

LA MEDIDA CAUTELAR GENERICA EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL

Fernando César Grados Flores

Alumno de Pre Grado de la Facultad de Derecho UNMSM.

SUMARIO: *Introducción.- Concepto.- Naturaleza de las Medidas Cautelares Genéricas. Objetos de las Medidas Cautelares Genéricas.- Ámbito de las Medidas Cautelares.- Características: Clasificaciones.- Efectos de la Medida Preventiva en Relación al Solicitante.- Medias Cautelares en el Derecho Comparado.- La Medida Cautelar Genérica.- En la Doctrina: 1.- Necesidad de la medida no simple conveniencia. 2.- Criterios referentes a los presupuestos de las medidas: A.- Fumus boni iuris, situaciones jurídicas cautelares y su acreditamiento. B.- Peligro en la demora: circunstancia que hacen necesarias las medidas; C.- Fianza. En la Doctrina. En la legislación nacional 1. Dispositivo pertinente. Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad, se podrá observar que los hombres normalmente respetan las normas de conducta que las normas jurídicas establecen; no obstante ello, sucede que en ocasiones los hombres incumplen las reglas de conducta contenidas en las normas, debiéndose imponer las sanciones que éstas establecen.

El medio por excelencia a través del cual se obtiene la aplicación no voluntaria de una sanción es el proceso jurisdiccional.

Este proceso, como toda actividad humana, requiere para su desarrollo, de un cierto tiempo, y ese lapso que media entre el planteo al Tribunal y su efectiva satisfacción es fuente de inconvenientes que afectan la efectividad de la norma jurídica cuya aplicación se persigue.

Se plantean dos problemas, el primero de ellos se refiere a que existe una dilación suplementaria en el cumplimiento de la norma y por otro el que se refiere a que el tiempo puede cambiar las circunstancias y con ello hacer imposible la efectividad de la sentencia.

Al primer punto, el Derecho Procesal le intenta hallar remedio a través de procesos sumarios, y al segundo punto, regulando la posibilidad del dictado de medidas cautelares a través de Procesos Cautelares.

En el Código Procesal Civil se habla sobre el Proceso Cautelar (Art. 629) para garantizar el cumplimiento de la resolución definitiva del Tribunal a través de medidas cautelares no previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCEPTO.

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo no previsto en la ley. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho y se asegure el cumplimiento adecuado de la decisión definitiva.

NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS.

Las providencias cautelares genéricas se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial no prevista en el ordenamiento jurídico, al servicio del cual se dicta. CALAMANDREI en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*¹, que hoy por hoy es la sistematización más completa y

¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de la Providencia Cautelar*. Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1945.

más profunda sobre la materia, va analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el Juez a lo largo del proceso.

No estriba ese criterio -expresa- en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez. El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "declarativo-ejecutiva" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertium genus* frente a los otros tipos de tutela jurídica.

La característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad. Instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal. La providencia-instrumento interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsecuente. Y por eso el concepto denota dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo. El concepto de instrumentalidad de CALAMANDREI puede definirse en esta escueta frase: ayuda de precaución anticipada y provisional.

La instrumentalidad es hipotética porque sólo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea en favor del que ampara la medida cautelar; y es hipotética también en la hipótesis que se dé el juicio principal futuro. En este caso podemos decir que la instrumentalidad es genérica y eventual. En los autores hispanos hemos hallado vocablos -subsidiariedad, adjetividad, vicariedad-, que al igual que el término instrumentalidad, significan aproximadamente su esencia o criterio diferenciador.

Son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS.

Para la Doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva (Carnelutti).

Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación.

Para Couture, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia².

Guasp Afirma que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial, las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces³.

ÁMBITO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Aun cuando es prácticamente imposible delimitar en este estudio las fronteras del ámbito de las providencias cautelares, porque ello supone solucionar casuísticamente cada uno de los tipos legales en su carácter cautelar, creemos que es conveniente abordar este tema aunque sea muy parcialmente para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y vislumbrar su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal. Vamos a plantearnos una serie de figuras legales que en principio parecen tener relación directa con el concepto de medida cautelar, estableciendo, del análisis de las mismas, si efectivamente están comprendidas dentro de su naturaleza jurídica, o por el contrario, pertenecen a una función jurisdiccional distinta.

Como hemos dicho anteriormente al hablar de la naturaleza jurídica, CALAMANDREI ha demostrado la independencia de su esencia de los efectos indistintamente

² COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, EDIAR S.A., 1950.

³ GUASP, Jaime. Estudios Jurídicos. Madrid, Civitas, 1996.

cognoscitivos o ejecutivos de sus actos; por lo tanto no es el criterio sustancial el diferenciador de su peculiar autonomía procesal, sino por el contrario, el fin al cual están preordenadas. Resulta necesario ratificar, su autonomía respecto a los procesos ejecutivo y declarativo, y la enseñanza chiovendiana de que la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación (función cautelar) y ejecución.

CARACTERÍSTICAS:

Además de la característica esencial de las medidas cautelares (la instrumentalidad) que constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos característicos que contribuyen aún más a su definición y a obtener un concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, de la que arriba hemos hablado, se convierte en el verdadero *quid lógico* de las medidas cautelares; no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, son propiedades de la medida cautelar que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.

La doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son y cuáles las denominaciones de las características propias a las medidas cautelares. Hemos concatenado su enumeración en la doctrina estudiada, para encontrar el vocabulario uniforme y correcto.

Provisoria: Cuando decíamos que las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior precava un peligro estábamos abordando el aspecto de su provisoriedad. El aguardar la realización de un acto procesal posterior (entendiendo que el término aguardar comprende una espera no permanente) se significa con esta voz. La provisoriedad de las providencias cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera, es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

Por otra parte, CALAMANDREI ha aclarado, la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es erróneo el vocablo temporalidad para significar lo provisorio.

Judicialidad: Judicialidad en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia. Los términos jurisdiccionalidad y juridicidad que respectivamente se utilizan para designar esta característica, nos parecen incorrectos: el primero porque siendo muy equivoco denota más fuertemente la facultad de "decir" el derecho, y el otro porque se refiere a un concepto más amplio, el concepto de Derecho. Igualmente tienen carácter judicial, procesal o adjetivo, porque no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable.

Variabilidad: Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula rebus sic stantibus, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres casos: a) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella; o bien, porque al desestimar la pretensión del actor declara la innecesariedad de asegurar un derecho inexistente;

b) Cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el procedimiento de medidas preventivas típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información del derecho primitivo que la acordó, independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal; c) al ser revocada por el juez que admite la medida de contracautela .

Urgencia: La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es pródigamente suplida por las medidas cautelares. Ellas representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. La causa impulsiva de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado en la inobjetable ecuanimidad que

deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte.

El daño que se persigue evitar en la cautela preventiva definitiva, por ejemplo, puede adoptar diferentes formas y halla su origen en la misma parte demandada, en tanto que el daño en las providencias cautelares (provisionales), se concreta siempre en el retardo de la satisfacción definitiva del derecho sustancial.

Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución aquí debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámites. Esta forma de evitar retardos y trabas que hacen nugatorios sus efectos, consisten a mi modo de ver en los mismos medios de precaución que contempla el procedimiento penal sumario hasta la detención efectiva del indiciado, sea, en la celeridad y secreto. Sin embargo, en el procedimiento de nuestras medidas preventivas sólo existe la celeridad, que se ha logrado perfectamente mediante la suspensión provisional del principio⁴.

CLASIFICACIONES.

COUTURE las clasifica en seis tipos: a) nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas pre-constituidas; b) medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad o sociedad; c) medidas de tutela de la propiedad o del crédito: probada prima facie la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando -según dice- no exista riesgo (*periculum in mora*), como consecuencia del derecho real o de crédito; da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción; d) medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento.

Su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia; -c) medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica

⁴ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas Cautelares. Buenos Aires, Universidad, 1999.

la modificación: no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva; f) medidas de contracautela: ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no (a diferencia de las restantes según su opinión) del acreedor; este concepto no encuadra dentro de nuestro ordenamiento procesal porque las medidas de contracautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

Esta clasificación tiene significativa importancia práctica para los efectos de realizar una sistematización legislativa. La clasificación de CALAMANDREI, que a continuación veremos, tiene, por el contrario, una significación doctrinaria, en la medida que se refiere a los medios que se utilizan para la cautela (nudo conocimiento, decisión y ejecución).

La clasificación que hace CALAMANDREI en su citada obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, que, a más de lo dicho también es finalista como necesariamente ha de ser toda clasificación de las medidas cautelares, comprende cuatro grupos que encierran en mayor o menor medida los citados anteriormente. El autor hace hincapié en ratificar en cada uno de ellos la relación de instrumentalidad hipotética o genérica que presentan con la providencia principal.

Explicuemos cada uno de ellos a nuestro modo de ver.

- a) El primer grupo es el de las "providencias instructorias anticipadas", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias anticipadas se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente. Este es el grupo que admitiese en todas las divisiones traídas a colación. Así por ejemplo, los casos de justificativo para perpetua memoria y el reconocimiento judicial pre-constituido, presentan las dos notas características: preservación de una prueba y relación directa al juicio de conocimiento.

Pero el ejemplo más conspicuo de este tipo de medidas viene a ser en nuestro ordenamiento jurídico la evacuación anticipada de una prueba "cuando haya temor de que desaparezcan algunos medios de defensa del demandante" (art. 675 CPC), cuyo diligenciamiento debe hacerse con las garantías del contradictorio mediante la citación previa de la parte contra quien se va a hacer valer esa prueba en el futuro juicio.

- b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son nuestras medidas preventivas. Sabemos que el juicio ordinario, en el sentido legal o lato de la palabra, tiene su comienzo en la demanda admitida y su final en el remate con la respectiva adjudicación y satisfacción plena.

Dentro de él separamos dos fases completamente diferentes:

La de conocimiento y la de ejecución que comienza a partir de la sentencia definitivamente firme. Pues bien, las providencias instructorias anticipadas del primer grupo aseguran la eficacia de la fase de conocimiento; en cambio, estas otras aseguran la eficacia de la fase ejecutiva. Permiten, respectivamente, que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido.

- c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

Un ejemplo lo hallamos en los interdictos de amparo, restitutorio y prohibitivos, en cuanto al decreto primero, provisional. Su mayor peculiaridad consiste en que satisface provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, cosa que no sucede en los otros tipos de medidas cautelares. La diferencia entre las providencias cautelares de este tercer grupo y la tutela cautelar definitiva de que hablamos anteriormente, consiste en la relación de instrumentalidad, o concretamente en la provisoriedad. Ambas son satisfactivas de la relación jurídico-material, sólo que las primeras nunca pueden aspirar a convertirse en definitivas.

- d) Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Ejemplos son las dos medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas para decretarlas (contracautela) o para neutralizarlas (cautela sustituyente).

EFFECTOS DE LA MEDIDA PREVENTIVA EN RELACIÓN AL SOLICITANTE.

Decíamos anteriormente que las medidas preventivas tienen por igual el efecto de suspender el derecho a disponer la cosa, y que incluso el embargo suspendía los tres

atributos del derecho de propiedad, aun cuando no significaba que quitara el derecho de propiedad, al sujeto pasivo. Pero, cabe preguntarnos ahora ¿qué efectos produce en cuanto al solicitante de la medida? En virtud del ejercicio de la providencia cautelar, de haber acogido el juez la solicitud de medida y haberla decretado y ejecutado, previo un suscinto juicio de apreciación, se entabla una relación entre el solicitante de la medida y los bienes que han quedado circunscritos con la ejecución, de tal manera que la situación jurídica del solicitante no es indiferente para con esos bienes.

Esta es una relación con un contenido concretamente finalista, como lo es el contenido de toda tutela cautelar, porque el propósito de pagarse el sujeto con los bienes o rescatar la cosa, y el fin a que ellos están preordenados de solventar su pretensión, coinciden desde el inicio y se actualizan simultáneamente en la futura ejecución, siempre con la intermediación del juez.

Y esto deviene del derecho subjetivo del sujeto a accionar la tutela jurídica preventiva del Estado, acorde con la función conservativa de la actividad procesal, y basada en el reconocimiento explícito que da la ley a la función cautelar. Por lo tanto, la ejecución de una medida preventiva, ya de por sí supone la plena y absoluta satisfacción del derecho preventivo del interesado; se le ha satisfecho su interés de asegurar una determinada situación, independientemente de la futura y eventual satisfacción efectiva de su derecho material. La tutela preventiva no supone el uso, disfrute, disposición o posesión de los bienes, sino tan sólo la afección exclusiva de esos bienes al pago futuro, que de por sí es una prerrogativa única para el solicitante, de la que no gozan los otros acreedores del deudor. Dichos bienes dejan de ser la prenda común de los acreedores, para convertirse en la prenda específica del acreedor-prevenido⁵.

En base a lo dicho podemos observar que existe una gran similitud, aunque no plena identidad, entre los efectos de la prenda, y el derecho que tiene el ejecutante sobre las cosas embargadas preventivamente. La pignoración mobiliaria (prenda) y la pignoración inmobiliaria (anticresis) producen también un derecho de preferencia sobre los bienes gravados al afectarlos a la satisfacción del acreedor pignoraticio. La prenda sin desplazamiento es similar en sus efectos a la prohibición de enajenar y gravar, y la prenda con desplazamiento al embargo y secuestro. Desde luego que existen diferencias entrabas figuras: la prenda, como se sabe, es una garantía convencional, en tanto que la medida preventiva es una "garantía" (garantía jurisdiccional cautelar) que nace judicialmente y en virtud de la ley; el contrato de prenda no prevé sustitución unilateral

⁵ RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*. Lima, Rhodas, 2000.

del objeto por otro y la medida preventiva sí prevé el procedimiento para neutralizar sus efectos; pero estas diferencias son meramente circunstanciales y no afectan a mi modo de ver, la similitud esencial que antes hemos hecho notar.

Obsérvese además' que el contrato de prenda y la medida preventiva son accesorios a una deuda o acreencia principal, la cual dan por ciertas para que puedan permanecer a través del tiempo sus propios efectos. Cuando CALAMANDREI habla de los derechos cautelares, hace notar la similitud que existe entre las medidas cautelares y esos derechos, y así expresa que ambos contienen por igual una relación de instrumentalidad hacia un futuro juicio, con el fin de asegurar el pago de la acreencia; el contrato de prenda sería un caso típico de derecho cautelar. Y expresa que el 'secuestro' y la pignoración se diferencian en lo que ocurre antes: en virtud de la pignoración, ya antes de ella ha nacido el título ejecutivo, en cambio, en virtud del secuestro, ha de nacer todavía en un momento posterior.

Todo esto nos permite afirmar que, a pesar de que el derecho de preferencia del ejecutante en prevención no es una prenda en todo su sentido legal, se asemeja a ella en sus rasgos esenciales, hasta el punto que llega a constituir una prenda *sui generis*, que podríamos denominar prenda judicial (el calificativo judicial para significar el origen de donde nace o en virtud de qué nace), surtiendo los mismos efectos de la acreencia prendaria: le confiere el derecho al interesado de hacerse pagar con preferencia a cualquier otro crédito.

La ejecución de la medida preventiva produce adicionalmente el efecto de interrumpir la prescripción del crédito cuya cautela se pretende, a tenor. Sin embargo, no produce la interrupción del lapso trienal de perención de la instancia, puesto que no comporta la intención de activar la continuación del proceso principal hacia su finalización.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.

El Derecho comparado latinoamericano comprende ciertas medidas cautelares no previstas en nuestra legislación, al menos de un modo general. Estas medidas son la anotación de la litis, la inhibición general de bienes y la prohibición de innovar.

La primera de ellas está prevista en el art. 229 del Código Procesal de la Nación (Argentina) en los siguientes términos: "Procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya

sido cumplida". Dicha medida tiene por objeto "hacer constar en el Registro la existencia de una causa que ha dado origen al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción de una titularidad o acto inscrito anteriormente; de ahí que se califique a ésta de anotación de publicidad.

Todo gravamen, carga, todo cambio de la cosa inscrita debe ser reflejada en el Registro a fin de que los posibles adquirentes conozcan el estado de la cosa inscrita", según se ve, de los efectos que asigna a la demanda registrada de separación de bienes también prevé la anotación de la litis en los casos que se ejerzan las acciones pauliana, de simulación, rescisión, revocación de donación y resolución de permuta, ordenando el registro de la demanda a los efectos establecidos por la Ley. Pero ello no obsta para que el interesado haga inscribir su demanda a los mismos efectos en el caso de otras acciones no previstas en la mencionada disposición legal⁶.

LA MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA

En la doctrina

1. Necesidad de la medida no simple conveniencia:

María Pía Calderón Cuadrado, refiriéndose a la medida cautelar, señala que la mayoría de los ordenamientos jurídicos próximos al español, recogen como condición para su concesión, la presencia del requisito de necesidad, que se vertió sometido a una, "... por lo demás evidente, limitación legal: sea cual sea la medida a adoptar ésta ha de ser necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia".

Por necesario suele entenderse, en términos generales, aquello que hace falta indispensablemente para conseguir un fin. Su inclusión en el precepto caracterizando la medida exigirá, por tanto, del órgano jurisdiccional una comprobación previa de la existencia de esa necesidad, y no simple conveniencia, de tutela cautelar así como de su eslabón con el requisito insoslayable del aseguramiento de la efectividad de la sentencia.

Ortells, en su obra "Sobre las medidas cautelares", indica que la expresión legal "desarrolla en el precepto una doble función: por un lado, es el concepto jurídico indeterminado

⁶ RAMOS ROMEU, Francisco. Las Medidas cautelares Civiles. Barcelona, Atelier, 2006.

nado que autoriza y delimita la especificación de las medidas adoptables y de los "pericula" relevantes para cada una de ellas; por otro lado, subordina la adopción de tales medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias que las hacen necesarias". Si bien el legislador generalmente goza de discrecionalidad judicial, deben tomarse en consideración algunas circunstancias para establecer el criterio para la configuración de la medida cautelar. Uno de los aspectos importantes es el de "la necesidad", que implica que la cautela solicitada no podría concederse sin más, sino en tanto en cuanto existiera una necesidad de aseguramiento y en la medida de esa necesidad.

La necesidad como criterio delimitador de la medida cautelar, precisa una actividad compleja del órgano jurisdiccional. Siendo el primer paso referirse, aunque sea brevemente, al *periculum in mora*. Así, necesidad sería equivalente a la existencia de un peligro que se persigue evitar a través de la adopción de la medida cautelar. Teniendo en cuenta, sin embargo, que este requisito se va a concretar en un doble nivel: como necesidad de lida cautelar en general -cuando existe *periculum in mora*- y como necesidad del aseguramiento solicitado en cuanto forma de atajar ese específico peligro alegado. En este sentido se trataría de un presupuesto Previo a la propia delimitación de la medida, sin peligro se desestimaría la solicitud precisamente por falta de fundamento, pero, a su vez, la cautela a adoptar dependerá del riesgo Concreto que se quiere evitar⁷.

Por un lado, pues, se va a exigir una auténtica necesidad. No bastará para que se adopte una medida con la mera conveniencia o utilidad del solicitante. Aunque el interés en la tutela cautelar pueda existir, con independencia del peligro, sólo en base a este último se legitima su concesión en cuanto necesaria pura asegurar la efectividad de la sentencia.

Por otra parte, y partiendo de su existencia, lo que es evidente es que, faltando restricción alguna respecto a los peligros "que la medida cautelar es adecuada para contrarrestar" enlazándola con todas las causas de ineffectividad, se permitirán, siempre dentro de los límites legales, todas aquellas medidas que haciendo frente a las diversas situaciones peligrosas cumplieran el fin al que estaban dirigidas.

Encontramos que la perspectiva de la medida cautelar es doble, medida necesaria se corresponde con medida adecuada y por otro lado, la necesidad debe descubrirse sin olvidarse del sujeto pasivo.

⁷ ANGELES JOVE, María. Las Medidas Cautelares Innomiadas en el Proceso Civil. Barcelona, Bosch, 1995.

Así la necesidad de tutela cautelar no sólo se proyecta sobre la existencia del peligro, sino que en virtud de la instrumentalidad, que existe o debe existir en toda medida de esta naturaleza, su contenido debe adecuarse a la concreta pretensión que se trata de garantizar. Los efectos de la medida no podrán, pues, ser cualquiera de los permitidos, sino únicamente aquellos que, atajando el peligro alegado, sirvan para garantizar la efectividad de "la sentencia que en el proceso principal recaerá".

Quizá sean los italianos quienes más se han preocupado por esta idea. El art. 700 del CPC respecto a la idoneidad de la medida, preside la mayor parte de las obras consultadas. En este sentido, Proto Pisani señala que la resolución cautelar podrá tener contenido conservativo o anticipatorio, pero su concreta determinación encuentra un límite en la idoneidad para asegurar, según las circunstancias, provisionalmente los efectos de la decisión principal. Ello significa, que en la individualización de tal contenido el Juez no está vinculado a respetar ni los modelos de la medida cautelar típica ni los modelos de sentencia principal, lo que no podrá hacer es crear instrumentos y efectos de tu tela judicial, no sólo diversos, sino también formalmente autónomos respecto al contenido de la futura decisión principal.

La medida cautelar pues, en cuanto necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial prestada en un determinado proceso, encuentra un límite a su adecuación, su idoneidad a los fines de garantía de la concreta pretensión deducida. La instrumentalidad así lo exige. Caso contrario, los efectos solicitados no serán adoptados o, tratándose de concesiones ante causari la cautela deberá ser revocada, por tanto, el hecho de que la medida sea distinta a las especificaciones previstas por la legislación, es indiferente si cumple el fin que busca satisfacer.

2. Criterios referentes a los presupuestos de las medidas:

A. Fumus boni iuris, situaciones jurídico cautelables y su acreditamiento.

1. Situación jurídico cautelable: Aquí es necesario hacer una doble referencia: la situación jurídico cautelable y su acreditamiento.

En España, la norma ha exceptuado de cautela, los procesos cuya pretensión verse sobre créditos de una suma de dinero u otra cosa fungible, limitación que deriva de la literalidad del precepto.

En otros países, la interpretación sistemática ha conducido a admitir la utilización de medidas cautelares innominadas o atípicas respecto a este tipo de pretensiones,

bien porque a pesar de tratarse de obligaciones pecuniarias se intentaba hacer frente a peligros diversos de los establecidos en la cautela típica correspondiente, bien porque no se pretendiera conseguir efectos distintos a los contenidos en la medida específica⁸.

II. **Acreditamiento:** La existencia del derecho que hay que asegurar no tiene porque ser completamente probada para acceder a la tutela cautelar, es suficiente para cumplir la función encomendada con una apariencia de derecho.

Guasp señala que la idea esencial que caracteriza a esta clase de procesos, es la de intentar que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial todavía no obtenida. Para lograrlo, se parte del hecho que una cognición total y plena que lleve al convencimiento cierto del juzgador sobre el derecho alegado dificultaría, más bien, impediría que la medida cautelar, sea cual sea, desarrolle su función. Para Calainandrei la cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia del derecho. El solicitante, por tanto debe justificar su derecho no en términos de certeza sino de verosimilitud. No basta la mera afirmación pero tampoco se exige o debería exigirse un título ejecutivo.

Si bien la apariencia se sitúa entre la incertidumbre y la certeza, es, a su vez, susceptible de graduación siendo más o menos intensa en función de la medida cautelar que se solicite. Esta graduación, no sólo es útil y conveniente, sino también necesaria.

Si bien las medidas que pueden adoptarse son de una gran variedad, sus efectos también distintos, pueden tener una mayor o menor injerencia en la espera del demandado. En consecuencia, y sin perjuicio de que los otros presupuestos puedan funcionar como correctores de este *fumus* debemos entender que a mayor gravedad de la cautela más cerca debe estar la apariencia de la certeza, no siendo exigible tan alta cualificación cuando se trata de efectos meramente aseguratorios.

B. Peligro en la demora: circunstancias que hacen necesarias las medidas:

Si bien en la iniciación de este capítulo ya nos liemos referido a este tema, es necesario recalcar que la tipicidad de la cautela suele corresponderse con una determinación, mayor o menor, implícita o explícita: el "*periculum in mora*".

⁸ Medida Cautelar. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

Así el *periculum in mora*, vendría a ser el genérico de insatisfacción para cuya determinación entrarían en juego tanto consideraciones objetivas como subjetivas, coincidiendo en realidad, con la doble conceptualización que realiza Calamandrei, peligro de infructuosidad y peligro de retraso.

El primero se analiza más claramente del examen de la norma italiana, donde se aprecia que en algunos casos cuando la verificación del hecho dañoso, conduce a que la sentencia no fuera efectiva ni siquiera bajo el común denominador representado por el resarcimiento del daño, ya que no siempre con esa sustitución pecuniaria se reintegran los perjuicios causados. Si estos no son patrimoniales, sino que influyen por largo tiempo sobre la parte, siendo de imposible o difícil valoración. Si aún teniendo un claro contenido patrimonial éste no va a ser capaz de satisfacer al litigante ganador bien por la gran complejidad que supone su valoración, bien por la ya conocida situación de insolvencia del demandado, el peligro de infructuosidad, de insatisfacción, de ineffectividad de la sentencia, también estará presente.

La segunda tipología del *periculum*, peligro en el retraso, responde a la idea de que el simple retraso en conseguir la tutela solicitada puede significar para quien la obtuvo una ineffectividad, incluso total de la sentencia. Aunque en un principio se refirió única y exclusivamente a situaciones básicas de necesidad (alimentos, pensiones), no hay duda de que también en otros casos la sentencia puede no ser útil al demandante (obligaciones con plazo determinado o de cuyo cumplimiento se dependa...), en todas ellas el retraso lleva a la ineffectividad aunque objetivamente pueda cumplirse.

Lógicamente todos estos peligros no se pueden tutelar de idéntica manera. En algunos casos, sobre todo cuando se intenta evitar el peligro de infructuosidad más tradicional, la medida cautelar más adecuada será la simplemente aseguratoria. Sin embargo, tratándose de la otra configuración del *periculum*, el aseguramiento de la efectividad de la sentencia exigirá medidas plenamente satisfactivas, pues serán éstas y no otras las necesarias para cumplir la finalidad pretendida.

La segunda actividad del órgano jurisdiccional, consiste en fijar el temor aducido y su correspondencia o no con esa situación real, no ficticia, de peligro. Si el peligro debe ser entendido como fundada probabilidad de un evento lesivo y no como simple posibilidad de un daño. El juez tendrá que examinar las afirmaciones realizadas en orden a comprobar la existencia de auténtica necesidad de la medida.

Al solicitante le incumbe, la alegación del peligro que habrá de fundarse en hechos actuales anunciadores del daño (o por sí ya constitutivos del mismo), pero también

necesita, si quiere que la medida resulte fundada, acreditarlo. Con estos datos y los que se pudieran derivar del sujeto pasivo, el Juez determina la concurrencia del peligro, previa valoración objetiva pero también discrecional.

C. Fianza:

En la doctrina

Refiriéndose a las medidas cautelares, Calamandrei¹ señalaba "la providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho, sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y así obtener en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar". La solución al respecto, la encontraba por una parte en la prudencia del juez para resolver y, por otra, en el correctivo de la contracautela que, "empleada en el momento oportuno" puede moderar la coacción psicológica, ejercida por una medida cautelar demasiado violenta. Serviría así para restablecer el equilibrio de las partes.

No todos los ordenamientos con templan la contracautela como requisito, pese a que la fianza es presupuesto indudable e ineludible de las medidas cautelares.

Si bien es lógico que la caución sea fijada por el órgano jurisdiccional, no debemos olvidar la finalidad básica de este presupuesto, el garantizar un eventual derecho del demandado a una indemnización por daños y perjuicios cuya evaluación, siempre compleja, no debe dejarse en manos única y exclusivamente del solicitante; también lo es que su prestación debe ser, en todo caso, previa a la entrada en vigor de la medida.

Además, la fianza ha de ser suficiente, adecuada, para hacer frente a esa eventual responsabilidad que puede surgir, de indemnizar unos daños y perjuicios. Y éste es, sin duda, uno de los aspectos más complejos de la caución:

Su cuantificación. Las resoluciones judiciales que la señalan se deben basar en consideraciones objetivas.

En la legislación nacional

1. Dispositivo pertinente

En la legislación procesal civil peruana, es el art. 620, el que hace referencia a la medida cautelar genérica:

"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".

¿Qué finalidad tiene esta disposición? Conforme al análisis anteriormente efectuado, hemos visto que para la efectividad de la medida adoptada, ésta debe ser además de oportuna; adecuada a la naturaleza del derecho cautelado.

El derecho a tutelar puede ser de muy diversa naturaleza y, aunque las normas relativas al proceso cautelar se refieren a medidas a adoptarse sobre bienes, sin embargo, existen algunos que no tienen necesariamente un contenido patrimonial o que teniéndolo, es tal su condición que la fijación de alguna de las medidas tipo previstas en el CPC, podría incidir sobre él motivando su deterioro.

De otra parte, es conveniente recordar que el Juez de la causa es quien apreciará la identificación de la medida solicitada con el bien protegido y se pronunciará definitivamente sobre su procedencia o improcedencia.

Si esta medida fuera evidentemente inusual o peligrosa para la existencia o integridad del bien objeto de ella, será también el Juez de la causa quien determinará el monto o condición de la contracautela requerida.

Por tanto, si la contracautela ha sido establecida en modo o monto suficientes para salvaguardar el derecho del afectado, el juez de la causa no asumirá riesgo alguno al conceder la medida cautelar en la forma solicitada, aún cuando ésta fuere distinta de las medidas tipo previstas en nuestra legislación procesal civil y aún más, o aun cuando fuera inusual.

CONCLUSIONES

Creo que este tema adquiere singular importancia en nuestro país, desde que no existiendo todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia, hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan sólo un efecto ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitadamente cautelar a otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento. Este criterio restringido crea una servidumbre de la función cautelar a la función ejecutiva, remozando la doctrina alemana ya superada que, a la par que creaba esa dependencia, hacía esfuerzos por establecer las numerosas excepciones en que las medidas cautelares no tienen efecto ejecutivo sino declarativo.

Las medidas cautelares son un instrumento para asegurar el cumplimiento del derecho y la eficacia de la justicia

El aumento de las medidas taxadas y de las nuevas medidas que se incorporan a la vida jurídica y la ampliación de las facultades otorgadas al Tribunal para disponer otras medidas que considere idóneas para el fin cautelar, como la de fijar la extensión y tipo de medida, permite la adecuación de la medida a cada caso concreto.

Tanto el derecho civil y el procesal civil necesitan del dictado de estas medidas para garantizar en la vida real, a las partes el cumplimiento efectivo y tangible de la futura sentencia definitiva en caso de que sea reconocido el derecho de quien solicitó esta medida cautelar.

Podríamos decir que de alguna forma es un acercamiento de la justicia a las partes, ya que éstas sienten que aquella está dando resultados por verlos de forma práctica y rápida y debiendo esperar que grandes burocracias hagan ilusorios sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELES JOVE, María. *Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. Barcelona, Bosch, 1995.
- CALAMADREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de la Providencia Cautelar*. Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1945.
- COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, ÉDIAR S.A., 1950.
- GUASP, Jaime. *Estudios Jurídicos*. Madrid, Civitas, 1996.
- MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires, Universidad, 1999.
- Medida Cautelar*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- MONTENEGRO CANNON, Marcela. *La Cautela en el Proceso Civil Peruano*. Lima, Grafica Horizonte, 2000.
- RAMOS ROMEU, Francisco. *Las Medidas cautelares Civiles*. Barcelona, Atelier, 2006.
- RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*. Lima, Rhodas, 2000.