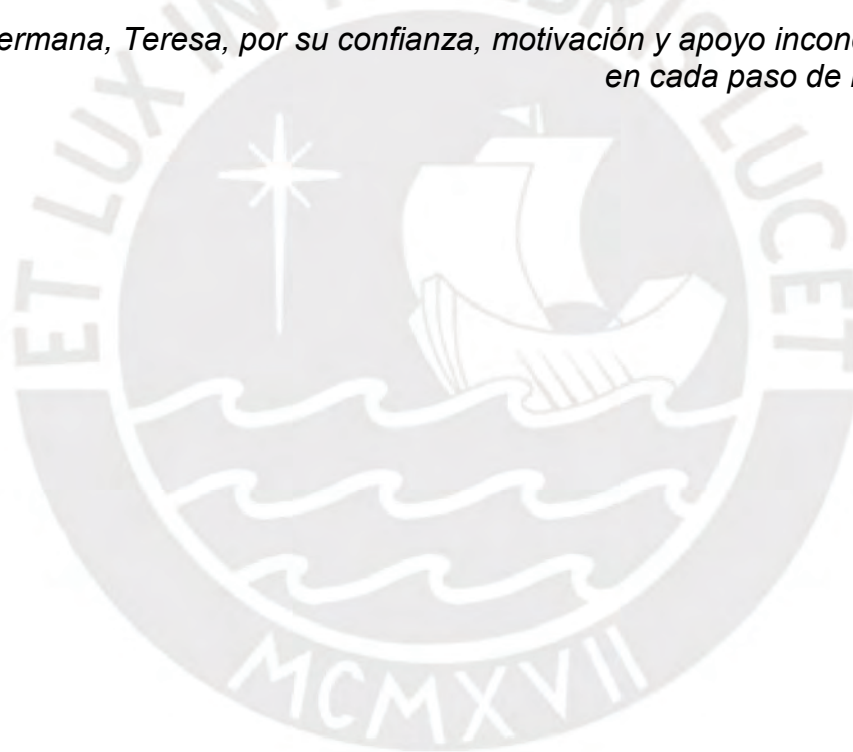
e interpretar las normas procesales conforme a la Constitución, dejando de lado las lecturas aisladas de la norma, las cuales antes de buscar una decisión justa, convalidan una transgresión a los derechos de las partes dentro del proceso.



*A Dios, por todo lo que soy.*

*A mis padres, María Teresa y Víctor, por preferir siempre mis sueños  
antes que los suyos.*

*A mi hermana, Teresa, por su confianza, motivación y apoyo incondicional  
en cada paso de mi vida.*



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO DENTRO DE UN MODELO DE PROCESO COOPERATIVO.....</b>	<b>10</b>
1. La colaboración en el proceso civil.....	10
2. Proceso justo.....	15
3. Principio del contradictorio.....	17
3.1 Derecho de defensa.....	17
3.2 Contenido del principio.....	19
3.3 Prohibición de la decisión sorpresa.....	22
3.4 Influencia del principio del contradictorio en el proceso cautelar..	24
4. Vulneración del principio del contradictorio a través de la regla <i>inaudita altera parte</i> en el Código Procesal Civil.....	29
<b>CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.....</b>	<b>35</b>
1. La tutela cautelar a partir de Piero Calamandrei.....	35
2. Finalidad de la tutela cautelar y anticipada.....	38
3. Regulación de la tutela cautelar y anticipada en el Código Procesal Civil peruano.....	44

<b>CAPÍTULO III: RECONSTRUCCIÓN DE LA REGLA <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i> PLASMADA EN EL ARTÍCULO 637° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.....</b>	<b>54</b>
1. Breve repaso histórico del artículo 637° del Código Procesal Civil peruano.....	54
2. Importancia del control de constitucionalidad.....	57
3. Diferencias entre disposición y norma.....	61
4. Interpretación constitucional del artículo 637° del Código Procesal Civil peruano.....	63
4.1 Reconstrucción de la regla <i>inaudita altera parte</i> .....	63
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>70</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73</b>

## **Introducción**

Desde que entró en vigencia del Código Procesal Civil, el artículo 637° siempre tuvo problemas al momento de contrastarlo con la Constitución Política del Perú. En un primer momento, este artículo no permitía que la parte afectada con la medida pueda defenderse y contradecir los argumentos de la parte contraria ante el juez que concedió la medida cautelar. Tenía que esperar hasta la apelación para hacerlo. En el año 2009, este artículo fue modificado mediante la Ley N° 29384, incorporando a nuestro ordenamiento la figura de la oposición, mediante la cual la parte afectada puede hacer uso de su derecho al contradictorio ante el mismo juez que concedió la medida. La particularidad es que dicho contradictorio no es previo sino diferido. Este último punto, es el que, en nuestra opinión, resulta cuestionable dado que tal diferimiento se da en todos los supuestos, vulnerando el derecho fundamental al contradictorio de forma flagrante.

La doctrina nacional está dividida respecto a la constitucionalidad del mencionado artículo. Por un lado, tenemos a los que consideran que no

existe ninguna vulneración a dicho principio ya que solo se está posponiendo el contradictorio en otro acto, con la única finalidad de proteger el derecho de la parte peticionante de la medida. Y, por el otro lado, tenemos a los autores que ven a este artículo como un ejemplo de vulneración al derecho de defensa y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que se difiere el contradictorio sin antes analizar la urgencia o el riesgo en la efectividad del derecho material que justifique no precisamente la concesión de la medida provisional, sino el propio diferimiento del contradictorio. En favor a esta última posición, podemos observar que varios países han optado por el contradictorio previo, a saber: Brasil, Italia, Alemania y España.

Así las cosas, el objetivo de la presente tesis se centra en determinar la importancia y trascendencia de contar con un contradictorio previo en este tipo de medidas, y sólo de forma excepcional considerar uno diferido.

Para dichos efectos, partiremos de la siguiente hipótesis: el Código Procesal Civil al consagrar la regla *inaudita altera parte* incurre en un vicio de inconstitucionalidad, ya que no realiza una diferenciación entre la tutela cautelar y la anticipada, ni los supuestos de gravosidad que implican cada una de ellas en la esfera de la parte afectada. Y, además, consagrar el contradictorio diferido como regla absoluta en todos los supuestos vulnera el principio del contradictorio.



En este contexto, el primer capítulo analizará el principio del contradictorio, y cómo el mismo debe ser entendido dentro de un proceso cooperativo, un proceso que tiene como característica principal la colaboración de las partes hacia con el juez. La colaboración aquí se entiende como la oportunidad que tiene las partes de participar de forma efectiva y adecuada para convencer al juzgador; es decir, estar dentro de un proceso cooperativo es brindarles las mismas oportunidades a las partes para poder influir en la decisión del juez, evitando con ello las decisiones sorpresa.

El segundo capítulo desarrollará las diferencias entre tutela cautelar y tutela anticipada. Se defenderá que, por su grado de intervención dentro de las esfera personal y patrimonial de la parte afectada por la medida, necesita de un contradictorio previo, salvo exista un riesgo en la satisfacción del derecho material, o nos encontremos ante un hecho urgente. Así, llegaremos a determinar que en ambas tutelas solo se podrá diferir el contradictorio en los casos en exista una urgencia manifiesta, o cuando la medida o la satisfacción del derecho material se encuentre en riesgo.

Finalmente, el tercer capítulo, contendrá una construcción respecto del control constitucional del artículo 637, todo ello con la finalidad de obtener una norma emanada a la luz de las garantías constitucionales, y, específicamente, del principio del contradictorio.

## Capítulo I

### El principio del contradictorio dentro de un modelo de proceso cooperativo

**Sumario:** 1- La colaboración en el proceso civil. 2- Proceso Justo. 3-Principio del contradictorio. 3.1 Derecho de defensa. 3.2 Contenido del principio. 3.3 Prohibición de la decisión sorpresa. 3.4 Influencia del principio del contradictorio en el proceso cautelar. 4- Vulneración del principio del contradictorio a través de la regla *inaudita altera parte* en el Código Procesal Civil.

#### 1. La colaboración en el proceso civil

Una sociedad que se desarrolla dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho debe saber y entender que su actuar se rige en armonía con los derechos, deberes y principios que emanan de la Constitución Política del país. El proceso como mecanismo de solución de controversias entre los individuos que forme este colectivo no es ajeno al poder que irradia la Constitución, otorgándole al proceso una característica democrática; es decir, un proceso donde las partes y el juez

se rijan sobre principios fundamentales como el de la tutela jurisdiccional efectiva y el de igualdad entre las partes.

Es así que nace el proceso cooperativo “basado en la participación y en el diálogo que deben caracterizar los vínculos entre las partes y el juez” (Mitidiero 2009: 100). Esta participación debe ser enmarcada dentro de las características de un contradictorio pleno, donde las partes puedan influenciar de forma paritaria hacia la decisión que tomará el juzgador<sup>1</sup>.

Podemos observar que el diálogo procesal que surge en todo proceso involucra no solo a las partes, sino también al juez quien calza perfectamente para la formación de un “*triángulo democrático-colaborativo*”, donde las partes deben tener la oportunidad de participar de forma efectiva y adecuada para convencer al juzgador. En esa línea, la “verdad” será formada a partir del diálogo de las partes y del juez (Marinoni 2016:19). Bajo la concepción de un proceso colaborativo no podemos entender al juez como un simple observador de las discusiones de las partes, sino como un cooperador para con ellas. Así lo ha reafirmado Mitidiero, ya que precisa que la colaboración no puede ser entendida como una colaboración entre las partes, ya que obedecen a intereses distintos respecto al litigio; la colaboración, más bien, se centra entre la relación que tiene el juez hacia con las partes (Mitidiero 2016:61-62).

---

<sup>1</sup> En palabras del Daniel Mitidiero: “El juez tiene su papel redimensionado, asumiendo una doble posición: se muestra paritario en la conducción del proceso, en el diálogo procesal, siendo, por lo demás, asimétrico en cuanto a la decisión de la causa” (Mitidiero 2009:133).

Para cumplir con dicho mandato constitucional, el juez tiene deberes que cumplir como son los de esclarecimiento, prevención, consulta y auxilio<sup>2</sup> para con los litigantes (Mitidiero 2009:99), los cuales son esenciales para dar un fiel cumplimiento a los mandatos impuesto en todo proceso colaborativo, y así evitar pronunciamientos sorpresas; esto es, argumentos que las partes en ningún momento discutieron o pusieron como puntos en controversia.

Estos deberes también pueden verse reflejados en nuestra legislación. El título preliminar del Código Procesal Civil acoge varios deberes que el juez debe aplicar y respetar dentro de todo proceso. Uno de los más importantes es el deber de ser el director del proceso, lo que significa que el juez no es un ente pasivo dentro de este<sup>3</sup>. Asimismo, tiene el deber de conducir el proceso a una decisión justa (*lograr la paz social en justicia*)<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> Mitidiero señala que por deber de esclarecimiento debemos entender el deber del tribunal de esclarecer junto a las partes las dudas que tenga sobre sus alegaciones, pedidos o posiciones en juicio. Por deber de prevención, el deber del órgano jurisdiccional de prevenir a las partes del peligro que el éxito de sus pedidos “sea frustrado por el uso inadecuado del proceso”. Por deber de consulta, el deber del órgano judicial de consultar a las partes antes de decidir sobre cualquier cuestión, posibilitando antes que éstas influyan respecto del rumbo a seguirse en la causa. Por deber de auxilio, el deber de auxiliar a las partes en la superación de eventuales dificultades que comprometen el ejercicio de derechos o facultades o el cumplimiento de cargas o deberes procesales (Mitidiero 2009:99).

<sup>3</sup> Artículo II.- Principios de dirección e impulso del proceso: “La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. Segundo párrafo: El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código”.

<sup>4</sup> Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal: “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Segundo párrafo: En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este

así como el deber de recurrir a las fuentes del derecho en caso de vacío o defecto en las disposiciones del Código<sup>5</sup>, con el fin de no dejar de administrar justicia.

En nuestra opinión, otro deber fundamental es el de mantener y preservar la igualdad dentro del proceso, adaptando al proceso en virtud de la tutela que se busca brindar. Aunado a ello, tenemos el deber de aplicar el aforismo *iura novit curia*, cuando sea necesario, todo ello con el fin preservar el proceso<sup>6</sup>.

---

Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, en atención a las circunstancias del caso”.

<sup>5</sup> Sobre este punto Renzo Cavani realiza una crítica sobre considerar a la doctrina y la jurisprudencia como fuentes del derecho, dado que la primera solo es un elemento que ayudará al juez para tomar determinada decisión, justificando el procedimiento utilizado, y a la segunda, la Constitución no le otorga dicha característica, además de demostrarse en la realidad, su escasa (casi nula) vinculación con las decisiones judiciales (Cavani 2016: 51).

<sup>6</sup> Artículo VI. - Principio de socialización del proceso: “El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”. Artículo VII.- Juez y derecho: “El Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Segundo párrafo: Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. Asimismo, en los artículos 50°, 51°, 52° y 53° de este cuerpo normativo podemos observar los deberes, facultades y responsabilidades de los jueces en el proceso. En el mismo sentido, el Código de Ética del Poder Judicial señala en su articulado sétimo lo siguiente: “En el ejercicio de sus funciones, el Juez-consiente del servicio que brinda a la colectividad- debe atender las actividades propias del cargo, evitando dilaciones injustificadas y/o molestias inútiles a los usuarios y a sus abogados. Segundo párrafo: El Juez debe desempeñar su rol con pleno respeto a los demás; en tal sentido, actúa reconociendo la dignidad de los protagonistas del proceso y buscando desempeñarse con el máximo cuidado para lograr una decisión justa. Tercer párrafo: El Juez debe comportarse siempre con reserva y prudencia, garantizando el secreto de las deliberaciones judiciales, así como el ordenado y mesurado desenvolvimiento del proceso. Cuarto párrafo: Al redactar la fundamentación de las resoluciones, el Juez debe emplear un lenguaje claro, coherente y ordenado. Al exponer las razones de su decisión –evaluando adecuadamente los hechos y los argumentos presentados por las partes- debe respetar los principios que gobiernan el proceso. Quinto párrafo: Al fundamentar las resoluciones y durante la realización de las audiencias, el Juez debe evitar pronunciarse sobre hechos ajenos a la causa y emitir juicios de valor sobre la capacidad profesional o la conducta de otros magistrados, defensores, partes del proceso y los auxiliares de justicia, salvo en los casos permitidos por ley”.

Estos deberes tipificados en la normativa nacional nos demuestran el papel colaborativo que debe tener todo juez<sup>7</sup> hacia con las partes, deberes que le otorgan a las partes un trato igualitario<sup>8</sup> la una con la otra<sup>9</sup>, brindándole a cada una las mismas oportunidad para “tratar” de influenciar en su decisión. Considero que estos deberes, poniéndole un mayor énfasis al de sociabilización del proceso, nos muestran las prerrogativas que tiene el juez para encaminar todo proceso a uno de características colaborativas, donde en todo momento se tenga como objetivo respetar y

---

<sup>7</sup> Mario Masciotra nos habla del activismo judicial, “como mecanismo para responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa. [...] Los jueces [...] ejercen el control de las otras ramas contribuyendo decididamente al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, y modelan el comportamiento colectivo a través de la razón y la persuasión, con vivo espíritu de justicia” (Masciotra 2015: 221). El autor nos señala que el activismo judicial es una característica de todo proceso justo, afirmar lo contrario, es continuar con la idea del juez inerte o pasivo.

<sup>8</sup> Sobre este punto se ha precisado que la vigencia de este derecho a la igualdad de armas procesales impide privar de trámites determinados en las normas rituarías de alegación y contradicción a una de las partes, o crear obstáculos que dificulten gravemente la situación de una parte respecto de la otra. Sin embargo, el derecho a la igualdad no impide que el legislador establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley y a la adecuación de medios afines entre aquellas y éstas (Picó i Junoy 2012:160).

<sup>9</sup> González Álvarez señala que “la acentuación de la socialización de la justicia, expresada en la doctrina como “justicia de acompañamiento” o “justicia de protección”, se dinamiza con base en la superioridad de un interés tutelado sobre otro, y a efecto de atender esa superposición que fortalece al débil en el proceso, concurren los mecanismos de eficiencia incorporados al proceso de manera explícita, particular y tuitiva; en este entender, por ejemplo, se amplían los alcances de la representación procesal, se generaliza el acceso gratuito a la justicia, se invierte la carga de la prueba, se hacen propicias las medidas cautelares temporales sobre el fondo, etc. Esto demuestra que la eficiencia del proceso no es transversal en el proceso, sino es consecuencia de la adaptabilidad del proceso a las exigencias de la tutela brindada en razón del interés que la motiva, que en el caso de los derechos fundamentales del niño es superior y justifica, sin argumento en contra, tamaña flexibilidad procesal soportada por la protección diferenciada, que implica desde ya el concepto de justicia de protección, la cual muestra la imagen más nítida del proceso como institución social, es decir, de humanización del proceso, de hacerlo solidario, de socializarlo desde la eficiencia procesal embanderando una nueva “cultura jurídica” sobre el proceso”. (González 2016: 82, Tomo I)

salvaguardar la dignidad de las personas (partes), como derecho fundamental imprescindible en toda controversia procesal.

## 2. Proceso justo

El proceso justo viene a ser la manifestación de la justicia dentro del proceso, es garantizar a las partes que el mismo será llevado a cabo, y dirigido por el juez respetando todas las garantías constitucionales exigidas. No podemos concebir un proceso justo, sin respetar los principios y garantías que lo respaldan. Es más, si el juez decide no aplicar una de las garantías, deberá motivar su decisión y explicar de forma coherente y razonable los fundamentos de su decisión. Mitidiero señala la existencia de un “contenido mínimo esencial” que forma parte de todo proceso justo, así señala:

- 1- La colaboración del juez para con las partes. El juez sólo podrá ser asimétrica en cuanto a la decisión, respecto a las demás etapas del proceso, deberá garantizar el diálogo y el contradictorio.
- 2- Prestación de tutela jurisdiccional adecuada y efectiva, donde las partes participan en pie de igualdad y con paridad de armas, en contradictorio, con amplia defensa, con derecho a la prueba, ante un juez natural, en donde todos sus pronunciamientos son previsibles, confiables y motivados, en procedimiento público, y con duración razonable u, siendo el caso, con derecho a asistencia jurídica integral y formación de cosa juzgada (Mitidiero 2016: 127-128).

Un proceso justo es aquel donde se respeten las garantías mínimas que todo proceso<sup>10</sup> involucra, un proceso donde la tutela jurisdiccional efectiva

---

<sup>10</sup> Artículo 139° de la Constitución Política del Perú: Principios y derechos de la función jurisdiccional.

cobre absoluta relevancia frente a formalismos que alteren su contenido. Además de ello este tipo de procesos involucra una labor participativa del juez con las partes, donde él, también, sea el interesado en buscar una solución justa.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, y donde la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son su fin supremo, es natural e imprescindible que las personas gocen del derecho a un proceso justo en toda su expresión. En ese sentido, haría mal el Estado en emitir normas que atenten contra este derecho. Hacer lo contrario, conllevaría a su expulsión del ordenamiento por atentar contra el fin supremo del Estado. Debemos precisar que “los destinatarios de este derecho no sólo es el Poder Judicial, sino también, el Ejecutivo y Legislativo, este última tiene la labor de concretizarlo mediante la promulgación de normas procesales” (Mitidiero 2015:131).

---

#### Artículo 8°. - Garantías judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...]

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.



### **3. Principio del contradictorio.**

#### **4.1 Derecho de defensa**

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, ha precisado los alcances del derecho de defensa. Estableciendo que este debe ser garantizado a lo largo de todo el proceso. Incluso llega a decir que, sin el adecuado ejercicio de este derecho, no nos encontraríamos ante un proceso. De esta manera, le atribuye dos obligaciones: la primera en que toda persona debe estar informada adecuadamente de todas las imputaciones que la otra parte realiza, y la segunda, tener y comunicarse oportunamente con un defensor de su elección<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Para conocer los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional peruano, los citaremos a continuación: Sentencia recaída en el expediente N° 1003-98-AA/TC: “el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés”. Sentencia recaída en el expediente N° 3026-2006-PHC/TC “El derecho fundamental de defensa está considerado como la fuerza motriz del proceso; como la garantía suprema que atiende a su esencia misma, pues sin él no estaremos ante un verdadero proceso, toda vez que, ante su ausencia, no habrá contradictorio, siendo este un atributo principal de las partes sujetas a proceso. De otro lado, este derecho tiene su origen en el precepto sustancial según el cual nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio”. En la sentencia recaída en el expediente N° 04587-2009-PA/TC, se refieren sobre la obligación de los tribunales de justicia en asumir una eficaz y adecuada defensa sobre este derecho, argumentando “(...) Así, en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Que de la lectura de dicho artículo se desprende una doble obligación por parte de los órganos judiciales. La primera se plasma en la obligatoriedad de que toda persona sea informada inmediata, adecuadamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, así como de los fundamentos jurídico-fácticos por los cuales se le emite auto de enjuiciamiento y se le procesa. Solo de esta manera puede garantizarse que el acusado pueda estructurar y planificar su defensa en forma efectiva para poder afrontar el debate contradictorio. La segunda exigencia se plasma en el derecho de todo justiciable de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a

Toda persona tiene derecho a ser informada inmediata y adecuadamente sobre las imputaciones que se le realiza, y no ser privado de los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Para de esta manera evitar entrar en un supuesto de indefensión. Como señalamos líneas arriba, llevar un proceso sin la protección de las garantías mínimas, en este caso la defensa oportuna, implicaría ir en contra del contenido del proceso justo.

En el mismo sentido, Carocca señala que el derecho a la defensa contiene dos perspectivas. Una positiva y otra negativa. La primera es la posibilidad de formular alegaciones y contradecir los argumentos de la parte contraria; la segunda, contiene la prohibición de la indefensión<sup>12</sup> (Carocca 1998:80)

El contenido del derecho de defensa involucra mucho más que tener la oportunidad de contradecir las alegaciones de la contraparte: es la posibilidad de formar parte del proceso y poder realizar todas las actuaciones necesarias con el fin de influenciar en el juez.<sup>13</sup> Una de ellas

---

ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad, con lo que se garantiza que la persona tenga pleno conocimiento de los aspectos jurídicos que conforman el principio acusatorio y que pueda organizar eficiente y oportunamente su defensa”.

<sup>12</sup> Picó i Junoy define a la indefensión como “la prohibición o limitación del derecho defensa que se produce en virtud de actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en citación de igualdad” (Picó i Junoy 2012:111).

<sup>13</sup> Marinoni refiere que “al final, el demandado alega, argumenta, produce pruebas, anticipa la producción de las pruebas y considera sobre el resultado de la prueba para defender. [...] En ese sentido, se puede decir que tener derecho a la defensa es tener derecho a participar del proceso para influenciar el convencimiento del juzgador, lo que significa que la ley y el juez no pueden prohibir al demandado de practicar actos que sean relevantes para la demostración de sus razones (Marinoni 2015:172). En el mismo sentido, Priori Posada refiere el derecho de defensa involucra poder formular alegaciones y pruebas dentro del proceso, a preparar la defensa en un tiempo razonable y oportuno, que el juez resuelva respecto de lo cual

es poder aportar las pruebas pertinentes al proceso, y que las mismas sean valorados por el juez es, también, obtener una sentencia motivada en derecho donde se encuentre plasmada todos los puntos controvertidos discutidos a lo largo del mismo. En palabras de Comoglio “solo en un juicio que se desarrolla ante un órgano capaz de administrar justicia con imparcialidad e independencia tiene total sentido hablar de ‘posibilidad de actuar’ y ‘inviolabilidad’ de la defensa” (Comoglio 2106: 324). Es así que este derecho, también, implica que todo el proceso sea llevado con imparcialidad e independencia, siendo un papel importante la labor del juez dentro de este<sup>14</sup>.

#### **4.2 Contenido del principio**

De lo antes expuesto, podemos entender que el principio del contradictorio forma parte del derecho fundamental a la defensa; es decir, este principio es una manifestación del contenido y alcance de este derecho. No podemos hablar de debido proceso o de proceso justo sin este principio; se trata de una pieza vertebral. En palabras de Satta, “el principio del contradictorio es, en efecto, la expresión misma del juicio civil

---

las partes tuvieron la oportunidad de defenderse, y que la sentencia afecte a quién han intervenido dentro del proceso (Priori 2003:290). Otro autor que le otorga igual contenido al derecho de defensa es Carocca quien precisa que este derecho posibilita a intervenir a todos aquellos a quienes pueda afectar la sentenciar, quienes podrán formular y probar sus alegaciones, contradecir, y que las alegaciones y pruebas sean valoradas en la sentencia (Carocca 1998:96-97). Como podemos ver, estos autores coinciden en darle al derecho de defensa un contenido amplio, no sólo limitándolo al contradictorio, sino de otras garantías que son la base de este derecho.

<sup>14</sup> Asimismo, Nieva Fenoll sostiene que el contenido esencial del derecho de defensa es el derecho al libre acceso a los tribunales, derecho a formular alegaciones, derecho a la prueba, derecho a la contradicción, derecho a la igualdad de partes, derecho a la asistencia letrada, derecho a la motivación, derecho al recurso, derecho a la ejecución (Nieva Fenoll 2014:141)

[...] porque la acción en la que se basa es esencialmente bilateral, esto es, postula una relación entre sujetos, y la exigencia de tutela en orden a esta relación. Del principio del contradictorio descienden como corolario todas las otras normas que caracterizan al proceso civil” (citado en Carocca 1998:312).

Este principio ha pasado por dos etapas: a la primera se le denomina *contradictorio en sentido débil*, teniendo como característica principal a la exclusión del juez como destinatario; es decir, ver al contradictorio como una simple bilateralidad. A la segunda se le denomina *contradictorio en sentido fuerte*, donde el contradictorio surge como un verdadero derecho de influenciar en el proceso, para cumplir con dicho fin, el juez es incluido como destinatario del contradictorio (Cavani 2014:490).

Por su parte, Alfaro Valverde le otorga a este principio un contenido esencial, el cual tomaremos para la elaboración del presente trabajo: (a) derecho a recibir adecuada y tempestiva información; (b) derecho a defenderse activamente; y (c) derecho de influencia (Alfaro 2014:110).

Respecto al primer derecho, debemos considerar que toda actuación iniciada por una parte debe ser de conocimiento de la otra. Ello implica, también, cualquier iniciativa por parte del juez, como, por ejemplo, la prueba de oficio o la inversión de la carga probatoria; es decir, este derecho protege a las partes de las llamadas “decisiones sorpresas”. Si

las partes son notificadas<sup>15</sup> e informadas dentro de los plazos estipulados por cada normativa sobre las actuaciones que se realicen dentro del proceso podrán influir de manera directa en la decisión del juez. Solo así este derecho será preservado. Respecto al segundo derecho, nos encontramos ante “una carga procesal, y no una obligación procesal” (Alfaro 2014:116); con ello se quiere decir que no necesariamente las partes tengan que contradecirse, sino que en virtud de su conveniencia o estrategia podrán hacerlo. El derecho está latente y puede ser aplicado, en tanto que residirá en las partes si lo hacen o no. Nos encontramos ante un razonamiento cualitativo y no cuantitativo; es decir, defenderse activamente no implica –necesariamente– contradecir todo lo que la otra parte alegue o pruebe, sino tener la oportunidad y derecho de hacerlo<sup>16</sup>.

Finalmente, el último derecho se relaciona con lo explicado en el presente capítulo. Nos encontramos ante un proceso donde las partes deben contar con todos los mecanismos procesales para influir en la decisión del

---

<sup>15</sup> El emplazamiento no sólo implica que la información llegue a la otra parte, sino que se le otorgue el plazo razonable para desvirtuarla. Un ejemplo, lo podemos encontrar con Couture: “Un caso importante decidió hace ya mucho tiempo, el valor de una ley estadual de Texas que establecía un término de cinco días para que compareciera un demandado en Virginia. Según la propia sentencia se necesitaban cuatro días para trasladarse de un lugar a otro. Es ésta una situación clara de inconstitucionalidad de una ley procesal (Couture 2010:126).

<sup>16</sup> Darci Guimarães Ribeiro comenta al respecto “el referido principio se caracteriza por el hecho de que el Juez, teniendo el deber de ser imparcial, no puede juzgar la demanda sin que haya oído al actor y al demandado, es decir, deberá conceder a las partes la posibilidad de exponer sus razones, mediante la prueba y conforme a su derecho, pues, enseña Chiovenda: “Como quien reclama justicia, las partes deben colocarse en el proceso en absoluta paridad de condiciones”. Esto trae como consecuencia necesaria la igualdad de tratamiento entre las partes, en todo el curso del proceso, no limitándose solamente a la formación de la Litis contestatio. Es lo que se desprende del caput del artículo 5 de la CF, así como del inciso I del artículo 125 del CPC. Pero esa igualdad entre las partes, es decir de Couture, “no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa” (Ribeiro 2010:361).

juez. Esto significa tener al juzgador como destinatario de sus alegaciones y, por su parte, el juez tendrá el deber de colaborar con cada una de ellas.

### **4.3 Prohibición de las decisiones sorpresa**

Como señalé líneas arriba, la prohibición de la decisión sorpresa implica la preponderancia del derecho a recibir una adecuada y tempestiva información. Esta información como regla general debe ser recibida antes de que el juez decida. El juez deberá escuchar a las partes, en un primer momento. Esto se denomina contradictorio previo. Sin embargo, existen supuestos donde se requiere un pronunciamiento rápido, de cognición sumaria o por un supuesto de economía procesal, ya que está en juego la adecuada tutela del derecho material de una de las partes, y sólo se escuchará a una de las partes, limitando por tanto el actuar probatorio de la otra parte para ese momento. A ello se denomina contradictorio diferido. Y por último, tenemos el contradictorio eventual, aquel que se concreta en otro proceso<sup>17</sup> (Cavani 2014:489-490).

Será en los supuestos del contradictorio previo donde se materialice la prohibición de las decisiones sorpresa. Camilo Zufelato define este tipo de decisiones de la siguiente manera:

---

<sup>17</sup> Un ejemplo del contradictorio eventual lo podemos encontrar en el artículo 605° del Código Procesal Civil: “El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar. El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. [...]”.

“La prohibición de la decisión sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de conocimiento de oficio – las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes-. En otras palabras, la prohibición de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, celeridad y efectiva, y participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes. (Zufelato 2017:25-26)

Si tomamos como ejemplo la legislación brasileña podemos identificar un artículo donde se prohíbe de forma expresa este tipo de decisiones, así el artículo 10° del CPC de 2015 indica:

Artículo 10.- El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.

La pregunta que cae por sí sola: ¿es necesario un artículo de este tipo para entender que el contradictorio debe ser respetado en toda parte del proceso? En mi opinión, no<sup>18</sup>. Basta con entender las implicancias constitucionales del proceso, y las normas que lo contienen para poder saber que tomar una decisión sin antes escuchar a las partes conllevaría a una flagrante vulneración al derecho de la parte afectada. Con mayor razón, si nuestra Constitución contiene el siguiente artículo: “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. Este principio sobra y basta para entender que en un Estado como en el que vivimos, sería inadmisiblesoportar una decisión que no haya sido debatida por las partes y el juez.

---

<sup>18</sup> Sin embargo, entiendo que la cultura jurídica nacional, y en especial, la judicial necesitan la presencia de una norma explícita para poder entender y aplicar este supuesto. Es decir, para los jueces peruanos, será necesario una norma como la brasileña, ya que –aun- no estamos preparados (o no queremos) interpretar las leyes a la luz de los mandatos constitucionales.

#### **4.4 Influencia del principio del contradictorio en el proceso cautelar.**

Se ha explicado la importancia del principio del contradictorio en un proceso de naturaleza cooperativa, donde este principio sirve como enlace entre las partes y el juez. Mediante el cual las partes buscan influenciar en la decisión del juzgador, y el juez busca llegar a una solución justa a través de la colaboración hacia con las partes. El proceso cautelar no escapa de este modelo colaborativo o cooperativista, con mayor razón si en el mismo podemos evidenciar dos modelos en la aplicación del principio del contradictorio, estos son el contradictorio previo y el diferido.

En la legislación comparada se ha podido identificar que los ordenamientos, más influyentes, tienen como regla general el contradictorio previo, y como regla excepcional el contradictorio diferido, siendo este último aplicado –únicamente- cuando la medida a dictar sea urgente, y ponga en peligro la efectividad del derecho material. Así tenemos:

La profesora Ariano explica muy bien cómo funciona el proceso cautelar en Alemania:



“[...] Su ZPO de 1877, [...] prevé un procedimiento cautelar bastante articulado respecto a la medida cautelar típica del Arrest (equivalente a nuestro embargo cautelar), procedimiento aplicable también, con algunas variantes a su medida atípica (einstwilige Verfügung de los 935-949 ZPO). [...] Ergo, en el derecho alemán mientras tratándose del Arrest queda en la discrecionalidad del juez competente proceder previo contradictorio o sin él, para la emisión del einstwilige Verfügung la regla es la del contradictorio previo y sólo en casos de particular urgencia se procede sin él. Naturalmente, en los casos de concesión de las medidas cautelares inaudita altera parte, queda en el propio perjudicado promover ante el juez que la emitió, la correspondiente oposición, en la que podrá hacer valer todas sus razones, en cabal contradictorio con el demandante” (Ariano 2016:688).

En el mismo orden de lo señalado, podemos citar tres artículos del ZPO que complementan lo dicho por la referida autora<sup>19</sup>:

922. Sentencia definitiva de embargo preventivo y auto motivado de embargo.  
1) La decisión sobre la solicitud de embargo procede mediante sentencia definitiva en los supuestos de vista oral previa, y en los otros supuestos, mediante auto. La decisión a través de la cual se ordena el embargo debe motivarse, cuando deba hacerse válido en el extranjero.  
937. Tribunal competente  
2) La resolución, así como cuando se rechaza la solicitud de adopción de una medida cautelar, puede tener lugar sin vista oral en casos de urgencia.

En Italia, el proceso cautelar corre similar suerte que el alemán, así tenemos el artículo 669-sexies:

Artículo 669.sexies. Procedimiento  
El juez, escucha a las partes, omitiendo cualquier formalidad no esencial al contradictorio, procede en el modo que considera más oportuno a los actos de instrucción indispensables en relación con los presupuestos y a los fines la resolución solicitada, y resuelve con ordenanza a la estimación o a la desestimación de la demanda. Cuando la convocatoria a la otra parte podría perjudicar la actuación de la resolución, resuelve con decreto motivado, asumidas cuando sean necesarias informaciones sumarias. En tales casos, fija con el mismo decreto, la audiencia de comparación de las partes ante sí dentro de un plazo no superior de quince días inmediatamente a la asignación de un plazo no superior de ocho días para la notificación de la apelación y del decreto. En tal audiencia el juez, con ordenanza, confirma, modifica o revoca las resoluciones emanadas con decreto<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Estos artículos traducidos, fueron tomados del artículo: Redención del principio del contradictorio que tiene como autor a Luis Alfaro Valverde.

<sup>20</sup> Traducción de Luis Alfaro Valverde (Alfaro 2010:116).

La legislación italiana contiene un artículo regulado a nivel constitucional, mediante el cual, el principio del contradictorio es exigido en todo proceso<sup>21</sup>. En ese sentido, podemos resaltar la regla general de dicho código, siendo el contradictorio diferido la excepción a la regla. Aunque en la práctica existen algunos problemas respecto a su regulación<sup>22</sup>, ello no ha sido obstáculo para determinar que el contradictorio eventual sea la

---

<sup>21</sup> Art. 111.- La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley. Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley. Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interroge a aquellas personas que declaren contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio. El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor. La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita. Todas las decisiones judiciales deberán ir motivadas. Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de Casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra. Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción.

<sup>22</sup> Un problema respecto al plazo que le otorgan a las partes para la confirmación de la medida, una vez dictada sin escuchar a la otra parte fue cuestionada por Franco Cipriano quien sostiene que “al establecer que el juez, cuando emite una resolución cautelar inaudita altera parte, debe fijar y realizar una audiencia dentro de los quince días para la confirmación, establece efectivamente que la confirmación debe ser decidida en tal audiencia, pero, lamentablemente, y por lo que parece, no toma en consideración la hipótesis en que una sola audiencia no sea suficiente para las necesidades y que, por tanto, sea necesario realizar una pluralidad de audiencias, incluso a distancia de algunas semanas o algún mes entre la una y la otra. Ha ocurrido así que algún juez, tras haber concedido una medida cautelar con decreto inaudita altera parte, ha convocado a las partes para la confirmación, la modificación o la revocación dentro de los sucesivos quince días, pero luego ha hecho durar la audiencia por meses y meses impidiendo de esta manera el planteamiento de la reclamación. (...) Habría sido preferible establecer, en cambio, que la medida cautelar concedida con decreto inaudita altera parte, decae de derecho cuando no se confirme dentro de quince días y , quizá, ya de iure condito sería oportuno interpretar la norma en este sentido, pues de otra forma las dudas sobre su legitimidad constitucional no podrían sino aumentar (Cipriani 2005: 77).

mejor decisión en búsqueda de salvaguardar el derecho de las partes. Franco Cipriano resume lo dicho en una frase “como no se puede pensar que un tren viaje por economía sobre un solo riel, así no es pensable que el juez, incluso para ahorrar tiempo y gastos, juzgue sin haber oído también a la otra parte” (Cipriani 2005: 78).

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 es muy clara en sus artículos cuando se refiere a la aplicación del contradictorio en el proceso cautelar. Así señala que la regla general es la regla *audita altera parte*, y como regla excepcional el contradictorio diferido

Artículo 733. 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, en el que razonará 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. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

La norma española es clara al establecer dos supuestos donde el contradictorio debe ser diferido, estos son acreditar las razones de urgencia o bien determinar que la audiencia previa ponga en peligro el buen fin de la medida<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> El Auto de la sección 15 de la AP de Barcelona número 66/2010 del 22 de abril (jurisprudencia del Poder Judicial Español) demuestra cuando debe diferirse el contradictorio, mejor aún señala la distinción que debe haber entre la solicitud de diferir el contradictorio con el peligro en la demora. Supuestos diferentes: “Si bien la regla general es que el tribunal ha de proveer la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, el apartado 2 del art. 733 LEC admite, como excepción, que la medida pueda acordarse *inaudita parte*. Para que proceda

Como última muestra legislativa, tenemos el reciente Código de Proceso Civil brasileño del año 2015, el cual no sólo recogió la prohibición expresa de pronunciamientos sorpresa, sino también, siguió la misma línea de su predecesora, estos es el contradictorio previo como regla general:

Artículo 9. No se emitirá decisión contra una de las partes sin que sea esta previamente oída.

Párrafo único. Lo dispuesto en el artículo no se aplica:

- I. A la tutela anticipada de urgencia.
- II. A las hipótesis de tutela de evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III.
- III. A la decisión prevista en el art. 701.

Como señalamos líneas arriba, la legislación brasileña ha considerado establecer mediante una norma expresa, positivizada en el Código Procesal, la obligatoriedad de respetar el contradictorio en todo proceso, poniendo una lista taxativa de los supuestos donde no se aplica esta regla.

---

apartarse de la regla general de previa audiencia del demandado, el precepto indica que es necesario que el solicitante así lo pida y que, además, acredite que concurren razones de urgencia o-no cumulativamente- que la previa audiencia puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. De este modo se está exigiendo al tribunal un juicio preliminar de urgencia o de peligro de ineficacia de la medida como presupuesto habilitante para adoptarla por esta vía excepcional, juicio que será necesariamente primario o previo al examen de los requisitos generales para la adopción de la medida (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), debiendo razonarse por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Uno de los presupuestos alternativos para adoptar la medida inaudita parte es que la audiencia del demandado pueda comprometer la eficacia de la medida, lo que hace referencia a la necesidad de evitar la frustración de la misma, salvaguardando la posición del acreedor frente a previsibles actuaciones del deudor tendentes a asegurar la inefectividad de la medida. Pero no es este el presupuesto que se invoca, ni el que podría reconocerse, sino el de urgencia cualificada. Este requisito se hace realidad en una situación de necesidad imperativa de proteger el derecho, de tal modo que si no se tutela de inmediato se produciría una insatisfacción definitiva, irreversible, de difícil reparación, o bien un grave perjuicio al derecho o posición del demandante, aunque finalmente la sentencia sea estimatoria” (Pérez Daudi 2012:163-164).

La influencia del contradictorio, basado en un modelo cooperativo, es evidente. Todas estas legislaciones nos muestran como este principio cobra transcendencia vertebral dentro del proceso cautelar, difiriendo el contradictorio sólo en supuestos en que corra peligro la efectividad de la medida. De esta manera comprobamos que el derecho de influir de las partes hacia con el juez es determinante y de vital importancia en todo proceso. Este derecho deberá ser ejercido de manera paritaria, teniendo al juzgador como receptor principal de lo alegado.

**5. Vulneración del principio del contradictorio a través de la regla de la *inaudita altera parte* plasmada en el artículo 637° del Código Procesal Civil.**

Un modelo de proceso cooperativo busca que el juez colabore con las partes (deberes), y las partes pueden ejercer su derecho de influir en la futura decisión jurisdiccional. Este “*triángulo democrático-colaborativo*” es fundamental no sólo para saber que nos encontramos en un proceso de este tipo, sino para saber que el proceso es justo para todas las partes y, por consiguiente, las partes puedan hacer uso de todas las herramientas procesales que la norma le permite, consiguiendo de forma inmediata tutela efectiva.

Asimismo, se ha explicado que un proceso donde no exista igualdad de armas entre las partes, no es un proceso cooperativo. Esta igualdad se ve

reflejada en muchas partes del proceso. Una de ellas es en el contradictorio, donde ambas partes deben influenciar en la decisión del juez de la misma manera, sin excluirse la una con la otra. Pensar en un proceso donde predominen las excepciones en la aplicación del principio del contradictorio es ir en contra de los estándares de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Resulta inconcebible creer que un ordenamiento “legalice” las decisiones sorpresa sin antes sopesar el carácter urgente de la medida, como lo hacen los ordenamientos jurídicos antes descritos.

Este tipo de regulación existe en nuestra legislación, reflejado en el artículo 637° del Código Procesal Civil, el cual tiene como regla absoluta el contradictorio diferido, sin pensar en ningún momento en la posible aplicación de uno previo. Todo ello está basado en una urgencia que muchas veces no tiene asidero (medidas anticipadas) o por una supuesta mala fe que se “generaliza” a todo tipo de medidas que se puedan brindar. En esa línea de pensamiento, Monroy Palacios explica:

Ahora bien, sabemos que las medidas cautelares se pueden conceder sin necesidad de escuchar a la otra parte pero que esta parte no se desconoce, sino que queda postergada hacia una etapa posterior. Sin embargo, ¿cuál es el fundamento jurídico para que se permitan medidas cautelares inaudita altera parte? Un primer motivo sería el de la urgencia en la protección de la relación material que es objeto del proceso [...]. Otra razón importante para la concesión medidas cautelares inaudita altera parte es la prevención frente a actos de mala fe. En efecto, uno de los motivos por los cuales es útil la medida cautelar es que no sólo protege al demandante de que factores exógenos a la relación procesal afecten la pretensión, sino también y con igual importancia, de elementos internos del proceso como el transcurso del tiempo y –principalmente– de los actos maliciosos del demandado que, sin duda, pueden obstruir el camino hacia una decisión justa (Monroy 2002:135-136).

Este razonamiento podría ser válido en el supuesto que tratemos de alegar, ante un juez, por qué se nos debe otorgar una cautelar sin contradictorio previo, pero no en todos los supuestos.

Veamos un ejemplo. Un caso connotado fue la demanda interpuesta por Aviandina contra Lan Perú ante el Cuarto Juzgado Civil de Arequipa<sup>24</sup>, teniendo como pretensión principal la nulidad del permiso de operación de esta última. Se solicitó como medida cautelar la suspensión de vuelos de la empresa demandada. Los fundamentos de la demandante fueron los siguientes: la ley peruana obliga a tener un porcentaje accionario mínimo para poder realizar operaciones comerciales de líneas aeronáuticas en las rutas y con la frecuencia en la que estas deban ser realizadas, y, además, que la titularidad de las acciones representadas en un 30% del capital social de Lan Perú no pertenece al señor Rodríguez Larraín, cuando pertenecen en realidad a la empresa Lan Chile al haber actuado en la compra de las referidas acciones por interpósita persona. Por consiguiente, Lan Perú estaría en una situación de incumplimiento legal dado que no llega a contar con el mínimo accionariado antes descrito.

El juez amparó la medida cautelar y ordenó la suspensión de las operaciones comerciales de Lan Perú. Además de ordenar el retiro de la licencia de vuelos otorgada a la referida empresa (Benites 2009: 31-32)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Resolución de fecha 18 de junio de 2004, Exp. N° 2116-2004.

<sup>25</sup> Una nota especial para este caso fueron las controversias surgidas en torno a la competencia del Juez para emitir la resolución cautelar. Y el conflicto surgido entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en torno a las medidas cautelares dictadas ante servicios públicos.  
Para mayor detalle leer:  
Cfr. RAFFO, Mauricio. Las medidas cautelares en los servicios públicos. Hay que cautelar a la cautelar. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Número 74, noviembre 2004.

La pregunta, sin embargo, es la siguiente: ¿fue necesaria dictar la medida *in audita altera parte*? La respuesta es no: en nada hubiese afectado correr traslado de la solicitud cautelar a Lan Perú. Es más: hubiese sido esta la mejor opción en virtud de los derechos que se encontraban en juego, como es el de los consumidores del servicio aéreo. Si la empresa hubiese ejercido su derecho de influencia antes de la ejecución de la medida habría podido explicarle al juez las consecuencias de dictar una medida tan restrictiva.

Este caso demuestra que no en todos los supuestos puede darse un supuesto de contradictorio diferido, como señala Monroy. En virtud de ello, a partir del contenido fundamental del principio del contradictorio, esta debe ser la excepción para casos donde la urgencia en la medida sea manifiesta.

Debemos indicar que varios autores nacionales siguen la línea expuesta por Monroy, esto es, diferir el contradictorio como la regla general. Así tenemos, a Ledesma Narváez, Martel Chang y Hurtado Reyes<sup>26</sup>, quienes coinciden en los siguientes puntos: (i) No nos encontramos ante una privación del derecho de defensa, sino ante una restricción momentánea; (ii) aceptar un contradictorio previo implica poner en peligro la efectividad

---

Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianela. Laberinto en los aires y medida cautelar. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Número 74, noviembre 2004.

<sup>26</sup> Para conocer el razonamiento de cada uno leer:

Cfr. NARVAEZ LEDESMA, Marianella. La tutela cautelar en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.2013.

Cfr. MARTEL CHANG, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Lima: editorial Apecc.2014.

Cfr. HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de derecho procesal civil. Lima: Idemsa. 2009.



del derecho del peticionante; (iii) el derecho de defensa se encuentra garantizado con las figuras de la oposición y la apelación.

Estos autores incurren en un mismo error: absolutizar las medidas cautelares a un solo supuesto, este es cuando ella tiene el carácter de urgente. Como señalé en el ejemplo anterior, existen supuestos donde la efectividad del derecho material de una de las partes no se vería afectado si preferimos aplicar el contradictorio previo.

Sin embargo, existen autores nacionales que respaldan la figura del contradictorio previo en las medidas cautelares. Ariano Deho, Priori Posada y Alfaro Valverde<sup>27</sup>, han escrito y profundizado sobre el tema. Estos autores coinciden en un punto medular. Este es, considerar a la actual regulación como vulneratoria de la Constitución. Sus fundamentos se centran en el principio fundamental de que el juez no puede resolver sin antes darle la oportunidad a ambas partes de formular sus alegatos.

Coincidimos con estos tres autores, ya que ven la tutela cautelar desde un sentido amplio, sin restringirla a un solo supuesto, como hace el artículo 637°. Este razonamiento hace que el principio del contradictorio deba ser aplicado sin limitación alguna, salvo en casos excepcionales.

Por ello, considero que el artículo 637° del Código Procesal Civil vulnera el contenido esencial del principio del contradictorio, ya que convalida las

---

<sup>27</sup> Para conocer el razonamiento de cada uno leer:

Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. La sentencia Exp. N° 0023-2005-PI/TC: cuando las garantías procesales valen solo para algunos. EN: In Limine Litis. Estudios críticos del derecho procesal civil. Lima: Instituto Pacífico. 2016.

Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Lima: Ara editores. 2006.

Cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. EN: Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2010.

decisiones sorpresa. Asimismo, evita que la parte demandada pueda defenderse de forma activa e igualitaria, ya que recién podrá hacerlo en la oposición. Finalmente, esta regulación transgrede el derecho de influencia, pues resulta notorio que una de las partes no podrá influir en la decisión del juzgador. La decisión ya estará tomada cuando se pueda y quiera ejercer dicho derecho.



## Capítulo II

### Regulación de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil Peruano

**Sumario:** 1- La tutela cautelar a partir de Piero Calamandrei. 2- Finalidad de la tutela cautelar y anticipada. 3- Regulación de la tutela cautelar y anticipada en el Código Procesal Civil peruano.

#### 1. La tutela cautelar a partir de Piero Calamandrei.

Resulta imprescindible citar a Calamandrei para poder entender nuestro sistema cautelar, pues fue su obra *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares* la que influyó decisivamente en la estructura del Título IV del Código Procesal Civil Peruano.

Calamandrei le otorgaba a las providencias cautelares las características de variabilidad, provisionalidad e instrumentalidad (Calamandrei 1945:31-44), siendo esta última el rasgo preponderante en estas medidas.<sup>28</sup> Es

---

<sup>28</sup> “Estas consideraciones permiten alcanzar la que, en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran

decir, para este autor todas las medidas cautelares deberían contener este rasgo típico, en otras palabras, la medidas cautelares eran el *“instrumento del instrumento”*<sup>29</sup>.

Así, de una lectura de la obra del autor podemos colegir la división de las providencias cautelares en cuatro especies: (i) instructoras anticipadas (buscan anticipar medios probatorios), (ii) aquellas de carácter asegurativo, (iii) aquellas que buscan la decisión del fondo de manera anticipada, (iv) aquellas que ordenan al peticionante de la medida una caución con la finalidad de proteger al afectado una vez que la medida haya sido dejada sin efecto (Monroy 1987: 45-46). Identificó, a la vez, dos problemas que surgen de esta concepción: el primero consiste en que se confunde a la tutela cautelar con la tutela anticipada, y, por otro lado, considera que toda tutela de este tipo siempre será urgente (Mitidiero 2016: 76)<sup>30</sup>.

---

preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de afrontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como ha dicho otros, de subsidiaridad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutivo [...]” (Calamandrei 1945: 44-45).

<sup>29</sup> “Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares, se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo al cuadrado; son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la resolución definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento (Calamandrei 1945: 45).

<sup>30</sup> Para poder entender mejor estos problemas podemos leer a Sotero Garzón: “Sobre la base de que, junto a las providencias: instructoras anticipadas, las dirigidas a asegurar la ejecución forzada y las cauciones procesales, las medidas de anticipación de providencias decisorias, conformaba la clasificación de medidas cautelares que Calamandrei consideraba reguladas (o regulables) en la legislación procesal, Calamandrei insistiría en la naturaleza y función cautelar de esta última clase de medida. Desde la otra orilla, Allorio y Cristofolini negaban (ya en aquel entonces) la función cautelar de las medidas anticipadas. Para Enrico Allorio, las

La influencia de Calamandrei la podemos ver reflejada en el artículo 612<sup>o31</sup> del Código Procesal Civil, cuando nos precisa las características de toda medida cautelar: provisorias, instrumentales, variables y que implican un prejuzgamiento. Aunque esta última característica es, por decir lo menos, poco feliz, ya que confunde los elementos de juicio que se emplean tanto en el proceso cautelar como en el principal<sup>32</sup>. Este artículo, aunado a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 608<sup>o33</sup> del mismo Código, nos demuestran la falta de diferenciación de ambas tutelas (cautelar y anticipada)<sup>34</sup> desde el punto de vista de las características de cada una de ellas y de su finalidad.

---

medidas cautelares suponían una sanción más tenue que no podría equipararse a la sanción penetrante en la esfera del demandado propia de las medidas ejecutivas. La posición de Cristofolini también rechazaba lo anticipado como cautelar toda vez que tal medida era satisfactiva del derecho en litigio [...]” (Sotero 2015: 44-45).

- <sup>31</sup> Artículo 612.- Características de la medida cautelar.  
Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisorio, instrumental y variable.
- <sup>32</sup> Para mayor detalle: cfr. Priori Posada, Giovanni. Código Procesal Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p.694.
- <sup>33</sup> Artículo 608.- Juez competente, oportunidad y finalidad.  
[...] La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.
- <sup>34</sup> Como todos sabemos el profesor Monroy Gálvez fue uno de los juristas que tuvo a su cargo la elaboración de este capítulo; en ese sentido, al leer sus publicaciones académicas podemos notar que, en su definición de medida cautelar, incluye, también, el fin de las medidas anticipadas. Así tenemos:

“Por nuestra parte, consideramos que la medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba” (Monroy 1987:42).

“La medida cautelar es, en principio, una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo, o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas” (Monroy 2003:71).

Esta diferenciación es de suma importancia para los fines del presente trabajo de investigación, ya que nos ayudará a determinar cuándo es imprescindible un contradictorio previo, y cuándo resulta justificado emplear uno diferido, todo ello a la luz del derecho fundamental al contradictorio.

## **2. Finalidad de la tutela cautelar y la tutela anticipada.**

Las cargas del tiempo en el proceso conllevaron a que el proceso le brinde al demandante una adecuada tutela jurisdiccional efectiva concretizándose en que el derecho material en discusión pueda verse satisfecho. Esta búsqueda de satisfacción del derecho material se podrá hacer efectiva tanto a través de la tutela cautelar como de la tutela anticipada.

La tutela cautelar es una tutela de carácter asegurativo, teniendo como fin asegurar y garantizar la eficacia de la tutela definitiva. Por ejemplo, ante una controversia por un tema de obligación de dar suma dinero, el demandante puede asegurar el cobro del dinero mediante un embargo preventivo de las cuentas del demandado. Es decir, con ello está garantizando que una vez que concluya el proceso con sentencia favorable, el derecho material pueda verse satisfecho plenamente. Si observamos el grado de intervención de esta medida, podemos darnos cuenta que es uno de carácter “leve”, bastando para ello una simple

verosimilitud (Didier Jr. 2010: 343)<sup>35</sup>. Otra de las características de esta tutela es su instrumentalidad, siendo instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida que garantiza su fructuosidad (Marinoni 2016:133). El Tribunal Constitucional, también, ha resaltado el rasgo típico de la instrumentalidad, y cómo la misma asegura la eficacia y efectividad del derecho material<sup>36</sup>.

Por otro lado, la tutela anticipada es aquella que anticipa los efectos de la tutela definitiva (Didier Jr. 2010: 341). El grado de verosimilitud en que es concedida esta medida es de carácter “fuerte”, ya que la afectación hacia la esfera patrimonial o personal del demandado es más intensa. Así podemos decir que

La tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización –y no su seguridad- frente a la cognición sumaria o verosimilitud. En realidad, la tutela anticipatoria, dejando de lado las hipótesis excepciones, tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que es lastrada en verosimilitud y, por eso, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en cognición sumaria (Marinoni 2016:133).

Nos encontramos ante una tutela de características satisfactivas<sup>37</sup>, mediante la cual el demandante obtendrá la realización del derecho

---

<sup>35</sup> En el mismo sentido, Pérez Ragone señala “la medida cautelar es una especie de las denominadas tutelas de urgencia, que puede ser conceptuada como la tutela accesoria e instrumental que, fundada en cognición de probabilidad, tiende a amparar –cautelar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura. Las medidas cautelares han de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional donde la tutela del derecho debe limitarse a una forma de protección menor o diferente en relación a la satisfacción correspondiente teniendo un objeto constitutivo o condenatorio” (Pérez Ragone 2013: 103).

<sup>36</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 00023.2005-AI/TC. Fundamento 38.

<sup>37</sup> Al respecto Cavani le brinda la característica de tutela satisfactiva a la anticipación de tutela: “Esta tutela, hace alusión a la realización del derecho, o sea, su concreción en el mundo fáctico. Poco importa si dicha realización se produce de forma anticipada o no, o si se otorga mediante un proveimiento provisorio o no.

material objeto de discusión de forma provisional. Un ejemplo de este tipo de medida es la anticipación en la pensión de alimentos, teniendo como punto fundamental de que el menor hijo no puede ni debe soportar las cargas de tiempo de duración del proceso, esta medida distribuye dichas cargas.

Las diferencias son claras y notorias. Por un lado, tenemos una medida asegurativa y por otra una satisfactiva. Así, “la tutela anticipada efectiviza/satisface para asegurar, toda vez que la tutela cautelar asegura para efectivizar/satisfacer” (Didier Júnior 2010: 342).

La doctrina peruana, también, ha realizado esta diferenciación. Autores como Cavani, Martel Chang y Hurtado Reyes<sup>38</sup>, han fundamentado la

---

‘Satisfacción’ implica que quien pide tutela del derecho obtenga exactamente lo que desea, aquello que se encuentra plasmado en el pedido mediato, es decir, el pedido de tutela de derecho. Esta satisfacción, evidentemente, no está condicionada a un juicio de certeza revestido de cosa juzgada. Por lo tanto, satisfactividad no se equipara a definitividad ni tampoco se contrapone a provisionalidad, sino, en realidad, a cautela, es decir, a no satisfactividad. Eso quiere decir que una medida que se capaz de otorgar satisfacción anticipada no puede ser de ningún modo confundida con una medida cautelar”. En: Todavía sobre tutela cautelar, tutela anticipada y técnica anticipatoria. Blog: <http://afojascero.wordpress.com/renzocavani/>

<sup>38</sup> Estos tres autores realizan un estudio respecto a la importancia de la diferenciación entre la tutela cautelar y anticipada. Cavani sostiene la importancia de la diferenciación, realizando una comparación con el Código Procesal Brasileiro. En: ¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú. Gaceta Civil y Procesal Civil. N° 3. Set. 2013. En el mismo sentido, Hurtado Reyes (Tutela jurisdiccional diferenciada) como Martel Chang (Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil), realizan un estudio sobre ambas tutelas. Ambos autores coinciden en señalar de que nos encontramos ante figuras distintas, por ende, el Código Procesal Civil Peruano se equivoca en darle igual regulación, a pesar de tener efectos distintos.

La doctrina argentina, también, ha desarrollado esta diferenciación. Así autores como Abraham Luis Vargas realizan la siguiente tripartición: tutela urgente satisfactiva autónoma, tutela satisfactiva interinal y tutela cautelar propiamente dicha (Vargas 1997:80). Asimismo, autores como Claudia Cava y María Carolina Eguren. En: Naturaleza Jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes. O Carlos Alberto Carbone. En: La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes. Ambos artículos publicados en Sentencia



existencia de la tutela anticipatoria, aunque autores como Ariano y Priori<sup>39</sup> han preferido no realizarla. Ambos consideran que la anticipación de tutela, y, por ende, la satisfacción del derecho, forman parte de la tutela cautelar.

En términos prácticos, cabe preguntarnos: ¿esta diferenciación es importante para resolver la hipótesis del trabajo? La respuesta es afirmativa. El grado de intervención sobre la esfera personal o patrimonial del demandado es diferente en cada una de estas tutelas. En efecto, para que se pueda otorgar tutela anticipada se requiere una fuerte probabilidad de que la pretensión del peticionante pueda ser estimada. Lo contrario ocurre en la tutela cautelar, en donde sólo bastará cumplir con el supuesto de verosimilitud del derecho para que sea otorgada. En ese sentido, encontramos un primer punto que nos conducirá a determinar la

---

anticipada, despachos interinos de fondo. Editorial Rubinzal – Culzoni editores, 2000. Ya desarrollaban la diferenciación entre ambas figuras, exponiendo la diferenciación entre cada una de ellas.

<sup>39</sup> Ariano sostiene que asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (artículo 608 del CPC) y asegurar la ejecución de la sentencia definitiva (artículo 618 del CPC) son idénticos, definiendo la tutela cautelar como aquella que hace posible que la tutela jurisdiccional se efectivice neutralizando los peligros derivados de la duración del proceso-instrumento de tutela (Ariano 2003:19 y ss.). En el mismo sentido, Ariano realiza una crítica a esta diferenciación en su artículo “Algunas reflexiones sobre la denominada tutela anticipatoria y sobre las medidas de satisfacción inmediata” En: Problemas del Proceso Civil. Editorial Jurista Editores, 2003. Por su parte, Priori nos habla de una “medida cautelar anticipada sobre el fondo” (Priori 2006:55).

Asimismo, Ortells Ramos –jurista español- señala como clases de efectos de las medidas cautelares: efecto de aseguramiento, y efecto de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio (Ortells 2013:816). Sin realizar alguna diferenciación doctrinaria con las medidas anticipadas.

importancia del contradictorio previo<sup>40</sup>: este es el *grado de intervención en la esfera jurídica del afectado con la medida*.

Un segundo punto a considerar es cuán urgente es la medida que se está solicitando. ¿Una medida cautelar o anticipada es *siempre* urgente?<sup>41</sup> Consideramos que no. Esta urgencia deberá estar supeditada al caso concreto. Para entender mejor este punto podemos dar un ejemplo: “A” realiza varios trabajos de construcción en favor de la empresa Luz del Sur SAA, sin embargo, después de concluidos los trabajos, esta empresa se niega en pagarle la totalidad de lo establecido en el contrato. “A” interpone una demanda solicitando el pago de lo adeudado y solicita se traben una medida cautelar con el fin de asegurar su acreencia. Preguntamos lo siguiente: ¿es tan urgente el proceso que la satisfacción de su derecho pueda verse perjudicado? ¿No se debería analizar y tener en cuenta a quién se está demandando? ¿Cuáles serían las repercusiones negativas

---

<sup>40</sup> Este grado de intervención es explicado ágilmente por Ledesma: “Esta situación, que genera una casi permanencia de la medida anticipada, lleva a plantear la oportunidad en la que debe ser otorgada esta medida. Para algunos autores es suficiente con la información de la demanda y prueba aportada por el solicitante en su demanda, en cambio, la tendencia en la doctrina es otorgar esta medida luego de contestada la demanda o vencido el plazo para hacerla, pues en ese escenario el juez tendría mayores elementos para construir la casi certeza del derecho, cuyos efectos se busca alcanzar anteladamente. Nuestra legislación se ubica en la primera postura, pues para conceder la medida temporal sobre el fondo no se requiere que se haya agotado la fase de contestación de la demanda, aún sin esta perfectamente procedería al estudio de los elementos de la medida anticipatoria, a lo que hay que agregar el *inaudita pars*, lo que al final va a generar que el juez resuelva una tutela de fondo, sin tener los elementos de ambas partes, pues solo dictará la medida con la información unilateral que le proporciona la parte actora. Esa aparente restricción a las garantías del afectado con la medida se justifica en aras de la efectividad de la tutela, sin embargo, esta no es una posición pacífica [...]” (Ledesma 2016:118-119).

<sup>41</sup> Debemos recalcar que este análisis de urgencia está restringido, únicamente, al momento de analizar si se debe no diferir el contradictorio.

para con el peticionante de la medida si antes de dictar la medida cautelar se le notifica los actuados al demandado?<sup>42</sup>

Respecto de estas interrogantes debemos, como primer punto, analizar las características notorias del demandado. Nos encontramos ante una empresa con más de 20 años en el sector eléctrico dentro del país, con alrededor de 1000 trabajadores y con una concesión otorgada por el Estado para la distribución de energía eléctrica. Con estos tres puntos basta para entender que la acreencia del peticionante no guarda peligro; por lo tanto, sería ilógico pensar que no correrle traslado a la parte contraria es requisito fundamental para asegurar su pretensión.. Promover el contradictorio implicaría resolver la controversia más rápido, ya que el juez en un solo acto podrá determinar si la misma procede o no, sin que la satisfacción del derecho material corra peligro.

---

<sup>42</sup> Priori Posada se realiza otras preguntas del por qué diferir el contradictorio en todos los supuestos deviene en irracional y desproporcional: “Quizá, el tema pase por establecer el verdadero alcance del peligro en la demora. Si la pensamos en este como un evento que inminente, irremediable, 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 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 del proceso, ni mucho menos con la efectividad de la sentencia a dictarse, ello sería demasiado riesgo. Sería someter al derecho a la tutela jurisdiccional a una especie de ruleta rusa. [...] 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 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 (Priori 2011: 419). En el mismo sentido, Ariano señala que el contradictorio diferido sólo debe producirse ante circunstancias realmente justificadas, ya que hacer lo contrario implicaría continuar con los abusos que se comenten dentro del proceso (Ariano 2014:188)

Estos dos puntos son de análisis imprescindible para poder determinar cuándo el contradictorio puede ser diferido y, por consiguiente, saber cuándo debe ser previo, ya que, la urgencia de la solicitud de la medida o el grado de intervención de la misma puede determinar si está justificado aplazar o no el contradictorio.

### **3. Regulación de la tutela cautelar y la tutela anticipada en el Código Procesal Civil Peruano.**

El artículo 637° del CPC regula el ejercicio del contradictorio cuando se dicta una medida cautelar. Así este artículo establece el siguiente procedimiento.

1- Aplicación de la regla *inaudita altera parte*. Es decir, la solicitud cautelar se concede o rechaza sin conocimiento de la otra parte.

2- ¿Qué pasa si se concede? Una vez dictada la medida cautelar la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contado desde la toma de conocimiento de la resolución cautelar. La oposición no suspende la ejecución de la medida. Respecto a este punto existen varios problemas que si bien es cierto no son materia del presente estudio, son necesarios identificarlos para discutirlos y, en un futuro, solucionarlos en aras de buscar una solución uniforme y acorde al respeto a un proceso justo. Es decir, no basta con suprimir la actual regla del

contradictorio diferido, sino buscar una uniformidad constitucional de todo el libro que regula las medidas cautelares.

Respecto al término “dictar” debemos indicar que este es diferente al término “ejecutar”: mientras que el primero surge una vez que el juez haya evaluado los presupuestos de la medida cautelar y decide concederla, el segundo supone desarrollar en la práctica lo emanado por la medida con la finalidad de proteger el derecho material (Priori 2011: 428). Es decir, un juez podría dictar la medida, notificar a la otra parte la resolución, y luego ejecutar la medida. Aunado a ello, la norma señala “*desde que toma conocimiento*”, y ya no “*desde que es notificado*”. En la realidad consideramos que este supuesto puede darse en las medidas anticipadas, pero es legítimo dudar que un juez lo haga ante una medida cautelar (asegurativa). Otro problema encontrado es el siguiente: ¿el afectado con la medida puede dejar de lado la oposición, y apelar de forma directa? En nuestra opinión no, ya que le quitaría el derecho de acudir a una segunda instancia a la otra parte en caso la cautelar sea revocada, además de limitar el contradictorio a la parte afectada con la medida, ya que estaría obviando el contradictorio diferido estipulado en la propia norma, pues la controversia estaría siendo resuelta por un juez distinto al que dictó la misma (Priori 2011:430).<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Opinión distinta tiene Martel Chang, ya que señala que el juez de primera instancia si debe conceder el recurso de apelación, y la segunda sala no podría declarar nulo el concesorio en virtud al derecho de defensa, el debido proceso y el principio constitucional a la pluralidad de instancias (Martel 2011:41).

3- La resolución que resuelve la oposición es amparable sin efecto suspensivo. Sobre este punto, también, existen opiniones en contrario. Un punto controvertido fue el tratado en el Pleno Nacional Civil y Procesal Civil realizado por el Poder Judicial en el año 2015. Donde se decidió que en el supuesto que el juez de primera instancia no conceda la medida cautelar, la parte apele, y la Sala Superior revoque, es esta quien debe conceder la medida cautelar en virtud al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y urgente. No obstante, no puede compartirse este pronunciamiento, pues es el juzgado quién debe ejecutar la medida, conforme a los lineamientos señalados por la Sala. Esta discusión se solucionaría (*en principio*) si nos encontraríamos ante un supuesto de contradictorio previo, ya que las partes podrían discutir ante el juez sus fundamentos en pro y en contra, y si la medida es denegada la Sala con las fundamentos y pruebas de ambas partes podría decidir de una forma más consciente y plena respecto a la controversia. Dictando y ejecutando la respectiva medida, dado que ambas partes ya fueron escuchadas.

Otro problema que surge en la práctica es identificado por Martel Chang, quien explica los casos donde la oposición es declarada fundada, dejando sin efecto la medida cautelar, y esta ya se hubiese sido ejecutado. Obviamente, tendrá que dejarse sin efecto, ya que la apelación no podrá suspender la nueva decisión. Sin embargo, en el caso que la apelación revoque la resolución que declaró fundada la oposición, tendría que volverse a ejecutar la medida, con el riesgo de ineficacia en búsqueda de la protección del derecho material (Martel 2011:41). Una vez más, este

punto tendría menos complicaciones si nos encontraríamos ante un supuesto de contradictorio previo.

Como señalamos líneas arriba, no basta cambiar la regla en el contradictorio para mejorar el sistema cautelar civil, sino dar un cambio estructural a todo el libro que regula las mismas.

A continuación, se desarrollará los supuestos de medidas cautelares específicas, y su relación con el principio del contradictorio.

En un primer grupo tenemos las medidas para futura ejecución forzada, las cuales, conforme a lo explicado a lo largo del presente capítulo, las denominaremos medidas cautelares o medidas asegurativas. Estas son el embargo, el secuestro y la anotación de demanda, las cuales buscan asegurar la satisfacción futura del derecho material. En estos supuestos es donde cabe una discusión más profunda, si el contradictorio debe ser diferido o no. Además, de cualquier otra medida que busque la aseguración del derecho material<sup>44</sup>. Como diría Priori Posada, existe un *momento previo al dramatismo* para pedir tutela cautelar: no en todos los casos nuestro derecho va estar en peligro; es decir, la urgencia no va ser manifiesta y, como consecuencia de ello, se podrá tener un contradictorio previo<sup>45</sup>, donde esta no sea manifestación de peligro para la satisfacción del derecho que se busca proteger.

---

<sup>44</sup> Cabe precisar que conforme al artículo 629° del CPC, también, pueden dictarse medidas no previstas. El dispositivo señala “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

<sup>45</sup> Podemos encontrar en este tipo de medidas un supuesto de contradictorio previo. Éste se encuentra regulado en el artículo 670° del CPC, precisando: “A pedido

Así las cosas, como principal punto de partida precisamos que no todas las solicitudes cautelares tienen el carácter de urgente que la norma les otorga –y que algunos autores nacionales sostienen- de manera intrínseca. Existen supuestos donde no existe dicho peligro, como el ejemplo explicado líneas arriba, en el cual las características del demandado cuestionan esta supuesta urgencia. Es decir, consideramos que la regla general en este tipo de medidas debe ser el contradictorio previo y, como regla de excepción el contradictorio diferido, siempre y cuando el solicitante de la medida fundamente los motivos para aplicar dicha excepción y, por consiguiente, explicar el supuesto de urgencia considerado. Si el juez estima los fundamentos podrá diferir el contradictorio, mediante una resolución motivada en derecho.

Como segundo grupo tenemos las medidas anticipadas, medidas que se encuentran reguladas como medidas temporales sobre el fondo:

- Medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores.
- Asignación anticipada de alimentos
- Medidas temporales en los procesos de separación de cuerpos y divorcio.

---

fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiere (...). Si bien es cierto no nos encontramos ante un supuesto de concesión de medida cautelar, sino ante una variación, podemos identificar que el Código Procesal Civil tiene “chispazos” respecto a la adecuada aplicación del principio del contradictorio.



- Medidas temporales en los procesos sobre administración de bienes.
- Medidas temporales en los procesos de desalojo.
- Medidas temporales en los procesos de interdicto de recobrar.
- La posesión provisoria en el proceso de expropiación.

Asimismo, tenemos las medidas de no innovar y las de innovar<sup>46</sup> medidas de carácter excepcional<sup>47</sup>, muy similares a las medidas anticipadas<sup>48</sup>. Las

---

<sup>46</sup> La primera tiene como finalidad impedir la modificación de la situación de hecho. Y la segunda, busca que la otra parte haga o deje de hacer en función a la situación existente.

<sup>47</sup> Concuero con Monroy cuando señala que la característica de excepcionalidad debe suprimirse, ya que una medida cautelar o anticipada debe darse en virtud a su pertinencia y eficacia, y no de forma subsidiaria: “Las medidas de carácter innovativas son apreciadas, aun en la actualidad, como mecanismo de carácter excepcional. No compartimos tal posición debido a que, a nuestro entender, en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la Teoría Cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse, pues su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los -requerimientos del proceso en que se solicite” (Monroy 2002: 217-218).

<sup>48</sup> Ariano sostiene que “si la previsión del artículo 682 y 687 nos sindicaran medidas atípicas marcadas por el signo de la residualidad y condicionadas por la existencia de un perjuicio inminente e irreparable, el artículo 618 del CPC agrega que también existen medidas, también residuales, también condicionadas al temor de un perjuicio irreparable (pero no a su inminencia) o bien destinadas a “asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”. Dejando de lado este último supuesto cabe preguntarnos si las medidas anticipadas dirigidas a neutralizar un perjuicio irreparable son distintas de las medidas denominadas innovativas. En nuestro concepto son lo mismo. [...] si yo pretendo el cumplimiento de las prestaciones periódicas de un contrato de suministro, podría obtener en vía cautelar tal cumplimiento. En estas situaciones innovar es anticipar, y anticipar es innovar [...]” (Ariano 2014:127). Los efectos son los mismos, esto es anticipar la satisfacción del derecho material. En el mismo sentido, Cavani realiza un análisis, señalando que la clasificación que realiza el Código Procesal Civil se basa en un error teórico al mezclar las clasificaciones doctrinarias de Calamandrei y Carnelutti. Asimismo, sostiene que no existe ninguna diferencia entre una medida innovativa con una “medida temporal sobre el fondo”. Para ello, brinda el siguiente ejemplo: cuando se demanda a fin de impedir el funcionamiento de una nueva fábrica por existir un riesgo de contaminación y, además, se solicita una medida temporal sobre el fondo para que el juez, de forma anticipada, realice lo pedido en la demanda. Esta “medida cautelar”, también encaja en una de no innovar. De esta manera se puede ver que esta medida anticipada, tiene los mismos efectos que una de no innovar. La

cuales por sus características tienen un alto grado de intervención sobre la esfera jurídica del afectado con la medida.

El siguiente cuadro nos mostrará de forma más clara las características de cada una, en virtud de lo dispuesto por el Código Procesal Civil:

	<b>Fundamentos para su concesión.</b>	<b>Finalidad</b>
<b>Medidas temporales sobre el fondo.</b>	Necesidad impostergable. Firmeza de los fundamentos.	Anticipa lo que el Juez va a decidir en la sentencia.
<b>Medidas innovativas</b>	Inminencia del perjuicio irreparable. Es excepcional.	Repone un estado de hecho o de derecho.
<b>Medidas de no innovar</b>	Inminencia del perjuicio irreparable. Es excepcional.	Conserva la situación de hecho o de derecho.

Las características que nos muestra cada una de ellas denota un alto grado de intensidad en los fundamentos, aunque las medidas innovativas o de no innovar no establecen expresamente el requisito de la “firmeza en sus fundamentos”. Por la finalidad de cada una de ellas, estas buscan

---

excepcionalidad deviene en irrazonable, ya que podrían darse casos absurdos donde el juez no conceda la medida no innovar, y si la anticipada, teniendo ambos iguales resultados. Cavani, Renzo. Críticas contra la excepcionalidad de la medida de no innovar del CPC peruano. En: <http://afojascero.wordpress.com/renzocavani/>. Monroy Palacios sigue la línea de estos autores, ya que sostiene que la excepcionalidad no debe ser una característica de este tipo de medidas. Para ello señala: “[...] en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la teoría cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse, pues su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite” (Monroy 2002:217-218).

reponer o conservar un estado de hecho o derecho, pero es ingenuo pensar que la sola verosimilitud en el derecho sea fundamento suficiente para su concesión.

Un ejemplo que nos da Peyrano dibuja de forma clara lo expuesto: el alumno Moliné, distinguido por su conducta y desempeño escolar, es enviado a izar la bandera y al no ejecutar este acto, por entender que representaría un acto de adoración prohibida a las sagradas escrituras, conforme a los mandamientos de su religión, fue expulsado del colegio estatal laico. Frente a ello, la judicatura argentina señaló que no solo se ha violado el efectivo ejercicio de la libertad religiosa, sino que la expulsión lo priva de la asistencia a clase, con daño inmediato para la normal continuidad de su educación, disponiendo su reintegro al ciclo y grado de enseñanza del que fuera separado hasta que se dicte sentencia definitiva de la causa (Peyrano y Chiappini 1985:105).

Otro caso reciente, y visto ante los tribunales peruanos, fue el sonado caso Tudela, mediante el cual la jueza otorgó una medida innovativa, ordenando “privar provisionalmente en el ejercicio de sus derechos civiles a don Felipe Tudela Barreda en tanto dure la tramitación del proceso principal; nombrar como curador provisional a su hijo [...] otorgándole la administración provisional de sus bienes, debiendo dicho curador provisional abstenerse de la venta o traspaso de los bienes inmuebles del

demandado, así como de las diversas empresas que le pertenecen y en que este es accionista”<sup>49</sup>.

Ambos casos son una muestra de que debe existir una “firmeza en los fundamentos” para dictar este tipo de medidas. Respecto al primer ejemplo, nos encontramos ante una vulneración al derecho a la libertad de creencias y religión y, por ello, ante una decisión inconstitucional por parte del colegio. El segundo ejemplo cumple el mismo supuesto: las pruebas y los exámenes que lo calificaban de tener demencia senil, además de un hábeas corpus dictado por el Tribunal Constitucional que ponía sobre la mesa el libre ejercicio de su derecho a la libertad. Esto forma parte de un supuesto de mayor intensidad que la verosimilitud.

Otro denominador común –y que sirve de fundamento para anticipar el contradictorio- es el grado de intervención de estas medidas sobre la esfera personal y patrimonial del demandado. Como explicamos líneas arriba, resulta perjudicial para el afectado con la medida que esta no haya sido notificada con anterioridad a su emisión, a pesar del grado de afectación que la misma contiene. Respecto del primer caso, *dejando de lado la vulneración al derecho a la libertad religiosa*, el juez le ordena al colegio a dar marcha atrás en su decisión, y permitir que el alumno siga estudiando, anticipando, así, la futura sentencia. El otro ejemplo es aún más claro: el demandado está perdiendo sus derechos civiles (¡!). ¿Qué mayor grado de intervención puede haber que este?

---

<sup>49</sup> Ver resolución, de fecha 21 de julio de 2008, recaída en el expediente N° 183512-2007, emitida por Décimo Segundo Juzgado de Familia Civil – Cautelar de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En estos casos el contradictorio previo resulta una necesidad: no se justifica cómo ello podría generar un perjuicio en la satisfacción del derecho material del demandante. El contradictorio previo ayudaría a dilucidar la controversia de una forma más rápida y más ventajosa para las partes, donde el juez, después de un análisis de los fundamentos de ambas partes, emitirá una decisión sólida respecto a la controversia: si es positiva, contribuirá a evitar el perjuicio inminente contra el que se quiere luchar.

Por lo expuesto, es fundamental saber las diferencias entre la tutela cautelar y la tutela anticipada y el grado de intervención que recae en cada una de ellas respecto a la parte afectada. Dado que dicha diferenciación será pieza fundamental para poder saber en qué supuestos podremos diferir el contradictorio. Es más, podremos realizar una interpretación del artículo 637° del Código Procesal Civil a la luz de la Constitución, y lo estudiado en el presente capítulo.

### Capítulo III

#### Reconstrucción de la regla *inaudita altera parte* plasmada en el artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano.

**Sumario:** 1- Breve repaso histórico del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano. 2- Importancia del control constitucional. 3- Diferencias entre disposición y norma. 4- Interpretación constitucional del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano. 4.1 Reconstrucción de la regla *inaudita altera parte*.

#### 1. Breve repaso histórico del artículo 637° del Código Procesal Civil Peruano.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil en el año 1993 se estableció una regla para el trámite de toda medida cautelar. Esta regla señalaba lo siguiente:

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, quién 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.

De la lectura del artículo en mención, podemos evidenciar que el carácter restrictivo y vulneratorio contra el principio del contradictorio era más evidente que con la norma vigente. Dado que establecía dos puntos que, en nuestra opinión, resultaban manifiestamente inconstitucionales. El primero radicaba en establecer que sólo después de la ejecución de la medida cautelar se le podía notificar con la resolución al afectado, y, por ende, recién allí podía intervenir en el proceso. Y segundo, esta intervención consistía en interponer un recurso de apelación (obviamente, este era absuelto no por el juez que concedió la medida, sino por el jerárquicamente superior). Es decir, en virtud a esta norma, el contradictorio no existía, ya que recién podría oírse los argumentos de la parte afectada, en la segunda instancia<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Giovanni Priori advirtió los abusos que se cometían durante la vigencia de esta norma: “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 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. [...] Cuando el afectado, lograba superar todos los obstáculos para su acceso al trámite cautelar, la defensa, por lo demás, estaba prevista sólo a través de la impugnación. De este modo, cuando el 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.” (Priori 2011: 422-423).

Sin embargo, y a pesar de la manifiesta inconstitucionalidad de la norma, la misma continuó vigente, hasta su modificatoria.

Correspondió al legislativo su modificatoria, dejando en manos del Congreso de la República las discusiones respecto al contenido de la norma. Con fecha 28 de junio de 2009, se modificó el artículo 637° del Código Procesal Civil<sup>51</sup>, tal y como lo conocemos. Empero, si bien es cierto la modificatoria incorporó dentro del proceso cautelar el contradictorio diferido, no hubo cambio respecto a la regla de la *inaudita altera parte*, manteniéndose –aún- la vulneración a la Constitución.

Los jueces tienen la facultad de realizar control de constitucionalidad de la norma si consideran que la misma vulnera algún mandato constitucional. Como explicamos en el primer capítulo, es obligación de ellos identificar

---

<sup>51</sup> Dicha modificatoria se realizó mediante la Ley N° 29384. Para entender mejor la modificatorio podemos leer una parte del proyecto de ley de la Ley (N° 3079/2008-CR).

Problemas de la regulación actual de las medidas cautelares en el proceso civil.

d) La rigidez de la ausencia de contradictorio y el régimen de impugnación. - Un problema común de todos los ordenamientos es la duración del proceso, situación que puede convertirse en obstáculo, a veces insalvable, para la efectividad de la tutela jurisdiccional que se presta en el propio proceso. De ahí la necesidad de convivir con una forma de tutela provisional como la cautelar.

Sin embargo, la creación de un sistema de medidas cautelares puede significar una vulneración a otro tipo de derechos, ya que este tipo de medidas para ser eficaces deben realizarse mediante un procedimiento de cognición sumaria y en la mayoría de los casos *in audita altera pars*, sin conocimiento ni participación de la contraparte.

De esta manera, un problema vinculado a la ausencia del contradictorio, es el régimen de impugnación, ya que, en el proceso civil, la ausencia del contradictorio se sustituye, otorgándole al demandando la facultad de impugnar la resolución que concedió la medida cautelar, luego de que ésta ha sido ejecutada. Esta situación no solo consagra la prolongación innecesaria de las eventuales irregularidades que pudieron haberse cometido al momento del dictado de la medida cautelar, sino que impide que el propio juez que dictó la medida cautelar pueda revisar su propia decisión una vez que ha tomado conocimiento de los argumentos y prueba de la parte contraria, encomendando a otro órgano jurisdiccional la tarea de decidir la confirmación o levantamiento de la medida cautelar.



este tipo de transgresiones y modificarlas, o interpretarlas, con la finalidad de proteger el derecho material de *ambas partes*.

En dicho orden de ideas, los principios constitucionales deben orientar la función del juez, siendo estas piezas imprescindibles en la toma de sus decisiones. Los jueces deben decidir y emanar justicia no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del espíritu jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídica-política cristalizada en el texto constitucional (Prieto 2007:250).

## **2. Importancia del control constitucional.**

El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que “cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ella sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. La presunción de constitucionalidad de las normas es importante para determinar si inaplicamos o no determinada norma; es decir, debemos tener claro que el juez solo aplicará el control difuso cuando la disposición normativa en discusión no pueda interpretarse acorde a la Constitución. Así, también, lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

18. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el Tribunal Constitucional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente, pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del Legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el indubio pro legislatore democrático, los mismos que demandan que el Tribunal

Constitucional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la última ratio a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (Exp. N° 00002-2008-PI/TC, aclaración)<sup>52</sup>.

El juez aplicará el control difuso una vez se haya realizado una interpretación constitucional de la norma<sup>53</sup>. Este contexto constitucional<sup>54</sup> nos lleva a entender que toda ley debe respetar los

---

<sup>52</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 01761-2008-PA/TC, fundamento 18.

<sup>53</sup> Otro pronunciamiento importante del Tribunal Constitucional es el recaído en el expediente N° 0002-2009-PI/TC donde el TC, respecto a la controversia con el Tratado de Libre Comercio firmado con Chile, precisó: "12. (...) al Tribunal Constitucional le corresponde realizar una interpretación de los distintos significados de la norma impugnada para establecer si al menos una de ellas es conforme a la Constitución, antes de declarar su inconstitucionalidad literal. De modo que, a menos que una interpretación del artículo impugnado del ALC PERÚ-CHILE sea compatible con el artículo 54° de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad cederá a la declaración interpretativa conforme a la Constitución. Por ello, es pacífico en la jurisprudencia constitucional que no toda declaración de inconstitucionalidad acarree la nulidad de la disposición normativa, no obstante, no ser compatible con la Constitución, sino que requerirá para mantener su vigencia una interpretación de ser posible conforme a la Constitución". En el mismo sentido, en la sentencia recaída en el expediente N° 4087-2007-PA/TC señaló "[...] si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial, por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y el proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. Ello implica que el Tribunal, pero también los jueces constitucionales, deben interpretar y otorgar contenido a las instituciones procesales a partir de una dimensión constitucional sustantiva –y no sólo adjetiva-, incluso de aquellas disposiciones que establecen los presupuestos procesales para la interposición de una demanda".

<sup>54</sup> Hernando Nieto, señala algunas condiciones que nos harán saber cuándo nos encontramos en un contexto constitucional. Estas son: rigidez constitucional, con la consiguiente Constitución escrita y la dificultad de su modificación por parte de la legislación, la garantía jurisdiccional de la Constitución, vale decir, el control sobre la conformación de las normas con la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, que destaca precisamente el hecho de que las constituciones, además de contener normas que organizan el Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica, la interpretación conforme a las leyes, que no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, en donde el juez debe preferir la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional, y, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se percibe, por ejemplo, en la

alcances brindados por la Constitución, y así entender al principio de constitucionalidad como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad (Aragón Reyes 1997: 195)<sup>55</sup>.

El control constitucional es de suma importancia dentro del proceso<sup>56</sup>, ya que permite al juez poder interpretar las disposiciones normativas y aplicar las normas dentro de determinado proceso, conforme a la Constitución. Como vimos líneas arriba, podrían pasar años para que exista un cambio normativo y, como consecuencia de ello, se mantenga dentro del ordenamiento una norma vulneratoria del derecho de las partes.

Al respecto, Guastini, de forma acertada, sostiene:

Pues bien, frecuentemente, sucede que una cierta disposición legislativa – interpretada en abstracto (es decir, simplemente leyendo el texto) o en concreto (es decir, con ocasión de una específica controversia) – es susceptible de dos interpretaciones, tales que la primera se obtenga una norma N1 que contradice una norma constitucional, mientras que de la

---

argumentación que puedan brindar los órganos legislativos y que se basarían justamente en el texto constitucional (Hernando Nieto 2008: 330-331).

<sup>55</sup> En el mismo sentido opina Humberto Ávila cuando señala que: “No es correcto, en cuarto lugar, aseverar que el Poder Judicial debe preponderar sobre el Poder Legislativo (o Ejecutivo). En una sociedad compleja y plural, es en el Poder legislativo donde, por medio del debate, se puede respetar y tener en consideración la pluralidad de concepciones de mundo y de valores, así como el de su realización. En materias para las cuales no hay una solución justa para los conflictos de intereses, sino varias, no existe un solo camino para la realización de una finalidad, sino varios; por tanto, es por medio del Poder Legislativo que se puede obtener mejor la participación y la consideración de la opinión de todos. En un ordenamiento constitucional que privilegia la participación democrática y que reserva al Poder legislativo la competencia para regular por ley un sinnúmero de materias, no se muestra adecuado sustentar que se pasó del Poder legislativo al Poder Judicial, no que se debe pasar o que es necesariamente bueno que se pase de una a otro. (AVILA 2012: 217).

segunda se deriva una diversa norma N2 que, al contrario, es del todo conforme a la constitución.

Evidentemente corresponde al juez elegir la interpretación “correcta”, en el sentido de que es tarea suya decidir qué interpretación es preferible. El juez puede, por tanto, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión del primer modo, y en consecuencia considerarla inconstitucional, o bien interpretarla del segundo modo, y considerar por tanto que aquella es conforme a la constitución.

Pues bien, esta segunda interpretación suele ser llamada interpretación “adecuadora” o “conforme” (pero también podríamos llamarla “armonizadora”). En definitiva, la interpretación conforme es aquella que adecua o armoniza la ley a la constitución (previamente interpretada, claro está), eligiendo - frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre la ley y la constitución. El efecto de tal interpretación es obviamente conservar la validez de una ley que, en otro caso, debería ser considerada inconstitucional (Guastini 2016: 186-187).

Es fácil entender lo expresado por el autor, ya que le dice al juez que es el legitimado para interpretar una norma acorde a la Constitución (interpretación adecuada o conforme), de encontrar sentidos compatibles con ella. Los jueces peruanos<sup>57</sup> deben asumir –de una vez por todas- esta prerrogativa y dejar de pensar o ver como única posibilidad la interpretación la literal sin un contraste constitucional<sup>58</sup>. La

---

<sup>57</sup> Guastini de forma impecable nos dice quiénes son los “intérpretes” de la Constitución: “¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? Evidentemente, la pregunta está mal planteada. Intérprete de la Constitución –como, por otra parte, de cualquier otro documento (normativo y no)- es todo aquel que la lea y se pregunte por su significado.

Bien vistas las cosas, cuando se habla de “intérpretes” de la Constitución, a lo que se alude no es a la interpretación del texto constitucional, sino, más bien, a su aplicación. Ya que todos pueden interpretar la Constitución, pero no todos pueden aplicarla (dicho sea de paso, esta tendencia a confundir interpretación y aplicación del derecho es un defecto que afecta un tanto a toda la teoría común de la interpretación). Por lo tanto, lo que se quiere saber no es quiénes son los intérpretes de la Constitución, sin ulterior especificación, sino más bien quiénes son sus intérpretes “calificados” o “privilegiados” – Kelsen habría dicho, sus intérpretes “auténticos”- vale decir, los órganos competentes para aplicarla y, más específicamente, para decidir en última instancia el significado del texto constitucional” (Guastini 2016:55). En el caso peruano, los calificados para interpretar la Constitución son los jueces, ello son los privilegiados para aplicarla.

<sup>58</sup> Guastini realiza una diferenciación entre dos tipos de interpretaciones literales: la primera denominada interpretación originalista, la cual se caracteriza por utilizar las reglas lingüísticas que estaban en vigor al momento en que el texto fue emitido. La segunda denominada dinámica. Donde se utiliza reglas lingüísticas vigentes al

cual –muchas veces- puede conllevar a legitimar normas notoriamente inconstitucionales como el primigenio artículo 637 del Código Procesal Civil.

### **3. Diferencias entre una disposición y norma.**

Para poder entender de forma clara la diferencia entre disposición y norma –trabajaremos con dos autores: Giovanni Tarello y Riccardo Guastini, quienes han desarrollado y profundizado en este tema.

Tarello sostiene que la norma no tiene ningún significado, dado que la norma es el significado. Para el autor, no podemos hablar de una interpretación de la norma, sino de enunciados lingüísticos, siendo la norma producto de un proceso interpretativo. Es decir, de un enunciado pueden derivar varias interpretaciones, siendo un equívoco habla de una correspondencia biunívoca entre normas y enunciados normativos. (Tarello 2011: 118-119). Chiassoni resume de forma precisa las ideas de Tarello:

Las normas no tienen significados, sino que son significados; los significados de enunciados normativos.

Objetos de interpretación no son, por lo tanto, las normas, como los juristas afirman a menudo, sino los enunciados normativos que encontramos en documentos legislativos, decretos, etc.

Las normas no son preconstituidas a la interpretación, no están allí a la espera de ser descubiertas por los interpretes, sino que son los productos de la interpretación: son, en este sentido, interpretaciones – producto.

No hay correspondencia biunívoca entre normas y enunciados normativos, ya sea por factores lingüísticos (vaguedad de los conceptos, ambigüedad de los términos y enunciados), ya sea por factores pragmáticos, que afectan a la interpretación a través de construcciones conceptuales, teorías dogmáticas

---

momento de la interpretación. Esta última, ayuda a adaptar al derecho las nuevas circunstancias y avances doctrinarios (Guastini 2010:217).

de las instituciones jurídicas y consideraciones sistemáticas (Chiassoni 2011: 13-14).

Tarello hace una diferenciación entre norma y enunciado normativo, siendo el primero el producto de la interpretación del segundo. Por su parte, Guastini precisa tres puntos que debemos tener en cuenta:

El discurso del intérprete consiste en enunciados, cuya forma estándar es la siguiente: "T" significa S.

Un documento normativo es un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo. Discurso prescriptivo es el discurso usado para modificar los comportamientos de las personas.

Se llama enunciado a cualquier expresión lingüística coherente.

Disposición es cada enunciado que forma parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de fuentes.

Norma es cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuido a una disposición.

La distinción entre disposición y norma es la distinción entre el discurso de fuentes y el discurso de los juristas – intérpretes. (Guastini 2011: 136-137).

En términos prácticos, la disposición es el enunciado – forma parte de un texto – sin interpretar. La norma es el enunciado ya interpretado. Asimismo, no existe una correspondencia biunívoca entre cada disposición y norma; por ejemplo, una disposición puede contener una multiplicidad de normas conjuntas.

Ambos autores coinciden en determinar que la norma nace de la interpretación de un enunciado, y que dicho enunciado puede tener varias interpretaciones, es decir, varias normas. Así las cosas, pensar que una disposición sólo puede contener una única interpretación (correspondencia biunívoca) es ir en contra de la definición de la misma.

#### 4. Interpretación constitucional del artículo 637 del Código Procesal Civil Peruano.

##### 4.1. Reconstrucción de la regla *inaudita altera parte*.

Para empezar con el análisis del artículo 637 del Código Procesal Civil debemos tener en claro algunos conceptos, a parte de los ya desarrollados. Los que nos ayudarán a interpretar la regla establecida en el mencionado artículo.

La construcción jurídica, también, llamada interpretación creativa<sup>59</sup>, implica crear una nueva norma a través de normas explícitas. En ese sentido, serán de gran ayuda los principios<sup>60</sup>, lo cuales por su carácter indeterminado deben ser concretizados, usándolos como premisas en un razonamiento.

En virtud a ello, lo que buscamos realizar a continuación es una interpretación (construcción) constitucional del artículo 637° del Código Procesal Civil, para ser más precisos de la *regla inaudita altera parte*, con la finalidad de que la misma sea utilizada en función a los alcances del principio de contradicción.

---

<sup>59</sup> En palabras de Guastini esta interpretación consiste en atribuir a un texto un significado nuevo, no comprendido entre aquellos identificables en sede de interpretación cognitiva (Guastini 2016:331).

<sup>60</sup> El mismo autor sostiene que “en la mayor parte de los casos, el juicio de constitucionalidad requiere la comparación no entre dos reglas (una regla constitucional y una regla legislativa), sino entre una regla (legislativa) y un principio (constitucional)” (Guastini 2016:363).

La construcción constitucional la dividiremos en cuatro pasos:

*a) Primer paso. – Reconstrucción de la norma infraconstitucional.*

Consideramos que, de la disposición establecida en el artículo 637° del Código Procesal Civil, podemos obtener dos normas:

N1: Si la solicitud cautelar es acompañada de fundamentos y pruebas adecuadas que manifiesten razones de urgencia que comprometan el buen fin de la medida cautelar o la satisfacción del derecho material, entonces esta será dictada con un contradictorio diferido.

N2: Si la solicitud cautelar no es acompañada de fundamentos y pruebas adecuadas que manifiesten razones de urgencia para su concesión, entonces será dictada con un contradictorio previo.

Este razonamiento surge a partir del enunciado *“en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud”*. En mi opinión, este texto agrega una excepción a lo dispuesto en el mencionado artículo, ya que está señalando que sólo cuando existan los fundamentos y pruebas idóneas se podrá diferir el contradictorio. Por el contrario, cuando estos fundamentos no existan o no hayan sido expuestos al juez, el contradictorio será previo.

Esta interpretación literal que realizamos va acorde al contenido del principio de contradicción estipulado en la Constitución. Lo que estamos realizando en este punto es una interpretación adecuada.



En el presente trabajo hemos explicado qué es lo que significa encontrarnos dentro de un proceso cooperativo, y el contenido del mismo. La interpretación (literal – dinámica) es analizar el mencionado artículo a luz de este modelo, y lo que este implica. Teniendo como premisa fundamental la prohibición de las decisiones sorpresa, como regla general. Y solo en los supuestos en que la urgencia sea demostrada o exista un riesgo en la efectividad del derecho material, se podrá diferir el contradictorio.

*b) Segundo paso. - Reconstrucción de la norma constitucional.*

La Constitución como norma explícita señala que ninguna persona –*parte del proceso*- puede ser privada en el ejercicio del derecho de defensa en ningún estado del mismo. Como hemos analizado en el primer capítulo, el contradictorio forma parte de este derecho. Asimismo, se indica que todo proceso debe respetar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso. Si entendemos como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la protección a la efectividad del derecho material, también debe ser resguardado. Aunado a ello, debemos precisar que el primer artículo del Código Procesal Civil señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva protege el derecho e intereses de las partes. Veamos:

Constitución Política del Perú:  
Artículo 139.- Sin principios y derechos de la función jurisdiccional.  
[...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Código Procesal Civil:

Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

En dicho orden de ideas, la norma que podemos interpretar a partir de los artículos expresados en la Constitución es el siguiente: *El principio del contradictorio debe ser respetado durante todo el proceso. Este principio será aplicado en virtud de la efectiva aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El principio del contradictorio sólo podrá ser limitado si se pone en riesgo la efectividad del derecho material.*

c) *Tercer paso. – Compatibilidad entre el paso uno y dos.*

Realizar un juicio de compatibilidad entre ambas normas servirá para elegir una de las posibilidades interpretativas respecto del enunciado normativo del artículo 637 del Código Procesal Civil: el que sea más acorde a lo dispuesto en la Constitución y, a partir de ello, realizar una interpretación que vaya a la par del mandato constitucional.

Para realizar esta interpretación, es imprescindible tomar como punto de partida al principio del contradictorio, concretizarlo al caso, y decidir si el mismo debe ser previo o diferido al momento de notificar a la parte afectada. Para ello es necesario, también, analizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de conocer si la decisión tomada puede afectar la efectividad del derecho material de la parte afectada.

d) *Cuarto paso. – Creación jurídica.*

Ahora corresponde el cuarto y último paso. Comencemos formulando las normas:

N1: *La solicitud cautelar será concedida con conocimiento de la parte afectada.*

Si aplicamos lo dispuesto en la Constitución (el derecho de defensa no puede ser privada en ningún estado del proceso), y la interpretación realiza en el “primer paso” podemos deducir que el contradictorio previo es la regla general.

Llegamos a esta conclusión, después de tener en cuenta el contenido esencial de un proceso justo. Un proceso donde prime la colaboración del juez para con las partes, y la participación de ellas en igualdad y paridad de armas. Es decir, la formación de este “*triángulo democrático – colaborativo*”, debe ser caracterizado por el poder y derecho de influencia que deben tener las partes para con la decisión del juzgador, evitando de esta manera las decisiones sorpresa. Debemos tener en consideración que estas garantías dentro del proceso, no sólo están contempladas en nuestra Constitución, sino también, en diferentes tratados de derechos humanos, antes nombrados.

El principio del contradictorio es la pieza vertebral dentro de todo proceso, es el principio que funciona como eje de los demás principios y derechos que emanan del proceso. En ese sentido, su restricción solo deber ser

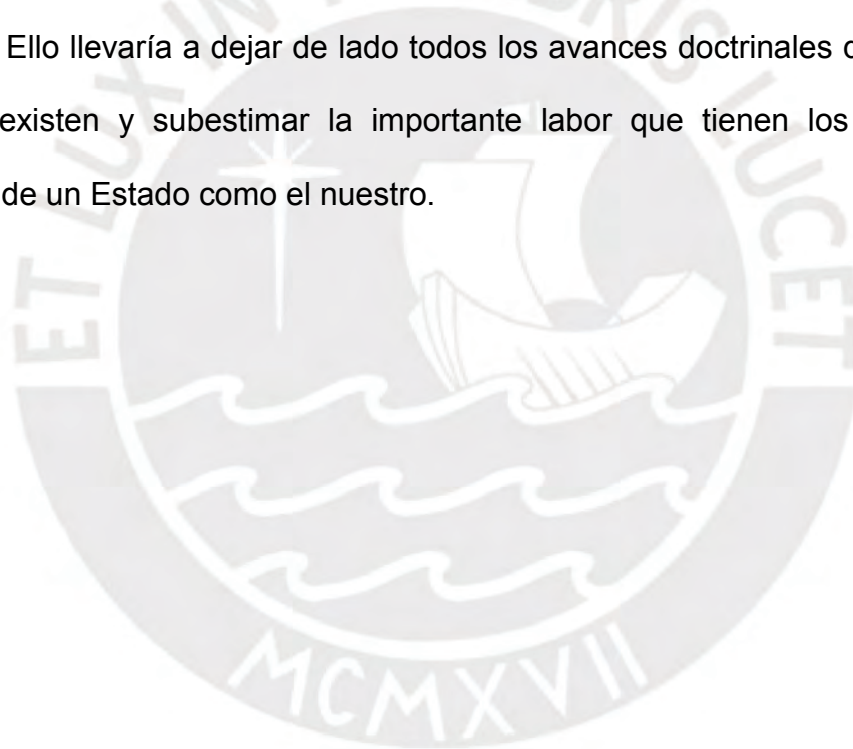
permitida y aceptada bajo una fundamentación válida y motivada, teniendo como ejes de razonamiento el grado de intervención en la esfera jurídica del afectado con la medida y la urgencia de la misma. No podemos aceptar un proceso, que se jacte de respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas, si de antemano convalidamos una restricción a un derecho fundamental, sin antes analizar el porqué de dicha limitación.

*N2: El contradictorio previo siempre se concederá en las medidas anticipadas y cautelares. El contradictorio diferido sólo será concedido en atención a los fundamentos y pruebas aportadas. Estos fundamentos sólo podrán basarse en la urgencia de la medida, y el riesgo: en el buen fin de la medida, o la satisfacción del derecho material.*

En el capítulo II del presente trabajo se pudo analizar a profundidad las características de las medidas anticipadas y cautelares. Respecto a las primeras se concluyó, en virtud a sus características, que el contradictorio previo, en principio, no pondría en riesgo la satisfacción del derecho material. Es más, por el alto grado de intervención de la medida en la esfera del afectado, su intervención en el proceso antes de que medida sea dictada resulta obligatorio e imprescindible, salvo excepciones. Lo contrario ocurre en las medidas cautelares, donde el juez, deberá analizar caso por caso en virtud a la urgencia y al riesgo del derecho material. En ese sentido, la norma creada protege el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, ya que, por un lado, protege el derecho de

defenderse de una de ellas, y, por otro, protege la efectividad del derecho material de la otra.

Estas dos normas creadas, después de una construcción constitucional del artículo 637 del Código Procesal Civil, son directrices que los jueces deben tomar y tener en cuenta al momento de interpretar este artículo. Continuar con la interpretación literal de la norma sin contrastarla con la Constitución, y creer que entre la disposición y la norma solo existe una correspondencia biunívoca es ir en contra del sistema constitucional actual. Ello llevaría a dejar de lado todos los avances doctrinales que a la fecha existen y subestimar la importante labor que tienen los jueces dentro de un Estado como el nuestro.



## Conclusiones

1- Partir de la premisa de que nos encontramos ante un proceso cooperativo nos lleva a asumir un respeto absoluto hacia con la Constitución. En todo proceso se debe salvaguardar las garantías mínimas que esta norma consagra. Una de estas garantías es el principio del contradictorio, el cual caracteriza transversalmente este tipo de proceso. No podemos considerar estar dentro de un proceso cooperativo, si en nuestro ordenamiento convalidamos o aceptamos las decisiones sorpresas, sin fundamento o urgencia que las respalde.

2- El respeto hacia con la Constitución, y principalmente al principio de contradictorio y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, nos llevan a reformular la interpretación literal que se le viene realizando al artículo 637° del Código Procesal Civil. Una interpretación aislada de cualquier parámetro constitucional. Para ello, es importante conocer la diferencia entre la tutela cautelar y la tutela anticipada, y lo que cada una de ellas involucra sobre la esfera personal y patrimonial de la parte afectada. De

esta manera, podemos determinar que en la tutela anticipada se hace, aun, más necesario una interpretación constitucional del artículo.

**3-** Los jueces deben interpretar las disposiciones a luz de la Constitución, cuando de las mismas emanen –después de una interpretación gramatical – una norma inconstitucional. Los jueces, mediante una interpretación adecuadora o conforme, podrán salvar la disposición, y brindarle uno o varios significados normativos. Ellos tienen la facultad para hacerlo, y no deben dejarla de lado. En otras palabras, creer que los jueces sólo pueden aplicar el control difuso como mecanismo para inaplicar una norma no acorde a la Constitución, es limitar sus poderes de forma arbitraria. La interpretación y el control constitucional son prerrogativas que todo juez tiene, y está en ellos, aplicarla de forma consciente y motivada.

**4-** El artículo 637° del Código Procesal Civil debe ser interpretado conforme a la Constitución. Con la finalidad, de poder tener una norma que respete tanto el principio del contradictorio, como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El primero, teniendo como regla general el contradictorio previo. Y, el segundo, aceptando el contradictorio diferido cuando se fundamente en la urgencia de la medida, o el riesgo en el buen fin de la misma, o la satisfacción del derecho material.

**5-** La regla *inaudita altera parte*, tal y como está planteada en el Código Procesal Civil, deviene en inconstitucional. El presente trabajo ha buscado y conseguido fundamentos constitucionales y doctrinarios para

llegar a determinar la necesidad de interpretar la disposición que contiene esta regla conforme a la Constitución y, así, redefinir el uso de esta regla sólo para supuestos excepcionales y fundamentados. Esto es sólo por la urgencia de la medida o cuando se encuentre en riesgo la satisfacción del derecho material. Debemos empezar a leer el artículo 637° del Código Procesal Civil, ya no en virtud de la regla *inaudita altera parte*, sino en función al principio del contradictorio, y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.





## Bibliografía

Alfaro, Luis.

2010 La oposición en la tutela cautelar ¿contradictorio en el proceso cautelar? En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 110.

2010 “Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. Propuesta para un modelo equilibrado”. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Normas Legales. Gaceta Jurídica.

2014 *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Madrid: Bosch editor.

Aragón, Manuel.

2002 *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Ariano, Eugenia.

2014 “El poder general de cautela”. En: *Estudios sobre tutela cautelar*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.

2014 “La sentencia N° 0023-2005-PI/TC: cuando las garantías procesales valen solo para algunos”. En: *Estudios sobre tutela cautelar*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.

2016 “La tutela cautelar y los equívocos mensajes del Código procesal civil”. En: *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico.

Ávila, Humberto.

2011 *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

Benites, Junior.

2009 *El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y en el proceso constitucional*. Lima: RAE Jurisprudencia.

Calamandrei, Piero.

1945 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: editorial bibliográfica Argentina.

Carbone, Carlos

2000 “La noción de la tutela jurisdiccional diferencia para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los

procesos urgentes”. En: *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

Carocca, Alex.

1998 *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Madrid: Bosch editor.

Cava, Claudia y Eguren, María.

2000 “Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes”. En: *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

Cavani, Renzo.

2013 “Todavía sobre tutela cautelar, tutela anticipada y técnica anticipatoria”. En: <https://afojascero.com/2013/03/03/todavia-sobre-tutela-cautelar-tutela-satisfactiva-anticipada-y-tecnica-anticipatoria/>

2013 “Críticas contra la excepcionalidad de la medida de no innovar del CPC peruano”. En: <https://afojascero.com/2013/03/09/criticas-contrala-excepcionalidad-de-la-medida-de-no-innovar-del-cpc-peruano/>

- 2013 “¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú”. En: *Gaceta civil y procesal civil*. Número 3.
- 2014 “Interpretación, justificación judicial y racionalidad en el V Pleno Casatorio Civil”. En: *Revista Actualidad Civil*. Volumen 2.
- 2014 *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra.
- 2016 “Comentarios al artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cipriano, Franco.
- 2005 “El procedimiento cautelar entre eficacia y garantías”. En: *Derecho y Sociedad*. Número 25.
- Comoglio, Luigi.
- 2016 *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*. Lima: Raguel ediciones.
- Couture, Eduardo.
- 2010 *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Euros editores.

- Didier Júnior, Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Santos de.
- 2010 “Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar”. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Normas Legales. Gaceta Jurídica.
- González, Roberto.
- 2016 “Comentarios al artículo VI del título preliminar del Código Procesal Civil”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica
- Guastini, Riccardo.
- 2010 Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara editores.
- 2011 Disposición vs Norma. En: *Disposición vs Norma*. Lima: Palestra.
- 2016 La sintaxis del derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Ribeiro, Darci Guimarães.
- 2010 “La garantía constitucional del contradictorio y las presunciones contenidas en el s 6, del artículo 273 del Código Procesal Civil brasileño”. En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Normas Legales. Gaceta Jurídica.
- Hurtado, Martín.
- 2009 *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.

Ledesma, Marianella.

- 2004 “Laberinto en los aires y medida cautelar”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 74.
- 2013 *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2016 *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Marinoni, Luiz Guilherme.

- 2016 *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra.

Martel, Rolando.

- 2014 *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*.  
Lima: Apecc.

Masciotra, Mario.

- 2015 *Historia y evolución de la actividad jurisdiccional*. Lima:  
Raguel ediciones.

Mitidiero, Daniel.

- 2009 *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Lima: Communitas.
- 2013 *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Madrid: Marcial Pons.

2016 *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico.* Lima: Palestra.

Monroy Gálvez, Juan.

1987 *Temas de proceso civil.* Lima: Studium.

2003 *La formación del proceso civil peruano.* Lima: Comunidad.

Monroy Palacios, Juan.

2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Lima: Comunidad.

Nieva, Jordi

2014 *Derecho procesal I. Introducción.* Madrid: Marcial Pons.

Ortells, Manuel.

2013 *Derecho procesal civil.* Madrid: Aranzadi.

Pérez, Vicente.

2012 *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Barcelona: Atelier.

Pérez-Ragone, Álvaro.

2013 “Tutelas provisionales de derechos en el proceso civil”. En: *Estudios de derecho procesal civil.* Lima: Ius et Veritas editorial.

Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio.

1985 *El proceso atípico*. Buenos Aires: Universidad.

Picó i Junoy, Joan.

2012 *Las garantías constitucionales del proceso*. Madrid: Bosch editor.

Prieto, Luis.

2007 *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra.

Priori, Giovanni.

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales. Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et veritas*. Número 26.

2006 *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara editores.

2011 “La oposición a las medidas cautelares”. En: *Revista Advocatus*. Número 24.

2016 “Comentarios al artículo 612° del Código Procesal Civil”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.



Raffo, Mauricio.

- 2004 “Las medidas cautelares en los servicios públicos. Hay que cautelar a la cautelar”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 74.

Sotero, Martín.

- 2015 “El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano”. En: *Sobre tutela cautelar*. Lima: Themis.

Vargas, Abraham.

- 1997 “Teoría general de los procesos urgentes”. En: *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

Tarello, Giovanni.

- 2011 “El problema de la interpretación: una formulación ambigua”. En: *Disposición vs Norma*. Lima: Palestra.

Zufelato, Camilo.

- 2017 “La dimensión de la prohibición de la decisión sorpresa a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano”. En: *Derecho PUCP*. Número 78.

## Sentencias del Tribunal Constitucional

- 1998 Expediente N° 1003-1998-AA.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01003-1998-AA.html>
- 2005 00023-2015-AI  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
- 2006 Expediente N° 3026-2006-PHC  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03026-2006-HC%20Resolucion.html>
- 2007 4087-2007-PA  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04087-2007-AA%20Resolucion.html>
- 2008 1761-2008-PA  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01761-2008-AA.html>
- 2009 0002-2009-PI  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html>
- 2009 4587-2009-PA  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04587-2009-PA.html>