

EL JUEZ NACIONAL Y LA MEDIDA CAUTELAR

JUAN MONROY GALVEZ
Profesor de Derecho Procesal Civil en
la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad de Lima

Propósito

En las siguientes líneas se intentará un tratamiento del tema cautelar desde la perspectiva del juez nacional. Esto significa que se procurará una preferencia por el ejemplo antes que por la definición, por la aplicación antes que por la teoría; en definitiva, por la importancia de la medida cautelar desde la óptica dramática en que desarrolla su actividad la judicatura nacional, antes que por las condiciones en que es utilizada en otras latitudes o lo que la doctrina tiene expresado al respecto.

Situación del tema cautelar en el Perú

El primer rasgo singular del tema cautelar en el Perú es su absoluto abandono en materia legislativa. Tratándose de un país en donde la tesis reduccionista —considerar que el Derecho sólo es la norma escrita—, se encuentra profundamente enraizada, la ausencia de un tratamiento sistemático aún cuando fuese elemental del tema cautelar, resulta determinante.

Otro rasgo lo aporta un ordenamiento procedimental civil

absolutamente desfasado de la realidad —al punto de tener 178 años de vigencia!—, que sin embargo debe servir para tramitar algunas pretensiones recogidas en el Código Civil de 1984, Ley de Sociedades o cualquier otra ley relativamente reciente, en donde el legislador ha considerado pertinente conceder la posibilidad de solicitar una medida cautelar.

Asimismo, otro rasgo del tema cautelar en el Perú es que, siendo el tema una área de la actividad judicial en donde se privilegia la discrecionalidad del juez, tal situación es contradictoria con las posibilidades reales de actuación del juez nacional. Hoy día se reitera y destaca la antigua tesis que el juez es un "aplicador de la ley". Con este absurdo criterio, las posibilidades de conseguir una decisión cautelar correspondiente con los requerimientos del conflicto y con la idea de justicia que tiene el juez para el caso concreto, se ven ostensiblemente reducidas.

Finalmente, otro rasgo característico del tema cautelar en el Perú es el casi absoluto descono-

cimiento de los aspectos doctrinarios que rodean el tema; desconocimiento que no sólo abarca a los encargados de proponerla. La consecuencia de este hecho es que a la fecha la obtención, rechazo, revocación o trámite de una medida cautelar, es procesada de la manera más diversa por los jueces y los peticionantes, los que curiosamente varían la fundamentación —en los casos en que la utilizan— para obtener el mismo resultado.

Tal vez el ejemplo citado a continuación, sirva para graficar lo dicho. En el Perú, prácticamente en ningún proceso seguido en la vía ordinaria, los jueces suelen conceder una medida cautelar al inicio de éste, concretamente nos referimos a la más conocida y tal vez la única medida tratada sistemáticamente en el Código de Procedimientos Civiles, el embargo. Las "razones" que se aluden para el rechazo suelen ser uniformes, se dice: *"Tratándose de un juicio ordinario: no ha lugar a lo que se solicita, por ahora"*.

Sin embargo, en cualquier tratado elemental de medida cautelar, se encuentra el criterio uniforme de la doctrina en el sentido que ésta —la medida cautelar— debe ser usada para evitar el peligro que trae consigo la demora en obtenerse la decisión final en los procesos más largos. Por esta razón, suele recomendarse el uso de tal medida en los procesos cuya decisión final e irrevocable es más lenta en conseguirse. En el caso nacional, no queda duda que el procedimiento más largo es el ordinario, en consecuencia, es en él en donde deben concederse de preferencia las medidas cautelares, es decir, de manera absolutamente contraria a lo que ocurre en el Perú.

Una definición operativa de medida cautelar

La medida cautelar es, en prin-

cipio, una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelanten algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes durante la interposición de la demanda, no sean modificadas.

a) Es una institución procesal porque su existencia sólo se presenta al interior de un proceso; es a partir de una decisión judicial desde cuando adquiere existencia y eficacia una medida cautelar.

b) Sólo se origina a partir de una decisión judicial, sin embargo, esta decisión no puede ser expedida *de oficio*, es indispensable el pedido (la pretensión) de una de las partes involucradas en el proceso.

c) La orden judicial contenida en una medida cautelar está destinada a asegurar que el fallo definitivo se cumpla.

d) Para este propósito, la orden judicial puede consistir en autorizarle a alguien realice algo o prohibir a otro continúe con lo que viene haciendo.

Objetivos de la medida cautelar

El fin de toda medida cautelar, luego de lo expresado, puede ser reducido a dos:

—Desde un punto de vista concreto, la medida cautelar pretende asegurar el cumplimiento o eficacia de la decisión judicial última y definitiva a recaer en un proceso.

—Al conseguir que el fallo final se ejecute, la medida cautelar convierte en socialmente eficaz la función jurisdiccional,

asegurando el logro de su real objetivo: la paz social en justicia. Este es su fin abstracto.

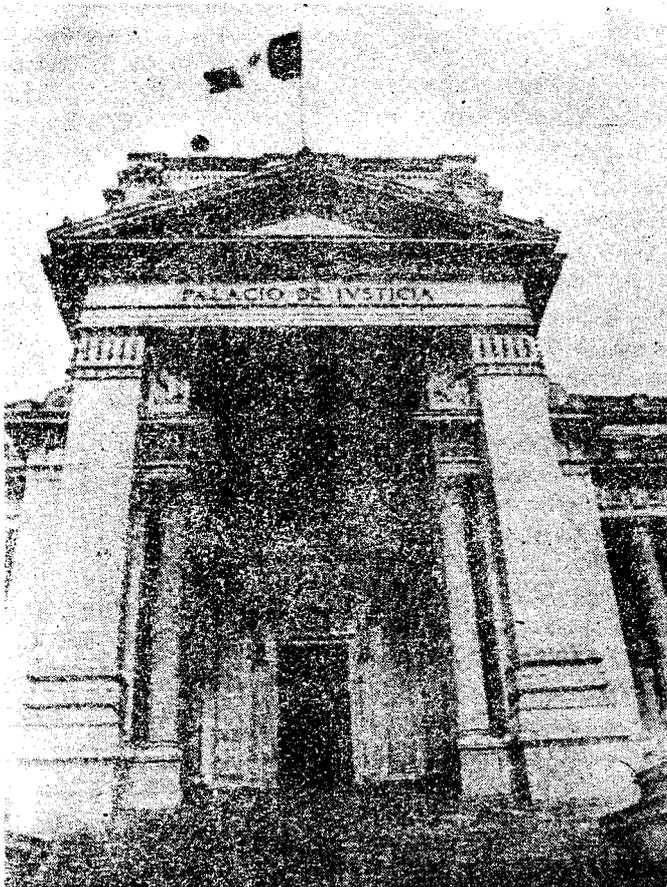
Requisitos para que el juez conceda una medida cautelar

Es importante distinguir los *requisitos* de las *características* de la medida cautelar, a efectos de considerar a los primeros como presupuestos para la obtención de una medida cautelar y, los segundos, simplemente como rasgos que perfilan la institución.

El que los requisitos constituyen presupuestos, significa que los jueces deben atender a su presencia para conceder o no una medida cautelar. La doctrina suele presentar de manera uniforme tres requisitos para la obtención de una medida cautelar; describamos brevemente cada uno desde la perspectiva de cómo deberían ser evaluados por el juez nacional.

a) Lo verosímil es aquello que parece que es, es decir, lo que guarda apariencia de ser algo, sin que necesariamente afirmemos que es aquello que parece. Cuando se pide una medida cautelar, el juez debe esperar del peticionante que éste lo persuada que aquello que pretende en su demanda va a ser aceptado por el juez al final del proceso. La persuasión no tiene que ser definitiva, si así fuera, el juez debería sentenciar tan sólo al recibir la demanda y la medida cautelar; como no es así, la medida debe ser provisional y permitir al juez considerar la posibilidad que la demanda va a ser amparada al final del proceso, por lo que resulta pertinente asegurar el cumplimiento del fallo.

Por eso, el juez debe conceder una medida cautelar, sólo cuando el peticionante le presente una *apariencia de derecho* que lo persuada de un futuro resultado favorable. Este requisito —*la apariencia de derecho*— puede estar



contenido en un instrumento público, un instrumento privado o de pronto, en la contundencia con que están descritos los hechos que sustentan la pretensión en la demanda. En cualquier caso, se trata de un requisito cuya evaluación no es posible normarla, sólo está sometida a la decisión del juzgador que, para no ser arbitraria, deberá estar expresada en la resolución cautelar o en la denegatoria.

Grafiquemos con un ejemplo el requisito de la *apariencia de derecho*. Un estudiante universitario mayor de edad, inicia un proceso de alimentos a su padre. La pretensión es que se le fije una pensión alimenticia mientras realiza sus estudios. Al iniciar el proceso y atendiendo a que la norma procesal pertinente lo permite expresamente, el actor solicita se le conceda una asignación alimenticia provisional (*típica medida cautelar*), ¿el juez debe concederla o no?

La respuesta —desde la perspectiva de la *apariencia de derecho*— sería que depende de como el peticionante ha acreditado su relación con el emplazado, su calidad de estudiante y si ésta es desarrollada exitosamente (Art. 483o. del Código Civil, *in fine*). Como se advierte, la *apariencia de derecho* es algo más que una petición impaciente, debe ser razonable y fundamentada, incluso consideramos que esta apariencia debería ser probada.

Para concluir con el ejemplo, el estudiante estará apto para conseguir una medida cautelar *anticipatoria sobre el fondo*, si acredita ser hijo del emplazado y un certificado expedido por la universidad donde estudia con el detalle de sus últimas evaluaciones. Nos parece que así habrá cumplido con este requisito de la *apariencia de derecho*, también conocido con el nombre

de *fumus boni juris* (humo de buen derecho en una traducción literal).

b) El juez no debe conceder una medida cautelar sólo porque el peticionante lo ha persuadido que “tiene la razón”, que es un poco lo que expresa la *apariencia de derecho* antes citada, debe exigir algo más. El juez debe encontrar en el pedido la necesidad de que se conceda la medida mientras se tramita el proceso, porque si se espera su conclusión ya la situación material habrá cambiado tanto y el daño producido al peticionante durante el tiempo de la tramitación le habrá generado un severo perjuicio.

Es decir, el juez debe evaluar si el tiempo que transcurra entre el inicio y la conclusión del proceso va a generarle daño al peticionante. Si así lo considera, deberá conceder la medida, de lo contrario, deberá rechazarla. Este requisito recibe el nombre de *perigo en la demora*.

Vayamos al ejemplo. Una persona demanda la reivindicación de un vehículo utilizado para el servicio de transporte. Acompaña a su demanda documentos que prueban la *apariencia de derecho*. En su escrito conteniendo la petición cautelar, el demandante afirma que a la fecha el vehículo viene siendo usado por el demandado por lo que pide se *embargue en depósito* (1) el vehículo hasta la conclusión del proceso.

El juez —al margen de haber analizado la *apariencia de derecho*— deberá apreciar si tres años de uso constante de un vehículo de transporte público, determinarán que éste, al final del proceso, se encuentre en estado calamitoso o algo parecido. Si el juez considera que las posibilidades de amparo de la pretensión del actor son considerables y que el

uso del vehículo durante la duración del proceso ordinario serían fatales para el actor, se habrán cumplido dos de los requisitos para conceder una medida cautelar.

c) Sin embargo, los dos requisitos antes descritos no son suficientes para la concesión por parte del juez de una medida cautelar, es necesario aún acreditar otro requisito.

Cuando se pide una medida cautelar, se solicita al juez conceda una decisión favorable y anticipada, a fin de asegurar se pueda ejecutar la decisión final. La ejecución de la medida cautelar implica la realización de un acto que afecta a la otra parte, sobre la base de una presunción favorable a quien la pide, generada en el juez. Sin embargo, nada obsta que este “adelanto” en la opinión del juez sea errado.

Si así fuera, la ejecución de la medida cautelar habría producido un perjuicio serio en quien la sufrió *sin razón alguna*. Si así ocurriera, no cabe duda que el causante del daño no sería otro que el peticionante de la medida —quien indujo al juez a concederla—, por tanto, debe ser también quien resarsa el perjuicio cometido.

¿Y cómo asegurar que el peticionante —al final del proceso que perdió— pueda satisfacer al vencedor que sufrió la ejecución de la medida cautelar?. La única manera es solicitarle —al momento en que pide la medida— alguna garantía que asegure el pago futuro de los perjuicios. Este requisito de garantizar el resarci-

(1) A diferencia de lo que entendemos en el Perú por embargo en forma de depósito, éste consiste en la consignación judicial del bien embargado, el que queda a disposición del órgano jurisdiccional. Lo que en el Perú se denomina embargo en forma de depósito, la doctrina lo denomina *secuestro*, el que a su vez puede ser judicial o conservativo.

miento del daño que produzca la ejecución de la medida en caso no se ampare al final del proceso su pretensión, recibe el nombre de **contracautela**.

La naturaleza de la **contracautela** es variable, no sólo depende de la clase de medida cautelar que se pida y conceda, sino fundamentalmente de las posibilidades de quien la otorga. Por eso la aceptación de **contracautela** y de su contenido, depende del juez, éste puede considerar suficiente la que propone el peticionante o, de lo contrario, solicitarle una distinta. Incluso la dimensión patrimonial de la **contracautela** depende del criterio del juez que, a su vez, estará influenciado por el contenido de la medida, el tipo de pretensión, las posibilidades del solicitante, entre otras variables. Así por ejemplo, si la medida es solicitada por una entidad financiera, la **contracautela** será distinta a la que exija para un empleado en un proceso laboral, aunque los montos en disputa sean los mismos.

Veamos la **contracautela** a través de dos ejemplos ya utilizados anteriormente. En el caso de los litigantes que disputan la propiedad de un vehículo de transporte y uno de ellos solicita el depósito judicial de éste, nos parece que el juez, en atención a que el reclamo sobre la propiedad de un medio de transporte califica inicialmente al reclamante como una persona de fortuna, puede solicitarle una fianza bancaria o comercial.

En el caso del estudiante universitario que reclama alimentos a su padre para continuar estudiando, nos parece que el juez debería pedirle al demandante sólo **caución juratoria**. Esta es una forma común de **contracautela**, consiste en solicitar al peticionante de una medida cautelar que en el escrito en que pide la

medida, jure satisfacer los daños que produzca a la otra parte si el fallo no lo favorece y, en consecuencia, la medida fue inútil. Hay ordenamientos procesales en donde se regula que en el pedido de toda medida cautelar se sobreentiende presente la **caución juratoria**, por tanto el juez debe considerar si pide una **contracautela** adicional o le satisface dicha **caución**.

Características de la medida cautelar

Como es evidente, en torno a las características de la medida cautelar no existe acuerdo uniforme en la doctrina en cuanto a su número. Sin embargo, es posible identificar aquellas cuya vigencia en la ejecución de una medida cautelar son determinantes. Describamos las más comunes.

a) Una característica es su **jurisdiccionalidad**. Lo que significa que una medida cautelar sólo tiene existencia a partir de una decisión judicial, sólo luego de expedida podemos decir que existe una medida cautelar, antes sólo hay una pretensión cautelar.

b) Otro rasgo de la medida cautelar es su **instrumentalidad**. Esto significa que la medida es expedida para servir a otro objetivo más importante, no es un fin en sí misma. En este caso, la medida es un **instrumento** del fallo definitivo, está al servicio de él, existe sólo para asegurar su cumplimiento.

Esta es la razón por la que una vez expedido el fallo, la medida cautelar deja de existir, incluso algunas veces sirve como punto de partida del proceso de ejecución del fallo. Otras veces, dejará de existir cuando ya no sea posible se produzca un fallo, por ejemplo, cuando el actor se desiste de su pretensión.

c) Al depender del fallo definitivo, la medida cautelar deja de

ser un acto temporal y se convierte en un acto provisorio. Es decir, no tiene una determinada duración sino depende de la realización de un hecho. En tal virtud, la medida cautelar se caracteriza por su **provisionalidad**.

Apreciamos indirectamente este rasgo cuando en el caso anterior dimos el ejemplo del actor que se desiste de su pretensión, sin embargo daremos otro. Cuando el juez que concedió la medida en primera instancia, expide fallo declarando **infundada** la demanda del actor y peticionante de la medida cautelar. En nuestra opinión, en este caso la *apariencia de derecho* que sustentó la concesión de la medida cautelar ha desaparecido, tanto que el juez no ha amparado la demanda, siendo así, incluso sin necesidad de pedido el juez debería dejar sin efecto la medida cautelar.

d) Como ya se ha expresado, el juez concede una medida cautelar sobre la base de una información preliminar dada por el peticionante, quien lo persuade de la pertinencia de conceder la medida.

Sin embargo, durante la secuela del proceso —básicamente durante la etapa probatoria— puede ocurrir que el juez vaya conociendo más en torno a la fundabilidad de la pretensión y llegar a conclusiones como las siguientes: que la medida cautelar es muy reducida en función de todo lo que va a ser amparado en el fallo definitivo, o que la medida concedida es tan exagerada que garantiza al peticionante con un exceso cercano al perjuicio al actor. Puesto en cualquiera de ambas situaciones, es perfectamente posible que el juez —de oficio o a pedido de parte— pueda variar el contenido de la medida cautelar, aumentándola o reduciéndola según sea el caso. Esto puede ocurrir debido a que una de

las características de la medida cautelar es su **variabilidad**. Veamos este rasgo con un ejemplo.

Un actor solicita un embargo en forma de retención por la suma de cincuenta millones de intis para asegurar su pretensión de daños y perjuicios contra el demandado a quien lo ha emplazado por la misma suma. Al inicio del proceso y en atención a lo probado, el juez le concede un embargo por veinticinco millones de intis. Conforme se actúan las pruebas correspondientes, aparece visible que el perjuicio no va a ser menor de cuarenta millones de intis, siendo así el juez puede modificar el contenido de la medida a fin de adecuarlo al contenido del fallo final, razón de ser de su existencia.



El proceso cautelar

La obtención de una medida cautelar implica la tramitación de un procedimiento que tiene fundamento, mecánica y racionalidad propia. A continuación describiremos los rasgos más saltantes del proceso cautelar es decir de los fundamentos del procedimiento seguido para obtener una medida cautelar.

a) Inicialmente debe reafirmarse el rasgo **autónomo** del proceso cautelar. A diferencia del proceso principal en donde el propósito es conseguir amparo a la pretensión contenida en la demanda, en el proceso cautelar la pretensión no es otra que conseguir una medida cautelar que, a su vez, asegure el fallo definitivo. Entonces, a diferencia de la pretensión contenida en la demanda, en el proceso cautelar existe una propia y exclusiva pretensión cautelar, de allí que el proceso para conseguirlo sea propio y exclusivo también, es decir, **autónomo**.

b) Atendiendo a los requisitos o presupuestos materiales exigidos para tentar o conceder una

medida cautelar, no cabe duda que la **urgencia** en su obtención es una de sus aristas más visibles. Siendo así, una de los rasgos determinantes del proceso cautelar es su **sumariedad**. El proceso cautelar debe ser **sumarísimo**, es decir, debe tener una tramitación expeditiva, ágil, casi inmediata.

Esta es la razón por la que regularmente la obtención o rechazo de una medida cautelar, se produce luego del examen del pedido y sus recaudos. Sólo excepcionalmente se admite que el juez pueda pedir prueba adicional, que será cuando tenga dudas en torno a la concesión o rechazo de la medida.

Ante un pedido cautelar el juez tiene tres opciones: a) concede la medida al ser persuadido de su pertinencia; b) la rechaza al considerar que la pretensión que quiere asegurar es discutible o, c) solicita prueba adicional para decidir en uno u otro sentido.

Por cierto, la sumariedad del proceso no descarta el derecho del peticionante de recurrir en apelación de la decisión del juez

que rechaza su pedido.

c) Otro rasgo del proceso cautelar es su **reserva**. Esto significa que la tramitación del proceso cautelar hasta llegar a la obtención o rechazo del pedido, supone un proceso en donde está suspendido el principio de contradicción respecto del eventual afectado con ella, es decir, el procedimiento discurre únicamente entre el peticionante y el órgano jurisdiccional.

El afectado con la medida sólo va a saber de ella cuando se produzca su ejecución; por cierto, luego de ocurrido tal acto, se dejará sin efecto la suspensión del contradictorio concediéndose al afectado la posibilidad de recurrir ante el superior de quien concedió la medida.

Por eso suele decirse que la medida cautelar se obtiene *in audita pars*, es decir, "sin oír a la otra parte".

d) Cuando el juez recibe una demanda y un pedido cautelar, resulta obvio que no se encuentra en condiciones de asegurar que la pretensión contenida en

la demanda —y que pretende ser garantizada con medida cautelar— va a ser amparada al final del proceso, es decir, luego de recorridas todas las instancias que a dicho procedimiento corresponden.

Sin embargo, para conceder una medida cautelar debe *pronosticar* cual va a ser el acojo final de la pretensión contenida en la demanda. Por eso, sin duda alguna cuando el juez analiza la *apariencia de derecho* en una pretensión cautelar y al sentirse persuadido por la manera como ha sido presentada, se anima a conceder la medida, está *prejuiciando*, es decir, está anticipando una opinión sobre lo que va a resolver después de recorrido todo el proceso.

Sin embargo, como se ha expresado al describir las características de la medida cautelar, el *prejuicio* declarado al amparar o rechazar la medida, no obliga al juez a resolver después con sujeción a dicho anticipo. No olvidemos que entre la obtención de la medida y la decisión sobre el principal, existe la amplia e importante *etapa probatoria*, por tanto, el *prejuicio* del juez puede ser confirmado en el fallo o eventualmente descartado, dependiendo de lo que pase durante la tramitación del principal.

A manera de conclusión

a) Luego de lo descrito, no debería sorprender todo lo que ha ocurrido en los últimos años en materia cautelar en el Perú. La judicatura nacional, reiteramos, se ha encontrado con una institución respecto de la cual no existe un tratamiento normativo genérico; acostumbrada a resolver desde o a partir de la ley, se ha visto maniatada para marcar un ritmo en el tema.

Por otro lado, un foro sin mayor interés por la ciencia procesal, ha aprovechado la au-

sencia de normatividad y de conocimiento del tema, para conseguir sin ningún reparo los resultados queridos por sus clientes, desinteresándose en absoluto por el caos que se produce con la obtención de decisiones contradictorias y en base a tratamientos procedimentales disímiles.

Sin embargo, consideramos que el juez nacional está en aptitud de cambiar el rumbo jurisprudencial que tiene hasta ahora el tema cautelar. Por lo demás, existen instrumentos normativos que así lo permiten, concretamente el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil.

El juez tiene que empezar a asumir su rol de *creador del derecho*. Tiene que ser consciente que cada vez que resuelve un conflicto aplicando la norma jurídica pertinente, está *creando* una norma aplicable con exclusividad al caso concreto. Entonces, debe ser consciente también que el auténtico fin de su función no es aplicar la ley sino *solucionar el conflicto en justicia*.

Cuando asuma tal rol, descubrirá que en materia cautelar, por ejemplo, no es imprescindible que los postulados doctrinarios tengan un acojo legislativo, sólo bastará que sustente cada resolución que expide sobre el tema, para que la consistencia de su acto se afiance en sí mismo.

b) El tema cautelar es tal vez el área del proceso en donde se advierte con mayor claridad la necesidad de conceder al juez *facultades discrecionales* que le permitan ejercer su *sindéresis* (capacidad para juzgar) con menor sujeción a parámetros legales, que, reiteramos, en esta área suelen ser contraproducentes. Así por ejemplo, si recordamos el tema de los requisitos para conceder una medida cautelar, advertimos que es material-

mente imposible concebir un instrumento normativo que regule el comportamiento del juez al evaluar la presencia o ausencia de algún requisito. Ciertamente tal decisión está más ligada al mecanismo lógico-jurídico que el juez utilice para meritar lo pedido.

c) Lo expresado en absoluto desconoce la necesidad de contar con un ordenamiento procesal civil que recoja todo lo progresado en la materia en los últimos 80 años, sobretodo que elimine esta concepción minusválida que los ordenamientos de principios de siglo —como el vigente— tienen de la función del juez en el proceso civil. Es cierto que el aporte jurisprudencial del juez nacional puede ser determinante, sin embargo, ante la absoluta ausencia de un tratamiento sistemático y elemental del tema cautelar, no deja de ser imprescindible contar con un marco normativo básico. Para acreditar lo dicho, veamos un ejemplo.

La doctrina y legislación comparadas reconocen la imposibilidad que un tratamiento normativo cautelar contenga todas las medidas cautelares que puedan ser necesarias en los procesos. Por esa razón regulan la llamada *medida cautelar genérica*, que no es otra cosa que la facultad concedida al peticionante de solicitar una medida cautelar de acuerdo a la naturaleza de la pretensión cuyo cumplimiento futuro quiere asegurar, sin perjuicio de que tal medida no esté normada. Es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina (2).

(2) "Art. 232o. Medidas cautelares genéricas.— Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

En todo caso, queda manifiesto que siempre que el juez civil fundamente su resolución, lo actuado en materia cautelar podrá apoyarse en los aportes de la doctrina, asegurando la expedición de decisiones justas y recuperando con ello la confianza pública.

En conclusión, para integrar una nueva concepción del tema

cautelar, resulta indispensable conceder al juez civil facultades disciplinarias que carece sin razón que se conozca. Hoy el juez nacional en lo civil se encuentra a disposición de las partes, éstas, por ejemplo, le mienten en la confesión y tal conducta no es pasible de represión alguna por parte del juez.

Son muchos los procesos en

los que la ejecución de sentencia no ocurre porque los requerimientos con que cuenta el juez civil son inútiles y escasamente compulsivos. La situación es tan grave que cuando la desobediencia se produce, la única alternativa que tiene el juez civil es conducir lo actuado al juez penal, con lo que demuestra la limitación a que hacemos alusión.