

El procedimiento de árbitro de emergencia en el contexto actual de crisis sanitaria (COVID-19)

Sábado 6 de Junio de 2020 | 7:29



Fuente: Andina

I. Un panorama general

En el Perú, abundan las críticas fundadas al sistema de justicia^[1] y, en particular, al Poder Judicial. El Código Procesal Civil Peruano dio sus frutos y nos ubicó en la modernidad de la ciencia procesal en la década de los años noventa. Desde ese momento, parece que las iniciativas reformistas han ido cada vez más en declive. Los procesos caóticos que vivimos en el Poder Judicial, con algunas honrosas excepciones, son el reflejo de una crisis continuada e, inevitablemente, acentuada por la pandemia.

Es por ello que no debería sorprendernos su escasa reacción institucional y los eslóganes pre-pandemia ('más oralidad en los procesos', 'más digitalización y expediente electrónico', 'reformular la casación', entre otros), renovados en estos días, demuestran problemas múltiples: (i) improvisación, (ii) falta de investigación, (iii) populismo, (iv) ausencia de liderazgo, (v) búsqueda de rentas, (vi) *gatopardismo* incesante. La lista es larga, disculpe el lector el afán de síntesis.

Al margen de las críticas, el arbitraje en el Perú se ha convertido en una alternativa idónea para la solución de las controversias, fundamentalmente en el ámbito empresarial donde la acuciosidad técnico-especializada es imprescindible en determinados sectores. Los esfuerzos por ser referentes en legislación arbitral y en buenas prácticas se reconocen a nivel global.

La actual crisis, demuestra una vez más, los beneficios del arbitraje y desnuda también algunas falencias. Todo es perfectible. En este caso, nos avocaremos a la práctica del procedimiento de árbitro de emergencia en esta especial coyuntura. Esta figura de tutela urgente^[2], harto usada en arbitraje internacional^[3], es puesta bajo examen en estos momentos: las medidas de emergencia dictadas por un árbitro dentro de un estado de emergencia.

Hoy más que nunca, el empresariado requiere de mecanismos céleres y eficientes para la solución de sus controversias; pues, los impactos en una crisis sanitaria expandida van desde la reducción de la planilla hasta la insolvencia y liquidación de la empresa. Cada decisión es crucial. Esto tiene que implicar una toma de conciencia para quienes participamos en los arbitrajes como para quienes adoptan decisiones corporativas.

Como indicamos líneas atrás, a fin de comprender cómo funciona la figura del árbitro de emergencia en su aspecto práctico es necesario tener como referencia primaria al arbitraje internacional[4]. Esto último muchas veces no es comprendido en su real dimensión y ocasiona inconvenientes en el desarrollo de las actuaciones a nivel local. El remedio está ahí. Saber usarlo y comprenderlo cabalmente es obligación de quienes intervienen este tipo de procedimiento.

II. La figura del árbitro de emergencia en el arbitraje internacional

Dentro de lo que se conoce como las medidas cautelares anticipadas a la demanda, en arbitraje internacional la práctica del procedimiento de medidas de emergencia funciona y muy bien[5]. Quienes participamos en ellos comprobamos varios aspectos positivos:

- La elección de un árbitro especializado que cumple parámetros de disponibilidad, independencia e imparcialidad. Las instituciones arbitrales son muy cuidadosas en dicha elección[6].
- La libertad del árbitro en la conducción y fijación de las reglas del procedimiento.
- La celeridad, flexibilidad y eficacia son claves (sumariedad procedimental).
- La aplicación de la *lex arbitri* en atención a la sede del arbitraje[7].
- La elección determinante de factores jurisprudenciales y doctrinales al momento de la decisión, no necesariamente anclados a una *lex fori* o a una *lex causae* específica[8].
- El derecho de defensa puede ser ejercido de manera diferida por el demandado (*ex post* decisión cautelar) dependiendo de las circunstancias del caso. No obstante, la regla es que se corra traslado a la contraparte con el escrito de solicitud de medidas de emergencia.
- Los escritos de posición son elaborados en clave de verosimilitud del derecho[9] (posibilidad razonable de que el peticionario prevalezca sobre el fondo en el arbitraje), sin ingresar a detalles puntuales del fondo de la controversia. La decisión de emergencia se funda, efectivamente, en un juicio de verosimilitud y cognición sumaria. Incurrir en una discusión de fondo, implicaría, por ejemplo, presentar una pericia técnica sobre las reclamaciones de fondo.
- La apreciación provisional del árbitro respecto de los argumentos legales genera que no haya un prejuizgamiento del fondo de la controversia[10].
- La relevancia del análisis del peligro en la demora en tres aspectos: (a) la probabilidad de un perjuicio; (b) no adecuadamente reparable mediante una indemnización; y (c) el perjuicio que la medida causaría a la parte contra quien se dirige.
- La oportunidad eventual de presentar escritos de réplica y contrarréplica, según lo decida el árbitro.
- La no necesaria realización de una audiencia previa a la decisión de emergencia, según el criterio del árbitro.
- La posibilidad de que el árbitro pueda emitir una orden preliminar[11] que asegure la eficacia de la orden de emergencia.

- La decisión de emergencia busca asegurar la eficacia jurídica y fáctica de la resolución definitiva (laudo). Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral, una vez constituido, puede adecuar y/o variar la medida cautelar, a pedido de parte y conforme a las circunstancias, incluso dejarla sin efecto, de ser el caso.
- Margen de aplicación al poder general de cautela del árbitro[12].
- Espontaneidad en el cumplimiento de la decisión de emergencia.
- Concientización de que se trata de una justicia de probabilidad.

La sofisticación de las controversias en ese ámbito y su dinamismo quizá explique por qué han sufrido mucho menos el cambio hacia la digitalización y el proceso telemático. Precisamente, los principales reglamentos arbitrales en el mundo tienen a la figura del árbitro de emergencia como uno de sus principales atractivos.

Evidentemente, la parte que obtiene una decisión de emergencia favorable con un alto nivel de incidencia en la relación material es porque también es alta la legitimidad y probabilidad de éxito de las reclamaciones de fondo[13], desde un análisis *prima facie* de la controversia subyacente.

Actualmente, lo que se ve en la práctica es que el número de peticiones de emergencia en arbitrajes internacionales ha aumentado en controversias referidas a infraestructura, construcción, energía, petróleo, electricidad, entre otros asuntos que, por la complejidad de las relaciones contractuales y su larga duración, los actores involucrados requieren de tutela urgente en medio de esta crisis sanitaria que afecta sustancialmente a los proyectos. En algunos casos, el remedio adecuado son las órdenes dirigidas a preservar el *statu quo* de la disputa[14] (medidas de conservación), en otros casos es necesario innovar [15](modificar) la situación fáctica, dependiendo de cada caso en concreto. En cualquier caso, la ruta del árbitro de emergencia es despejar tempranamente las crisis de certeza surgidas entre las partes, más todavía en un ambiente de incertidumbre como el actual en el que es necesario el replanteamiento de algunas condiciones originales fácticas y/o jurídicas.

En la actual coyuntura, la colaboración, entendimiento y empatía entre las partes de un contrato son primordiales. La renegociación de las cláusulas y el ingenio para una salida conjunta a la crisis es un imperativo categórico, así como la adaptación a las nuevas condiciones generadas por este hecho histórico relevante. Esta crisis sanitaria acelera los procesos de transformación de las empresas y también el modo de afrontar sus controversias. Los procesos largos e ineficientes no tienen más cabida. El procedimiento de árbitro de emergencia es, pues, en estos tiempos, la primera línea de batalla frente a las reclamaciones de las partes en la tutela provisoria de sus derechos. Los altos estándares alcanzados por la figura del árbitro de emergencia a nivel de arbitraje internacional permiten asegurar de buena salud a quienes acuden a ella. ¿Se puede decir lo mismo en el Perú?

III. Lo que está ocurriendo actualmente en el Perú con la figura del árbitro de emergencia

Las instituciones arbitrales serias han incluido en estos últimos años el procedimiento de árbitro de emergencia en sus respectivos reglamentos. El anhelo es replicar la experiencia internacional. Los esfuerzos de los centros arbitrales por cumplir dicha finalidad han sido denodados. Sin embargo, la actualidad revela una serie de inconvenientes en este tipo de procedimiento. Las probables razones las pasaremos a resumir a continuación:

- Se busca judicializar/procesalizar el procedimiento de árbitro de emergencia. A través de diversas modalidades:
- Se irrespetan las reglas del procedimiento fijadas por el árbitro de emergencia.

- Se presentan recursos, oposiciones y escritos de 'tégase presente'. Como si este fuese un proceso judicial con nulidades múltiples presentadas indiscriminadamente.
- Se cuestiona la celeridad que le imprime el árbitro al procedimiento.
- Se interponen quejas contra el árbitro de emergencia por conducir el procedimiento conforme a las reglas, en un intento de presión por desorientar el criterio adoptado por el árbitro. En algunos casos, inclusive, se amenaza con alguna responsabilidad civil y/o penal derivada.
- Se utiliza la "afectación a la tutela procesal efectiva" como herramienta de indignación de la parte no favorecida en el procedimiento.
- No existe una cultura arbitral de las tutelas sumarias. Algunos siguen creyendo que un procedimiento de árbitro de emergencia debe encauzarse bajo los cánones ritualistas de un proceso ordinario[16].
- Se desconocen las manifestaciones de la tutela diferenciada y sus aportes al proceso moderno en general[17] (científico).
- Permanece el pensamiento *dentro de la caja* sobre la clasificación de las medidas cautelares. Clasificaciones que poco bien le hacen al arbitraje si entendemos los avances de la teoría cautelar en este ámbito.
- Se busca equiparar el procedimiento de emergencia a la discusión del fondo de la controversia. No se entienden los límites, utilidad y fines de la figura del árbitro de emergencia. La introducción de aspectos apreciadamente técnicos -por ejemplo, en el ámbito de la ingeniería de detalle- no deberían darse en este tipo de procedimiento (precipitación de la discusión de mérito).
- Al extremo de estas malas prácticas, inclusive, se llegar a alegar el propio estado de emergencia sanitaria como limitante para la actuación de un árbitro de emergencia. Es decir, mientras no se levante la 'cuarentena' no hay tutela de urgencia. Una especie de pretensión de extensión de la parálisis judicial.
- Se exigen audiencias presenciales como condición *sine qua non* para la emisión de la decisión.
- En algunos casos, depende muchísimo de a qué centro arbitral y reglamento te sometes para ver la posibilidad de si el Estado puede ser conducido a un procedimiento de árbitro de emergencia. No todos los reglamentos brindan flexibilidad en este aspecto[18].

En buena cuenta, como hemos visto, permanece la idea equivocada de que conceder tutela cautelar arbitral es equivalente a prejuzgar la cuestión de fondo que requiere necesariamente transitar por un proceso de cognición plena[19]. Se continúan confundiendo las categorías y esto tiene serias implicancias en la práctica, provocando la desnaturalización del procedimiento de árbitro de emergencia.

El mismo desconocimiento que aconteció en materia cautelar por parte de los usuarios una vez que entró en vigor el Código Procesal Civil[20], se repite en la actualidad, pero esta vez en el arbitraje y, puntualmente, en sede de árbitro de emergencia. Esto cobra alta factura en tiempos de crisis.

IV. Comentario final

No tendrá sentido sofisticar las reglas y figuras arbitrales en nuestro país si los involucrados no se fidelizan con las prácticas internacionales de donde provienen. En la actual crisis no perdamos lo poco de valioso que el derecho peruano puede ofrecer a los justiciables en

términos de recursos efectivos. Convertirnos en una sede atractiva para el arbitraje y las inversiones implica el mejoramiento de este esencial procedimiento.

Procedimiento de árbitro de emergencia	
NO	Es una de guerra pericias y debates de fondo a detalle
NO	Es un procedimiento judicial de cognición plena
NO	Es un procedimiento cautelar ordinario
NO	Es un ámbito de exceso ritual en el que prevalecen formalismos y clasificaciones inútiles
NO	Es justicia lenta e ineficiente

La crisis actual no es una limitante para la actuación de los árbitros de emergencia, es más bien una buena oportunidad para demostrar la utilidad y eficacia de la figura en nuestro país.

[1] Hace unos meses, recordemos la polémica creada en torno a la creación de la Junta Nacional de Justicia, la elección de sus miembros y la no menos populista propaganda “Juntos por la Junta”. Había que ser ciego para no darse cuenta de que las reformas al sistema judicial en nuestro país están todavía lejanas y plagadas de buenas intenciones, nada más que eso.

[2] En el Perú hay algunos autores que han ingresado al tema con conocimiento que les brinda la experiencia en casos concretos, véase: Ezcurra Huascar y Olórtegui Julio. *Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia*. En: Revista *Advocatus* 28, Lima, 2013-I, pp. 97-109. En igual sentido: Amprimo, Natale. *La tutela cautelar arbitral*. En: Revista *Ius et Praxis* 44, Lima, 2013, pp. 59-79.

[3] Con relación a la discrecionalidad y libertad de los árbitros de dictar medidas de emergencia, el profesor Gary Born afirma lo siguiente: *“the law providing the standards for a tribunal’s decision whether to grant provisional measures is at least arguably supplied by a different legal system than that of the arbitral seat”*. Además, *“(…) it is clear under any of these approaches that the rules governing the arbitral tribunal’s authority to grant provisional relief, and the standards applicable to the exercise of that authority, are not the rules applicable to national courts, in the arbitral seat or otherwise. An international arbitral tribunal is not a national court and its powers, and the standards for exercising those powers, are not coterminous with national courts. Rather, the arbitrators’ remedial authority, and the standards it should apply in exercising that authority, are defined by sui generis sources of law”* Born, Gary. *International Commercial Arbitration*, 2da Ed., (Born; Ene. 2014), párrafo 2462-3.

[4] Recordemos, por ejemplo, el cambio de paradigma que significó que el Reglamento de Arbitraje CCI incorporara la figura del árbitro de emergencia. La doctrina resaltaba en ese momento lo siguiente: *“El artículo 29 del Reglamento CCI 2012 introduce una nueva posibilidad de que con anterioridad a la constitución del tribunal las partes puedan solicitar medidas cautelares de emergencia según las reglas de árbitro de emergencia previstas en el apéndice V. Conforme a dichas reglas la Corte puede nombrar un árbitro de emergencia si la parte solicitante prueba la urgencia de dictar la medida antes que el tribunal arbitral se constituya y reciba el expediente. Aunque la orden que dicta el árbitro de emergencia es vinculante para las partes, una vez que el tribunal se constituya podrá modificarla, suspender su ejecución o anularla. La posibilidad de recurrir al nombramiento de un árbitro de emergencia no impide el derecho de las partes de solicitar el dictado de medidas cautelares de carácter urgente en sede judicial. Esta disposición incorpora el anterior reglamento sobre procedimiento precautorio prearbitral al reglamento de arbitraje”*. Gedwillo, Irina Natacha. *El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI 2012: ¿Qué cambió?* En: Revista Internacional de Arbitraje. Colombia. Enero-junio 2012, p. 24.

[5] Sobre el particular, véase: Lemenez Guillaume y Quigley Paul. *El procedimiento de urgencia del CIRDI en acción*. En: Revista Internacional de Arbitraje. Colombia. Julio-diciembre 2009, pp. 187-214.

[6] Las nóminas suelen tener a un grupo de árbitros que se capacitan permanentemente en este tipo de procedimiento urgente.

[7] Si bien es importante también tomar en consideración la reflexión de un sector de la doctrina según la cual: “Conceptually, arbitrators can choose one of two alternative legal standards. First, unless the parties have agreed otherwise, arbitrators can either make use of the law applicable to the arbitration (or another national law they deem applicable). In Germany, for example, some commentators advocate that arbitrators should apply the standards set by civil procedure for interim applications before the state courts. Second, arbitrators can approach the issue of interim relief without reference to any applicable law, literally relying on any practical standards they deem appropriate – and many institutional rules encourage them to do so. It has been argued that the first approach – for the arbitrators to rely on a national law – is safer (presumably because national laws provide well-established, reliable regimes for interim measures) but yet less preferable, because the inevitable diversity in requests for interim measures necessarily results in perhaps arbitrary reliance on various national laws, and hence, in inconsistency. The second approach – determining the issue of whether to grant relief without reference to any national law – would appear to be more common, evidencing the growing trend of harmonization of standards in international arbitration.” Franz T. Schwarz, Christian W. Konrad, *The Vienna Rules, A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer Law International, 2009, p. 555.

[8] Andrea Carlevaris y José Ricardo Feris. *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The first Ten Cases*. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 25/Number 1 – 2014, p. 36.

[9] El *fumus boni iuris* entendido como la posibilidad razonable de que peticionario prevalezca sobre el fondo en el arbitraje. En esa línea: HoWard M. Holtzmann. *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 169.

[10] El no prejuizgamiento del árbitro de emergencia es muy importante en la medida en que las partes estarán en plenas condiciones de presentar sus pretensiones en el arbitraje. En ese sentido: Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 8: Preliminary: “Interim and Dispositive Determinations”, in Jeffrey Waincymer. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012, p. 620.

[11] El artículo 17 B, numeral 1 de la Sección 2 de la Ley Modelo UNCITRAL, establece expresamente lo siguiente: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir un orden preliminar al tribunal por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada”. Cabe precisar que un rasgo esencial de la orden preliminar es su temporalidad y vigencia específica. Es decir, el árbitro debe indicar cuánto tiempo estará vigente. A efectos de resumir esta figura de la orden preliminar, conviene remitirse a la profesora española Silvia Barona Villar, que la explica en los siguientes términos: “Las órdenes preliminares no son medidas cautelares. Se trata permitaseme la expresión poco jurídica, de una medida ‘tutti fruti’, en cuanto puede entenderse como una mezcla de componentes que pudiesen resultar conocidos en otros ordenamientos jurídicos pero que a su vez no tienen parangón. Su naturaleza es la de tratarse de decisiones imperativas arbitrales que pretenden favorecer, garantizar y asegurar, hasta cierto punto, que el desarrollo del proceso, incluida la posible medida cautelar que se adopte post-orden pueda ser efectiva. (...) De todo cuanto se ha expuesto llegamos a la conclusión de que estamos ante un instrumento sui generis, peculiar, propio, que participa indiscutiblemente de gran parte del régimen de las medidas cautelares aunque no es una medida cautelar, que tampoco es una medida coercitiva de la naturaleza de las astreintes francesas, y que no se identifica de forma plena con ningún instituto conocido en el ordenamiento jurídico nacional. Aparece como una medida cautelar ‘descafeinada’ que está vinculada a las cautelares en cuanto ejercen un papel esencial de evitar que se frustre la finalidad y la eficacia de las posibles medidas cautelares que pudieren adoptarse por los árbitros en el seno de un proceso arbitral. Es, en el fondo, una situación preprocesal, garantía de la cautela, que consiste en una orden del propio tribunal para evitar que el demandado frustre la adopción de la medida, por ejemplo, obligándole a que no traspase los bienes a un tercero o, a que mantenga el bien en lugar seguro, o a que no esconda la maquinaria, etc. Estas órdenes se entienden vinculantes. (...) Asimismo, su vida jurídica es efímera, de veinte días, modo que

transcurrido ese tiempo el tribunal arbitral deberá dictar la medida cautelar que ratifique o modifique la medida, pero procediéndose a la expiración de la eficacia de la misma. Este carácter temporal, provisional e instrumental de las órdenes es por ello una realidad ineludible”. Barona Villar, Silvia. Medidas cautelares en el Arbitraje. Thomson – Civitas. España, 2006, pp. 93-96.

[12] “Furthermore, international commercial arbitration practice shows that arbitration tribunals have inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties and to ensure that the tribunal jurisdiction and authority are made fully effective. (...) On the other hand, even if status quo or this tribunal’s jurisdiction was not materially hampered, the sole arbitrator is convinced that if the interim relief requested were not to be granted, less than all available remedies to protect the proceedings and enforce the arbitration agreement would be employed”. Extracto del Laudo Parcial dictado en el Caso CCI 10681 (2011).

[13] Georgios Petrochilos. *Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules*. ASA Bulletin, 2010, pp. 881-882.

[14] G. Born afirma: “Orders preserving the status quo are often cited as the prime examples of appropriate interim measures in international arbitration. In one classic formulation, “[p]rovisional measures, as a rule, aim at avoiding or preventing a modification of the state of facts or law of the subject matter of the dispute which could render more difficult or impossible later performance”. G. Born, “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration” in “International Commercial Arbitration (Second Edition)” Kluwer Law International (2014), párrafos 2485, 2486.

[15] Innovar en términos de alteración de la situación fáctica, como por ejemplo sería requerir que se alteren algunas condiciones materiales o contractuales de un proyecto, de forma provisoria, a efectos de evitar causar un grave perjuicio de difícil reparación.

[16] En efecto, se sigue sin comprender lo que en otras latitudes es un valor entendido hace muchos años: “*Se l’analisi trascorre dalle formule di classificazione dogmatica all’effettività delle tecniche rimediali, appare indifferente che una tutela piena sia prevista da norme sostanziali ovvero da norme di rito; e che essa sia attuata nelle forme di un proceso di cognizione, oppure in quelle di un proceso ejecutivo, oppure ancora nelle forme della tutela cautelare. La piena tutela spettante al titolare di un diritto reale in Italia trova espressione, si apure con diversi presupposti, tanto nelle azione inibitorie, od in quelle reipersecutorie, entrambe di cognizione, quanto nella tutela atípica. L’elemento, che permette di unificare questi diversi strumenti di tutela, consiste nel raggiungimento del risultato ultimo, cioè nella effettiva attuazione di una piena tutela*”. Chianale, Angelo. *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*. Milano. Giuffrè ed, 1993, pp. 43 y ss.

[17] Al respecto, el profesor brasilero Marinoni explica lo siguiente: “*Lo que realmente importa destacar es la circunstancia de que, si las tutelas prometidas por el derecho substancial tienen diversas formas, la acción, para poder permitir la efectiva obtención de cada una de ellas, tendrá que correlacionarse con técnicas procesales adecuadas a las diferentes situaciones sustanciales carentes de protección jurisdiccional. Es por ello que el derecho de acción exige la estructuración de técnicas procesales idóneas, incluidas la técnica anticipatoria, las sentencias y los medios ejecutivos*”. Marinoni, Luiz Guilherme. *El derecho fundamental de acción en la Constitución Brasileña*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 123. Septiembre-diciembre 2008, pp. 1383 y ss.

[18] A nivel de derecho comparado, por ejemplo, en Colombia, existe el debate en torno a la congestión judicial frente a la celeridad del arbitraje en controversias relativas a asuntos contractuales del Estado. Véase: León Gil, Mónica Alejandra. *Arbitraje de actos administrativos contractuales*. Universidad de Externado. Colombia, 2018, pp. 104 y ss.

La referida autora es de la opinión de favorecer el arbitraje en las controversias con el Estado y sacar provecho de las potencialidades de este mecanismo. De lo contrario, afirma: “*A quienes son parte del conflicto: 1) se les lesiona su seguridad jurídica; 2) se les desconoce el principio de economía procesal, ya que se verán envueltas en multiplicidad de procesos, y/o en mayor desgaste judicial, lo que, en últimas, podría generar afectaciones a la tutela judicial efectiva; y, finalmente, 3) se verán obligadas a asumir costos económicos superiores a los previstos, como consecuencia de la imposibilidad de que el árbitro resuelva todos los puntos de la diferencia, con un tema adicional, y es el de que ello podría conllevar la paralización de la actividad económica de los sujetos parte de la controversia*”.

[19] A este propósito, el profesor Peyrano, apunta lo siguiente: *“Forman amplia mayoría las opiniones que interpretan que no resulta menester la existencia de dolo o culpa en el destinatario de una acción preventiva para que ésta pueda prosperar. Junto con otros motivos, se hace valer que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura. Marinoni, concordemente, sostiene: <<Con todo, comprendido el ilícito como acto contrario al derecho, no hay razón para exigir el elemento subjetivo para su configuración. Tratándose de la tutela inhibitoria, forma de tutela jurisdiccional que nada tiene que ver con el daño sino apenas con la probabilidad de la práctica de un ilícito, no hay razón para pensar en la culpa. La culpa es un criterio para la imputación de la sanción por el daño, siendo totalmente descartable cuando se piensa en impedir la práctica, la continuación o repetición de un acto contrario a Derecho>>”*. Peyrano, Jorge W. La acción preventiva. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2003, pp. 67 y ss.

[20] Al respecto, el profesor Monroy Gálvez reflexiona en el siguiente sentido: *“Es bueno recordar que cuando entró en vigencia el CPC no había existido previamente en sede nacional un desarrollo normativo integral del tema cautelar. Las medidas cautelares se encontraban esparcidas en distintos dispositivos legales con otro nombre y sin una sistemática que las comprendiera como un conjunto. Esta situación, por lo demás, no es excepcional, simplemente es una manifestación de la ausencia de la etapa sistemática en los estudios procesales en el país. Tal vez ahora no parezca tan grave, pero en 1993 empezamos, intempestivamente, a contar con una regulación normativa sustentada básicamente en la etapa sistemática de los estudios procesales sin que las universidades u otros centros de formación jurídica se hubieran percatado y mucho menos preparado a sus usuarios para ello. Lo expresado implicó una aventura y, como tal, ha tenido luces y sombras. Puestos en la perspectiva de realizar una rendición de cuentas sobre el tema en concreto, una de las sombras ha sido, indudablemente, la ausencia de una formación jusfilosófica y dogmática en materia cautelar, la cual ha impedido a los usuarios -específicamente jueces y abogados- advertir que incorporar la materia cautelar en sede nacional -luego de permanecer en las cavernas del procedimiento español del siglo XIX- era más o menos equivalente a haber estado realizando operaciones quirúrgicas con un tumo y pasar bruscamente a hacerlo con un bisturí láser”*. Monroy Gálvez, Juan. *Reformas al Código Procesal Civil peruano en materia cautelar*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Año XIII. No. 13. Lima: Communitas, 2009, pp. 386-387.

Juan Manuel Loza



Juan Manuel Loza es abogado por la Universidad de Lima y centra su práctica profesional en el área de Arbitrajes y Derecho de la Construcción. Asimismo, es parte de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción.