

# **En busca de la regla adecuada: un análisis económico de la adecuación en el Código Procesal Civil peruano**

Eduardo Iñiguez<sup>(\*)</sup>

Carlos Ríos<sup>(\*)</sup>

Sumario: I. Introducción. II. Premisa: reglas simples para un mundo complejo. A. ¿Por qué las reglas debieran ser más simples? Una aproximación económica. B. La regulación sobre medidas cautelares debe simplificarse. III. Analizando la adecuación desde una perspectiva práctica. A. Concepto y contenido. B. Las consecuencias de no cumplir con el requisito. C. Repensando la adecuación: reglas ideales para una justicia más accesible. D. ¿Quién debe definir qué tipo de medida es necesaria para cada caso? IV. Conclusiones.

Sumilla: En esta investigación, los autores evalúan el diseño del proceso civil peruano en materia de medidas cautelares, centrándose en sus efectos. En particular, preguntándose si la actual regla de “adecuación” para la concesión de medidas cautelares es adecuada desde un punto de vista económico. Para ello, se parte de analizar cuáles son los objetivos de un sistema procesal desde el análisis económico del derecho y evaluar si la actual regulación sobre el requisito de la adecuación se condice con dichos objetivos. Finalmente, realizan una propuesta que, a su criterio, permite reducir costos procesales innecesarios.

## **I. Introducción**

Durante la guerra fría, americanos y rusos se vieron inmersos en una carrera para llegar primero al espacio. Esta situación puso de manifiesto algunos problemas de carácter práctico. Científicos de ambas partes descubrieron que

---

<sup>(\*)</sup> Alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP. Practicante del área de Litigio y Arbitraje en Bullard Falla Ezcurra +.

<sup>(\*)</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Asociado del área de Litigio y Arbitraje en Bullard Falla Ezcurra +.

era virtualmente imposible utilizar un bolígrafo por los efectos de la gravedad. La tinta se corría y no había estabilidad al escribir.

Los americanos buscaron una ingeniosa salida. Gastaron un millón de dólares en la creación del denominado “súper bolígrafo”. Los rusos simplificaron la solución: utilizaron lápices.

El ejemplo, aunque curioso, es real. Solemos buscar soluciones ingeniosas y alambicadas para problemas que requieren soluciones simples y eficientes. Uno de estos casos – materia de este trabajo – puede encontrarse en la tutela cautelar.

La teoría clásica de la tutela cautelar ha identificado ciertos elementos necesarios para que un juez pueda conceder una medida cautelar. Estos elementos responden al fundamento último de la tutela cautelar como derecho fundamental: alcanzar la efectividad de la futura decisión judicial (y, por tanto, del proceso del que emana), como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La tutela jurisdiccional, si no es efectiva, no es tutela jurisdiccional.

Como parte de ello se han señalado tres (3) los requisitos esenciales para la concesión de una medida cautelar: (i) verosimilitud en el derecho, que implica la convicción preliminar del juez de que el derecho en discusión podría *verosímilmente* ser atribuido, en la decisión final, a la parte solicitante; (ii) peligro en la demora, que implica la identificación del juez de que la no concesión de la medida cautelar podría implicar un daño irreparable para quien la solicita y, en consecuencia, tornar en inefectiva la decisión final; y, (iii) adecuación, que implica que la medida cautelar solicitada es susceptible de alcanzar el propósito que busca, que es mantener la efectividad de la decisión final.

A estos tres (3) elementos la doctrina clásica suele agregar el requisito (de carácter procedimental) de la contracautela, que consiste en un monto que debe consignar el solicitante de la cautelar en favor del afectado para resarcir

los posibles daños y perjuicios generados de no ser finalmente beneficiado con la decisión final.

El Código Procesal Civil peruano, alineándose con la doctrina antes señalada, recoge en su integridad los requisitos mencionados, diseñando un sistema de concesión de medidas cautelares de acuerdo con estos lineamientos.

Sin embargo, hemos identificado que rara vez se cuestionan las reglas detrás de estos requisitos. Si bien hay abundantes trabajos que analizan el razonamiento a seguir para determinar si corresponde o no conceder una medida cautelar, en pocas ocasiones se analizan las reglas legislativas y su impacto en la toma de decisiones.

Es por ello que, en base el análisis económico del derecho, nos proponemos evaluar los efectos que se generan producto de la actual regulación del requisito de la adecuación. Si bien el análisis de los demás requisitos resulta también de suma importancia, cada uno de ellos ya ha tenido un interesante número de trabajos dedicados a su estudio, mientras que el de la adecuación se ha visto, en cierto sentido, rezagado. Por tanto, nuestro objetivo es afrontar dicho análisis y proponer un esquema para su adecuada regulación.

## **II. Premisa: reglas simples para un mundo complejo**

### *A. ¿Por qué las reglas debieran ser más simples? Una aproximación económica*

En su ya famoso libro “Reglas simples para un mundo complejo”<sup>1</sup>, el aclamado autor Richard Epstein realizó un postulado sencillo pero poderoso: si bien nuestro mundo es uno de carácter complejo, en el cual se encuentran en discusión siempre derechos de diverso tipo, de diversos sujetos, y con múltiples resultados; el derecho debe optar por elegir reglas simples, pues son estas las que llevan a mejores resultados a un determinado sistema jurídico.

---

<sup>1</sup> EPSTEIN, Richard. *Reglas simples para un mundo complejo*. Lima, PUCP, 2005.

¿Qué es una regla simple? En sus palabras: “una regla simple igual a un camino con dos puertas: la del “sí” y la del “no”. Si a tu pregunta la regla responde “no”, el juego termina. Si la respuesta es “sí”, el juego lleva a otras dos puertas de “sí” o “no”. Y por este proceso de decisiones cortas, obtienes un buen sistema de decisiones cortas, obtienes un buen sistema de decisiones rápidas. Un regla compleja es una en la que se evalúan múltiples factores, ninguno de los cuales es dispositivo, cada uno de los cuales tiene una ponderación indeterminada y ninguno de los cuales es dispositivo, ni lleva a respuestas tan claras como “sí” o “no”.<sup>2</sup>

Una regla simple reduce los costos de transacción<sup>3</sup> en una sociedad, pues los agentes económicos son capaces de interpretar las reglas que rigen el mercado sin la necesidad de recurrir a los especialistas en la materia (abogados) o sin que estos tengan que incurrir en altos costos para realizar dicha interpretación.

De igual manera, reduce los costos tanto de implementación como de aplicación de las normas por parte de los agentes jurídicos (piénsese, por un lado, en quienes diseñan políticas públicas y, por el otro, por jueces) pues no habrá lugar para (muchos) errores en la interpretación de las reglas, ni mucho lugar para la búsqueda oportunista de rentas por parte de los funcionarios públicos.

En síntesis, un sistema jurídico debe velar por contar con un sistema basado, fundamentalmente, en reglas simples, pues ello tendrá la consecuencia de reducir los costos sociales generados por un sistema jurídico.

#### *B. La regulación sobre medidas cautelares debe simplificarse*

---

<sup>2</sup> EPSTEIN, Richard. “Las virtudes de las reglas “simples” y su relación con el desarrollo económico”. Entrevista por Carla Fosca Bakúla. En: *Ius et Veritas* 27, 2003, p. 284.

<sup>3</sup> La idea de costos de transacción fue inicialmente propuesta por Ronald Coase, por la cual obtendría el Nobel de Economía. Ver: COASE, Ronald. “The Problem of Social Coast”. En: *Journal of Law and Economics* 3. 1960.

Un ejemplo concreto sobre lo anteriormente expuesto puede encontrarse analizando la regulación sobre medidas cautelares. Las partes de un litigio acuden a un juez o árbitro buscando tutelar una situación de suma urgencia. El retraso en una decisión puede ser determinante para sus derechos e, inclusive, podría llegar a vaciar de contenido el resultado de un proceso.

En consecuencia, las reglas sobre esta institución requieren ser simples, buscando reducir los costos sociales derivados del proceso, esto es, (i) costos administrativos (por acudir el proceso); y, (ii) costos de error judicial.

A nuestro entender, las actuales reglas que el Código Procesal Civil peruano contiene sobre la adecuación no permiten cumplir con este objetivo. Y es que, como demostraremos en el presente trabajo, no existen los incentivos adecuados para tomar decisiones en salvaguarda de la tutela cautelar. Por el contrario, las disposiciones actuales afectan la carga procesal de los jueces y justiciables. Veamos porqué.

### **III. Analizando la adecuación desde una perspectiva práctica**

La pregunta que nos hacemos es simple: ¿quién debe definir qué tipo de medida es *adecuada* para cada caso?

Existe una respuesta legal a tal incógnita: siendo que la adecuación es un requisito para la concesión, el Código Procesal Civil peruano dispone que es el solicitante quien debe encargarse de justificar la adecuación de su medida cautelar. Así, el artículo 610° de la citada norma dispone lo siguiente:

*“Requisitos de la solicitud:*

*El que pide la medida debe:*

*(...)*

*2. Señalar la forma de ésta*

*(...)”*

La norma bajo comentario es clara. El interesado debe plantear la forma de la medida cautelar, esto es, cómo deberá otorgarse la medida para satisfacer una situación que requiere de tutela. De no cumplir con este requisito, el juez declarará inadmisibles o improcedentes el pedido cautelar. Sin embargo, existe una excepción a esta regla: el juez tiene la facultad de adecuar la medida cautelar, siempre que aprecie la razonabilidad de la medida.

Esta solución, en apariencia, parece adecuada y no da pie a mayores interrogantes. Sin embargo, la aplicación práctica de esta regla viene demostrando que los jueces son propensos a rechazar medidas cautelares cuando el requisito de la adecuación no ha sido acreditado, en lugar de emplear las facultades conferidas por la ley para adecuar *motu proprio* la medida. Nos explicamos:

#### A. *Concepto y contenido*

Una medida cautelar es siempre *instrumental*<sup>4</sup> al proceso principal, “es decir, que las medidas cautelares no constituyen una finalidad en sí mismas, sino que aparecen vinculadas necesariamente a una decisión de fondo o de mérito, cuya eficacia práctica tienen la función de asegurar”<sup>5</sup>.

Tomando ello en consideración, tiene total sentido la existencia de “la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración”<sup>6</sup>.

Una medida cautelar, en tanto instrumental, no podría tener como finalidad asegurar algo distinto a aquello que se encuentra en discusión en el proceso

---

<sup>4</sup> ZUFELATO, Camino y Thaís Zeri NEGRÃO. “La instrumentalidad de las tutelas de urgencia en el Derecho Procesal brasileiro contemporáneo”. Traducido por Martín Sotero Garzón. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015.

<sup>5</sup> INDACOCHEA, Úrsula. “La exigencia de adecuación en materia cautelar”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015, p. 90.

<sup>6</sup> MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima, Comunidad, 2002, p. 189.

principal y/o que será materia de decisión en la futura sentencia. Al contrario, esta debe ser funcional<sup>7</sup> a la pretensión planteada en la demanda, teniendo por objeto garantizar su futura efectividad. Aún más, debe ser cuantitativa y cualitativamente apropiada para garantizar la efectividad de la tutela<sup>8</sup>.

Entonces, de la noción de “adecuación” de las medidas cautelares se desprenden dos exigencias<sup>9</sup>:

- (i) Que “quien pretende algo en el proceso obtenga aquel medio que requiere para garantizar realmente su pretensión”<sup>10</sup>, es decir, que la medida cautelar solicitada sea realmente apta para asegurar el resultado práctico del proceso principal<sup>11</sup>; y,
- (ii) Que el “demandado no sufra en magnitud mayor a lo necesario para lograr la finalidad de las medidas cautelares”<sup>12</sup>, que ha sido también puesto por algunos en los términos de un auténtico juicio ponderativo<sup>13</sup> entre los derechos e intereses involucrados en ella.

La adecuación es uno de los requisitos establecidos por el Código Procesal Civil peruano para la concesión de medidas cautelares. Así lo dispone el artículo 611 del Código, que establece:

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

---

<sup>7</sup> RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima, Rodhas, 2000, p. 57.

<sup>8</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Aranzadi, 2002, p. 987.

<sup>9</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima, ARA Editores, 2006, p. 89.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires, El Foro, 1997, p. 44.

<sup>12</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. cit.* p. 89.

<sup>13</sup> INDACOCHEA, Úrsula. “La medida cautelar como juicio ponderativo”. En: *Revista Jurídica del Perú* 81, 2007, p. 209.

(...)

**3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.” [Énfasis agregado].**

Como se aprecia, la regulación establecida en el Código Civil peruano regula específicamente la adecuación como presupuesto para la concesión de una medida cautelar, e inclusive reconoce las dos exigencias hasta ahora mencionadas, a saber: (i) que asegure la eficacia de la decisión definitiva; y, (ii) que la medida sea razonable.

*B. Las consecuencias de no cumplir con el requisito legalmente exigido*

¿Cuál es la consecuencia jurídica de no cumplir con acreditar la adecuación de una determinada medida cautelar en el proceso civil?

El artículo 611<sup>14</sup> dispone que el Juez dicta medida cautelar, en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que se aprecie, entre otros, el requisito de adecuación (razonabilidad de la medida). A *contrario sensu*, si el Juez no aprecia que la medida sea razonable este deberá declarar inadmisibles o improcedentes la solicitud cautelar.

Cabe precisar que si bien el Código Procesal Civil no dispone cuál es la sanción frente a la inobservancia de dicho requisito si el Juez no aprecia que la

---

<sup>14</sup> “Art. 611.- Contenido de la decisión cautelar

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

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.”



medida sea razonable, la práctica judicial ha consistido en declarar tanto inadmisibles como improcedentes solicitudes de este tipo<sup>15</sup>.

Por supuesto, y como ya hemos señalado, el Código Procesal Civil dispone en ese mismo artículo que el juez “dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada”, otorgándole a este la facultad de adecuar la medida cautelar solicitada. Se le da “al Juez un rol importante en la definición del medio más adecuado para lograr la efectiva tutela jurisdiccional; siempre que, claro está, la parte haya solicitado tutela cautelar”<sup>16</sup>.

La doctrina procesal ha visto en esta facultad una excepción o limitación al principio de congruencia, al ser posible para el juez conceder una medida cautelar pese a que el pedido del solicitante pudiese haber sido distinto, al advertir “una incongruencia o desproporcionalidad entre el pedido cautelar y lo que se quiere garantizar”<sup>17</sup>. Esto ha llevado a algunos autores, como Eugenia Ariano a establecer límites a la facultad de adecuación del juez, que son los siguientes:<sup>18</sup>

- (i) No conceder una medida cautelar en la que el solicitante obtenga más de aquello que le podría ser reconocido en el proceso principal;
- (ii) Evitar otorgar medidas cautelares que generen efectos irreversibles o de difícil reversión; y,
- (iii) Evitar, en la medida de lo posible, que la medida cautelar concedida le genere al sujeto pasivo efectos efectivamente dañosos.

En consecuencia, la regla establecida por el Código Procesal Civil peruano ante la falta de justificación de la adecuación en la solicitud cautelar es la

---

<sup>15</sup> Sin embargo, de la investigación realizada para este trabajo hemos podido apreciar que la regla general es o adecuar la medida o declararla directamente improcedente, tal y como vemos en una resolución citada más adelante.

<sup>16</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit. p. 90.

<sup>17</sup> MONROY PALACIOS, Juan. Op. cit. 195.

<sup>18</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima, Jurista Editores, 2003, p. 693.

improcedencia. Esta regla tiene la excepción de que allí donde sea para el juez posible apreciar que se cumplen los demás requisitos cautelares y este se encuentra en posibilidad de adecuar la medida, deberá hacerlo. En este caso, será el juez quien otorgue una medida cautelar, que podría ser distinta a la originalmente solicitada.

Sin embargo, ¿aplican los jueces esta facultad? Respondiendo esta interrogante, la profesora Ariano comenta que “de este poder cautelar ‘general’ del que goza el juez peruano, muchos operadores no han medido su inmenso alcance. (...) [Mediante sus resoluciones] revelan una tendencia sumamente restrictiva de nuestra judicatura (limeña) frente al otorgamiento de tutela cautelar”<sup>19</sup>.

En teoría, una regla como la diseñada debería ser suficiente para tutelar todo pedido cautelar. Pero, tal y como señala Sotero, la técnica procesal, la resistencia de los jueces al poder general de cautelar y la posición vigilante asumida por los jueces<sup>20</sup>, genera que éstos sean renuentes a adecuar medidas cautelares, declarando muchas solicitudes cautelares inadmisibles o improcedentes en lugar de adecuarlas utilizando el margen discrecional otorgado por la ley.

Así, por ejemplo, bajo el expediente N° 46594-1999, un juzgado de primera instancia declaró improcedente una solicitud cautelar. El demandante había solicitado una medida cautelar para bienes muebles sobre una embarcación (bien inmueble)<sup>21</sup>. El juez pudo haber “adecuado” la medida, concediendo una medida cautelar distinta o genérica que permitiese tutelar los intereses del

---

<sup>19</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar y los equívocos mensajes del Código Procesal Civil”. En: *Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010*. Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 25.

<sup>20</sup> SOTERO, Martín. “El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015, pp. 51-54.

<sup>21</sup> Resolución del 26 de enero de 2000, Expediente N° 46594-1999. Luego hubo un pronunciamiento de la segunda instancia que declaró nula tal resolución, el 21 de junio de 2000. Pero ello solo evidencia que las partes tuvieron que incurrir en costos procesales adicionales, cuando pudo haberse evitado.

solicitante. Sin embargo, prefirió rechazarla de plano. La norma así se lo permitía. Esta es la regla general.

Si bien este puede no ser un error en el que incurran todos los jueces, los “equivocos mensajes”<sup>22</sup> que lanza la actual regulación de las medidas cautelares permite resoluciones como la comentada. Esto, desde un punto de vista económico, no puede ser compartido, y es necesario efectuar algunos ajustes a la regla para reducir los costos que una resolución como la comentada puede generar en los justiciables y el propio sistema de justicia.

### *C. Repensando la adecuación: reglas ideales para una justicia más accesible*

Desde un punto de visto económico, el objetivo de un sistema procesal es uno: minimizar los costos sociales<sup>23</sup>. Estos a su vez, son de dos tipos: (i) el costo de las decisiones judiciales erróneas y (ii) el costo de operación del sistema procesal<sup>24</sup>. En términos de Cooter y Ulen: “Asumimos que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos por error”<sup>25</sup>.

Piénsese en acudir a un proceso civil como emplear un instrumento para aplicar derechos sustantivos. La determinación de a quién corresponde determinado derecho de propiedad o quién debe responder frente a un accidente o un incumplimiento, es una determinación que solo podrá tener lugar (a falta de acuerdo privado entre las partes) mediante un instrumento que, como no podría ser de otra forma, cuesta. Desde demandar a ejecutar una decisión judicial, las partes incurrir en diversos costos procesales<sup>26</sup> que

---

<sup>22</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar y los equivocados mensajes del Código Procesal Civil”. cit, p. 25.

<sup>23</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law & Economics*. Addison-Wesley, 6ta edición, 2012, p. 384.

<sup>24</sup> POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Traducido por Eduardo Suárez. México, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, 2007, p. 850.

<sup>25</sup> COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 358. Traducción libre.

<sup>26</sup> SHAVELL, Steven. “Economic Analysis of Litigation and the Legal Process”. En: Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper No. 404, 2003, p. 1 (Del capítulo 17).

podrían, inclusive, llevarlos a verse obligadas a transar<sup>27</sup> o impedirles iniciar un proceso<sup>28</sup>, si quiera.

Por ello, tiene total sentido económico que las reglas procesales (sobre las cuales, cabe precisar, pocas veces se puede pactar en contra) sean aquellas que permitan reducir, en la mayor medida de lo posible, el costo social derivado de acudir a un proceso civil.

¿Qué tiene que ver todo lo anterior con la regulación de la adecuación en nuestro sistema procesal civil?

Uno de los grandes problemas del sistema judicial peruano es la sobrecarga procesal. Aun cuando es posible diferir en torno a cuál es el nivel óptimo de litigios en un sistema<sup>29</sup>, es difícil negar que el nivel de litigios en el Perú se encuentra muy por encima de dicho óptimo. De hecho, tal y como han estudiado Reggiardo y Liendo, el nivel de litigios en el Perú es alto si es comparado con los estándares internacionales<sup>30</sup>.

Según el Informe “La Justicia en el Perú” la carga procesal en 2014 ascendió a 3’046,292 expedientes, siendo el Poder Judicial solamente capaz de resolver 1’180,911. Es decir, el 61% de procesos tramitados ante el Poder Judicial quedaron sin resolver<sup>31</sup>. Asimismo, en el mismo informe se señaló que los procesos civiles en el Perú demoran, en promedio, cuatro años más de lo

---

<sup>27</sup> HAY, Bruce y Kathryn SPIER. “Litigation and Settlement”. En: Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper No. 218, 1997.

<sup>28</sup> KOBAYASHI, Bruce H. “The Law and Economics of Litigation”. En: George Mason University Law and Economics Research Paper 15-20, 2015.

<sup>29</sup> SHAVELL, Steven. “The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and Settlement”. En: International Review of Law and Economics 19, 1999. El punto base del análisis de Shavell es que no es lo mismo el costo social de los litigios que el costo privado. Podría resultar eficiente aumentar el costo privado de un proceso para así reducir el nivel de litigios, si ello genera una reducción en el costo social (que es el agregado).

<sup>30</sup> REGGIARDO, Mario y Fernando LIENDO. “Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 62, 2012, p. 224.

<sup>31</sup> GUTIÉRREZ, Walter, TORRES, Manuel y Juan Carlos ESQUIVEL. *La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 70.

previsto en las normas procesales, sin contar la etapa de ejecución del fallo<sup>32</sup>. La sobrecarga procesal es manifiesta.

Esto nos lleva a la inevitable consecuencia de que las reglas en relación a las medidas cautelares deben reducir el costo social generado por el empleo del sistema procesal civil. En el caso particular de la adecuación, debe ser una regla que permita reducir los costos administrativos del proceso cautelar así como, en la medida de lo posible, los costos de error judicial.

Una regla puesta en los términos actuales tiene como principal consecuencia que los jueces declaren inadmisibles o improcedentes solicitudes cautelares por falta de justificación de la adecuación. La jurisprudencia y autores especializados en la materia así lo confirman.

Los costos administrativos de esta regla *default* saltan a la vista: es de esperar que frente a la resolución que declara, por ejemplo, improcedente la medida cautelar solicitada, el solicitante plantee un recurso de apelación, con lo que tendrá que entrar a operar las Salas Especializadas. Este a su vez, podría declarar nula la resolución de primera instancia y, en consecuencia, deberá tener lugar un nuevo pronunciamiento por parte del primer juez.

Inclusive allí donde se ratifique la decisión, el solicitante podrá siempre volver a formular un pedido cautelar, con lo que tendrá que accionarse, ante cada requerimiento, el sistema procesal civil.

La situación no es muy distinta si el juez declara inadmisibile la solicitud cautelar, pues el solicitante tendrá que incurrir en nuevos costos procesales, así como esperar el accionar el Poder Judicial.

Si bien los jueces tienen la facultad de adecuar las medidas cautelares, éstos no ejercen esta facultad o lo hacen solo de manera excepcional, por lo que

---

<sup>32</sup> Ídem, p. 71.

nuevos costos procesales tendrán que ser asumidos por la parte solicitante y por el propio sistema de justicia para tener que resolver el pedido cautelar.

Si lo que se busca es que el proceso cautelar y la concesión de medidas cautelares permita reducir costos, entonces se debe emplear una regla distinta: invertir la regla de modo que si bien el solicitante pueda justificar la adecuación de la medida cautelar solicitada, es el juez el que debe determinar si una medida es adecuada para un determinado caso y, de no serlo, adecuarla a aquella que sí cumpla con serlo.

Si bien la adecuación no deja de ser un requisito para la concesión de la medida cautelar, no estará ya en manos de la parte solicitante generar una convicción indubitable frente al juez de que se cumple tal requisito. El juez, habiendo previamente acreditado que existe verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, se encuentra en la mejor posición de determinar cuál es la medida cautelar idónea y proporcional para tutelar los intereses del solicitante. No podría declarar inadmisibles o improcedentes una solicitud solo a falta de tal requisito.

En lo que sigue, expondremos las razones de por qué consideramos que es el juez y no la parte solicitante, quien debe decidir que tipo de medida cautelar es necesaria para cada caso.

#### *D. ¿Quién debe definir qué tipo de medida es necesaria para cada caso?*

Debemos partir de considerar el modelo clásico para el otorgamiento de una medida cautelar, postulado inicialmente por John Leubsdorf<sup>33</sup> y adoptado luego por Richard Posner<sup>34</sup>. En palabras de este último, una medida cautelar debe otorgarse sí y solo sí<sup>35</sup>:

$$P(H_p) > (1 - P) H_d$$

---

<sup>33</sup> LEUBSDORF, John. "The Standard for Preliminary Injunctions". En: Harvard Law Review 91, 1978.

<sup>34</sup> Am. Hosp. Supply Corp. v. Hosp. Prods. 780 F.2d 589, 594 (7<sup>th</sup> Cir. 1986).

<sup>35</sup> POSNER, Richard. Op. cit., p. 853.

Donde  $P$  es la probabilidad de que el demandante gane el juicio (y  $1 - P$  la probabilidad de que gane el demandado);  $H_p$  es el daño irreparable que sufrirá el demandante si no se otorga una orden preliminar; y,  $H_d$  es el daño irreparable que sufrirá el demandado si sí se otorga.

En términos de nuestro sistema procesal civil, es posible trasladar la fórmula de Posner a los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil. Así, la valoración sobre la probabilidad de victoria del solicitante guarda identidad con el requisito de verosimilitud en el derecho, mientras que el daño que sufrirá si no se otorga es equivalente al peligro en la demora<sup>36</sup>. Asimismo, tal y como señala Reggiardo, para el requisito de contracautela puede efectuarse también un análisis de este tipo<sup>37</sup>.

¿Y la adecuación? En palabras de Priori: “Es preciso resaltar el hecho que en la fórmula de Posner se hallen presentes los presupuestos de verosimilitud y de peligro en la demora, omitiéndose, sin embargo, la adecuación, el mismo que por su naturaleza no es posible de ser cuantificado ni en dinero, ni en función de porcentajes”<sup>38</sup>.

¿Por qué? A nuestro parecer, se debe a que una medida cautelar o es idónea para garantizar la materia discutida en el proceso principal, o no lo es. Es decir, a la pregunta de si una medida es adecuada o no, solo caben dos posibles respuestas: sí o no. No, en cambio, un porcentaje y/o valor económico a ser asignado.

Cabe realizar dos comentarios. El primero es que ello solo es cierto del atributo de “idoneidad” de la adecuación. Pero, como hemos visto, la adecuación también implica que la medida cautelar es “proporcional” y ello sí puede ser (y de hecho lo es) analizado mediante la fórmula de Posner. Después de todo,

---

<sup>36</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit., p. 101.

<sup>37</sup> REGGIARDO, Mario. “La contracautela. Cálculo del monto y caución juratoria”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thémis, 2015, p. 223.

<sup>38</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit., p. 101.

determinar si una medida cautelar genera menos perjuicio del beneficio que genera al solicitante es justamente el análisis en el que consiste la fórmula de Posner.

El segundo es que si bien la fórmula o el análisis económico en general no permite determinar cuándo una medida cautelar específica es idónea para garantizar la efectividad del proceso principal, la pregunta es: ¿debe acaso hacerlo?

Si el juez ya ha podido acreditar que la probabilidad de que el solicitante gane el juicio, multiplicado por el daño que sufrirá de no concederse la medida, es mayor al daño que sufrirá el demandando de ser concedida la medida multiplicado por la probabilidad de que este último gane el juicio, habiendo por tanto realizado un adecuado balance de daños (proporcionalidad): ¿no debería el juez *siempre* conceder dicha medida cautelar?

Declarar inadmisibles o, peor aún, improcedentes una solicitud cautelar cuando se ha sobrepasado el examen de dicha fórmula no guarda ningún sentido económico. Después de todo, el juez ha acreditado que la afectación que se generará al solicitante de no otorgarla es mayor a la que se generará al demandado. No conceder la medida cautelar solo porque esta no es la “adecuada” sería contravenir su propio análisis.

Además, los costos procesales derivados de una declaración de inadmisibilidad o improcedencia (ya sea una apelación y lo que derive de ello, o una nueva solicitud cautelar) no solo pueden ser altos y generar una indebida dilación en el proceso; sino que son innecesarios. Hacer a las partes incurrir en ellos para que “adecuen” su medida es ineficiente desde un punto de vista económico.

Nada de esto debe llevarnos a concluir, sin embargo, que la “adecuación” o el “cómo” se concede la medida cautelar no es importante. No tendría sentido que se conceda una medida cautelar que no logre garantizar lo discutido en el proceso principal o que no genere efecto positivo alguno. Pero una vez acreditadas la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, es el juez



quién debe determinar qué medida es adecuada o qué forma debe revestir ésta: una declaración de improcedencia carece de todo sentido económico. Retrasar la decisión para que el propio particular haga una nueva propuesta y el juez la evalúe nuevamente también presenta el mismo problema.

Consideramos que es el juez quien debe determinar qué medida es adecuada para cada caso en base a los insumos proporcionados por el peticionante. Éste tendrá que seguir acreditando la verosimilitud y el peligro en la demora, pero si bien podrá proponer qué medida cautelar en específico se requiere para su caso, será en última instancia el juez quien determine si ésta es la adecuada.

En conclusión, proponemos que la regla actual sea modificada a fin de que sea el juez quien determine la medida más adecuada.

#### **IV. Conclusiones**

A lo largo de esta investigación hemos podido apreciar por qué es importante el diseño de un sistema procesal civil que permita reducir los costos sociales.

En el caso particular de las medidas cautelares, hemos visto que son varios los requisitos que plantea la doctrina y legislación para la concesión de una medida cautelar, siendo que hemos realizado a lo largo de esta investigación el análisis de uno de ellos: la adecuación.

Vimos que la actual regulación de la adecuación en materia cautelar dispone que el solicitante debe acreditar dicho requisito, o su solicitud será declarada improcedente. El propio Código Procesal Civil faculta al juez, sin embargo, a adecuar dicha medida. Empero, esta facultad no siempre es usada por los jueces, generando mayores costos procesales y un incremento en la asignación de recursos.

En base a la fórmula de Posner para la concesión de medidas cautelares, hemos podido apreciar que no tiene ningún sentido económico denegar una

medida cautelar cuando ya se ha cumplido con acreditar los elementos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.

En consecuencia, nuestra propuesta para una mejor regulación en que sea el juez quien determine la adecuación de la medida como regla *default*, no siendo posible declarar como improcedente una medida cautelar solo por carecer de dicho requisito.

No debe subestimarse la simpleza del cambio: éste puede generar un impacto sustantivo en la forma en la que se lleva a cabo el proceso. Usemos el lápiz para escribir una regla simple y eficaz para todos.

## **Bibliografía**

ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Lima, Jurista Editores, 2003.

ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela cautelar y los equívocos mensajes del Código Procesal Civil”. En: *Las medidas cautelares y los proceso de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010*. Lima, Gaceta Jurídica, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires, El Foro, 1997.

COASE, Ronald. “The Problem of Social Coast”. En: *Journal of Law and Economics* 3. 1960.

COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law & Economics*. Addison-Wesley, 6ta edición, 2012.

EPSTEIN, Richard. “Las virtudes de las reglas “simples” y su relación con el desarrollo económico”. Entrevista por Carla Fosca Bakúla. En: *Ius et Veritas* 27, 2003.

EPSTEIN, Richard. *Reglas simples para un mundo complejo*. Lima, PUCP, 2005.

GUTIÉRREZ, Walter, TORRES, Manuel y Juan Carlos ESQUIVEL. *La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

HAY, Bruce y Kathryn SPIER. “Litigation and Settlement”. En: *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper No. 218*, 1997.

INDACOCHEA, Úrsula. “La medida cautelar como juicio ponderativo”. En: Revista Jurídica del Perú 81, 2007.

INDACOCHEA, Úrsula. “La exigencia de adecuación en materia cautelar”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015.

KOBAYASHI, Bruce H. “The Law and Economics of Litigation”. En: George Mason University Law and Economics Research Paper 15-20, 2015.

LEUBSDORF, John. “The Standard for Preliminary Injunctions”. En: Harvard Law Review 91, 1978.

MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima, Comunidad, 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Aranzadi, 2002.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Traducido por Eduardo Suárez. México, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, 2007.

PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima, ARA Editores, 2006.

REGGIARDO, Mario y Fernando LIENDO. “Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 62, 2012.

REGGIARDO, Mario. “La contracautela. Cálculo del monto y caución juratoria”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015.

RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima, Rodhas, 2000.

SHAVELL, Steven. "The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and Settlement". En: *International Review of Law and Economics* 19, 1999.

SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Litigation and the Legal Process". En: Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper No. 404, 2003.

SOTERO, Martín. "El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano". En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015.

ZUFELATO, Camino y Thaís Zeri NEGRÃO. "La instrumentalidad de las tutelas de urgencia en el Derecho Procesal brasileiro contemporáneo". Traducido por Martín Sotero Garzón. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Lima, Editorial Jurídica Thēmis, 2015.