

MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES Y PODER GENERAL DE CAUTELA*

ADRIÁN SIMONS PINO

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Lima.
Miembro honorario del Ateneo de Estudios Procesales.

SUMARIO

1. El por qué de la medida cautelar: 1. El Valor Eficacia y la Medida Cautelar; 2. Finalidad de la Medida Cautelar; 3. Autonomía Cautelar; 3.1. Ejercicio del Derecho de Acción para Postular una Previsión Cautelar; 3.2. El Proceso Cautelar; 3.3. La Providencia Cautelar; 3.4. La Medida Cautelar. - II. Presupuestos para la obtención de una medida cautelar: 1. Apariencia del Derecho Invocado. (*Fumus Bonae Iuris*); 2. El Peligro en la Demora. (*Periculum in Mora*); 3. Contracautela. - III. Características: 1. Jurisdiccionalidad; 2. Provisoriedad; 3. Instrumentalidad; 4. Variabilidad. - IV. Medidas Cautelares Especiales: 1. Medida Cautelar Innovativa; 2. Medida Cautelar de No Innovar o Prohibición de Innovar; 3. Poder General de Cautela y Medida Cautelar Genérica; 3.1. El mito del poder discrecional y el poder general de cautela; 3.2. La necesidad del poder general de cautela para el proceso; 3.3. Recepción del poder general de cautela en la legislación comparada; 3.4. Algunas conclusiones respecto del poder general de cautela. - V. Reflexiones finales.

I. EL POR QUÉ DE LA MEDIDA CAUTELAR

Para empezar a comprender la utilidad de la medida cautelar, hemos preferido iniciar esta ponencia con el relato de un caso que justifica la necesidad de que nuestra sociedad cuente con este instituto procesal:

"En julio de 1982, Claudio Darío Moliné de diez años de edad, era un aplicado alumno del sexto grado de la escuela primaria común N° 252 de la ciudad de Resistencia, Provincia de Chaco, Argentina. Claudio era tan buen estudiante que fue elegido para que izara la bandera patria en una ceremonia cívica.

Al serle comunicada su designación, Claudio se disculpó de realizar tal acto. Manifestó que conforme a su credo religioso - profesaba el culto de los Testigos de Jehová -, el izamiento público de la bandera era un acto de adoración, prohibido por las Sagradas Escrituras (Exodo, Cap.20, vers. 3,4 y 5).

Como consecuencia de su negativa, la Quinta Región Educativa Provincial expulsó a Claudio de la escuela; fundamentó su decisión en el hecho que se negó a "reverenciar los símbolos patrios".

Osvaldo Moliné (padre de Claudio) interpuso acción de inconstitucionalidad contra la expulsión, considerando que se había violado el ejercicio de la libertad religiosa. Asimismo, planteó una medida cautelar, solicitando que mientras dure el proceso se ordene la reincorporación inmediata de Claudio, a fin de que no pierda el año escolar.

Osvaldo Moliné expresó lo siguiente: i) El derecho invocado y agraviado, aparece al inicio del proceso como posible de ser amparado al final de éste; ii) La demora en esperar el fallo final, hace peligrar el año escolar de Claudio; iii) El daño producido por

* Ponencia presentada en el Primer Encuentro de Jóvenes Procesalistas Argentinos.

la demora en expedirse el fallo final - es decir, la pérdida del año escolar - va a ser irreparable; y iv) Declaró responder con su patrimonio por cualquier daño que produzca la ejecución (el retorno inmediato de Claudio a la escuela) de la medida cautelar.

El órgano jurisdiccional otorgó la medida cautelar peticionada con los siguientes fundamentos: i) La expulsión (si es idónea o no será el tema de fondo) "impide de hecho el ejercicio de un derecho individual subjetivo, como es el de la educación" garantizado por la Constitución; ii) El derecho invocado tiene verosimilitud; y, iii) Se debe evitar que los perjuicios puedan seguir avanzando.

Por eso ordenó que "las autoridades públicas escolares se abstengan de impedir la concurrencia al establecimiento y a clases del alumno Claudio Darío Moliné (...) hasta tanto se resuelva la acción principal deducida, a fin de evitar que el remedio constitucional se presente con una aparente eficacia, pero en el fondo sin utilidad, por una mayor lesión a los derechos alterados que importen una afectación constitucional grave, durante el desarrollo y tiempo del juicio de fondo".

1. El valor eficacia y la medida cautelar

El valor eficacia y la medida cautelar deben ir de la mano permanentemente, no podemos concebir cautela sin eficacia. Ahora bien, el valor eficacia, operacionalmente puede ser definido como la obtención a través del proceso de una decisión **justa y oportuna**.

Pues bien, hoy resulta lugar común hablar de la eficacia en el proceso, pero para entender cómo es que se ha llegado a tal etapa de conocimiento procesal es importante hacer un poco de historia sobre el particular. Para ello, recurriremos al profesor Juan Montero Aroca, quien en una excelente obra sintetiza el devenir de nuestra querida ciencia procesal.

La historia del proceso civil ha transcurrido por las siguientes etapas:

- a) La llamada práctica forense;
- b) El procedimentalismo;
- c) El proceso como ciencia autónoma del derecho; y,
- d) El eficientismo procesal.

a) Etapa de los prácticos: En la Europa medieval, en las universidades hispanas la enseñanza del derecho se realizaba en latín y versaba principalmente sobre instituciones romanas. No se enseñaba proceso bajo ninguna circunstancia.

Un estudiante cuando egresaba de la universidad y quería ejercer en los tribunales debía de aprender de los "prácticos", quienes eran los que conocían el estilo de la curia y escribían sobre el modo particular que tenía cada tribunal de llevar adelante los casos que eran sometidos a su competencia.

Todas las "obras" sobre la denominada práctica forense, tenían las siguientes características:

- Los destinatarios de los libros de práctica forense no eran los estudiantes universitarios, sino los jueces, escribanos y abogados.

- Los autores no solían ser profesores universitarios, sino "prácticos", es decir personas con experiencia judicial que pretenden transmitir conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.
- Dada la formación no científica, sino práctica de los autores, en sus obras no aspiraban a hacer ciencia sino a enseñar un modo de proceder, un estilo de curia, una "práctica".

Podemos decir, que este es el equivalente a la etapa jurásica en la evolución del proceso civil.

b) El procedimentalismo: Si los "prácticos" atendían al estilo de la curia, los procedimentalistas van a centrarse principalmente en la ley.

Los últimos "prácticos" habían empezado a reaccionar contra las prácticas poco conformes a la ley y buscaban un método distinto a la mera exposición del estilo y modo de proceder. En esa reacción y búsqueda se profundizará hasta llegar al procedimentalismo. En éste se pretenderá explicar la ley y el método será la exégesis.

Se asistió a un cambio de enfoque. Decía Lastres que se llamaba procedimientos judiciales a "*las formas solemnes con que se exponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales*", pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica de los tribunales, sino las establecidas por las leyes, y de ahí que en las obras de los procedimentalistas, incluso en sus títulos, se destaque su objetivo: **explicar la ley**.

Acorde con lo expuesto, en aquella época surgió la necesidad de codificar y unificar los estilos de la curia o corte; en tal sentido, se legisló dictando códigos que describieran el procedimiento a seguir en el trámite de una causa.

Esta es la etapa pre - científica del proceso, en la que se consideraba al proceso civil como un mero apéndice del derecho sustantivo (el derecho en pie de lucha).

Gracias a los aportes de los maestros alemanes, quienes jamás se sintieron atados a código alguno, se empezó a entender que el proceso era iniciado en virtud a un derecho totalmente distinto del derecho sustantivo invocado como fundamento de la demanda; ese derecho, es el de ACCION (en el siguiente punto explicaremos este instituto procesal).

c) Etapa del proceso como ciencia autónoma del derecho: La doctrina procesal alemana tuvo la suerte, en el siglo XIX, de no contar con un código que comentar (por lo menos hasta la Ordenanza de 1877). Mientras tanto la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los dos códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre, y pudo plantearse desde la raíz, los problemas que la realidad suscita en el proceso.

Podría decirse que, si en el siglo XIX los franceses explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo. Esta circunstancia es la que origina, que el procesalismo científico naciera en Alemania.

La doctrina alemana, comprendió a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico, que no es una mera relación fáctica, sino

jurídica, que afecta a las esferas jurídicas de las partes, haciendo surgir derechos, modificándolos o extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bülow, que el proceso es una relación jurídica de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes.

Además de lo anterior, elemento decisivo fue también la discusión en torno a la acción, entablada entre Windscheid y Muther, de ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, siendo concebido como un derecho de naturaleza pública, que se ejerce ante el Estado en sus órganos jurisdiccionales, a fin de obtener tutela jurídica.

En suma, el surgimiento del derecho procesal se debe a los procesalistas alemanes y la **difusión** de éste a los italianos, entre ellos el maestro Chiovenda.

Este es el momento en el cual el derecho procesal se constituye en una rama autónoma del derecho, ése fue el momento de nuestra libertad y gesta independentista.

En función a ello, hoy en día, es doctrina pacífica la noción sobre el "Derecho de Acción", el cual es entendido como el derecho de toda persona de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de solicitar tutela jurisdiccional efectiva, sin importar el contenido de su pretensión procesal. Es el simple derecho de tocar las puertas del Poder Judicial y pedir tutela sin interesar si nuestro caso tiene relevancia jurídica.

El "Derecho de Acción" goza de las siguientes características:

- Es Subjetivo;
- Es Abstracto;
- Es Público;
- Es Autónomo; y,
- Es Constitucional.

Es subjetivo, porque pertenece a todo sujeto de derechos con prescindencia si puede ejercerlo o no. **Es abstracto**, porque es un derecho de continentes, carece de contenido, es sólo el derecho de acudir al órgano jurisdiccional y pedir tutela judicial efectiva. **Es público**, porque se ejerce ante un poder del Estado, ya que éste tiene el monopolio en la solución de conflictos de intereses. **Es autónomo**, porque es diferente del derecho sustantivo, tiene principios y teorías propias que justifican la autonomía del proceso. **Es constitucional**, porque es un derecho humano, a nadie se le puede impedir el acceso a la justicia en busca de la tan ansiada tutela jurisdiccional efectiva, consagrada en el artículo 24 inciso 2 de la Constitución Española y en el Artículo 139 inciso 1 de la Constitución del Perú.

d) Etapa del eficientismo procesal: Como bien dijo el maestro Peyrano, hoy se vive intensamente el derecho, a los justiciables ya no les satisface sólo un pronunciamiento válido sobre el fondo con la calidad de cosa juzgada material. Hoy, se quiere ver al derecho conculcado plenamente restituido, hoy se quiere un sistema de justicia comprometido con su sociedad y sus valores. Hoy, se quiere ver a un juez musculado con pleno uso de sus poderes jurisdiccionales para hacer valer los fines del proceso.

En esa búsqueda de un servicio de justicia digno, es que surge el eficientismo, plasmado a la categoría de valor procesal a fin de lograr el cabal rendimiento del servicio de justicia.

En tal sentido, nos parece que ha llegado la cuarta etapa de la evolución del derecho procesal a través del acceso de la eficacia a la escala de valores del proceso, lo que se traduce en la actual preocupación por el cabal rendimiento del servicio de justicia; que sólo es considerado eficaz cuando verdaderamente cumple con los fines que de él se esperan.

Asimismo, somos fervientes convencidos que ésta nueva etapa del derecho procesal debe llegar a la enseñanza universitaria, el profesor y los alumnos deben dejar de lado teorías inútiles para la sociedad, buscar nuevos horizontes y las maneras de utilizar al proceso como instrumento de solución efectiva a los conflictos de intereses intersubjetivos. En suma, vincular al derecho con la realidad social.

Como refiere Peyrano, el eficientismo no es otra cosa que el paladino reconocimiento de que ya no resulta suficiente hallar una bella idea (sea para legislar, sentenciar o construir una teoría), puesto que además es necesario probarla para saber acerca de sus bondades y defectos.

En ese mismo orden de ideas, el profesor español Chamorro Bernal entiende que en el derecho fundamental a la tutela judicial cabe distinguir tres tipos de efectividad según su mayor o menor grado de formalidad:

“así, podemos hablar de una efectividad de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional; una efectividad de segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolviera realmente el problema planteado (no un tipo determinado de solución, pero sí una solución al problema planteado); y de una efectividad, de tercer grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada”.

2. Finalidad de la medida cautelar

Como bien lo refiere el profesor Juan Monroy Galvez, al igual que el proceso en sí tal como lo indica el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil Peruano¹, la medida cautelar también tiene una finalidad CONCRETA y una ABSTRACTA.

La finalidad concreta está referida a impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio.

La finalidad abstracta está referida a la consagración del valor justicia, del prestigio de la labor judicial.

3. Autonomía Cautelar

Tradicionalmente sólo se concebía dos tipos de procesos, los de cognición y los de ejecución, gracias al aporte de Chiovenda se incluyó al tema cautelar como una de las tres manifestaciones básicas de la función jurisdiccional civil.

¹ Artículo III - Fines del proceso e integración de la norma procesal - El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustantivos, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en función a las circunstancias del caso.

Posteriores trabajos científicos, perfilaron las distintas manifestaciones de la actividad cautelar en los siguientes tópicos: a) La Acción Cautelar, b) El Proceso Cautelar y c) La Providencia Cautelar.

3.1. Ejercicio del Derecho de Acción para Postular una Pretensión Cautelar

Como ya dijimos, el derecho de acción es el derecho de toda persona de acudir al órgano jurisdiccional a fin de solicitar tutela judicial efectiva.

Es un derecho subjetivo, abstracto, público, autónomo y constitucional, a través del cual podemos materializar una pretensión cautelar.

Siguiendo al profesor Monroy Galvez, participamos del carácter autónomo de la medida cautelar a partir de su petición.

Si bien es cierto que la medida cautelar tiene un carácter accesorio, ello no desconoce su autonomía ya que los requisitos para su obtención no tienen relación con los requisitos exigidos para el acogimiento de la pretensión principal. Tan es así que el desamparo de la pretensión principal asegurada con medida cautelar podría traer consigo la obligación de resarcir daños.²

3.2. El Proceso Cautelar

Otro rasgo distintivo de la autonomía cautelar radica en que todo pedido cautelar es tramitado en una vía procedimental especial, a través de la cual, eventualmente, se podría obtener una providencia cautelar.

En tal sentido, debe tenerse presente que estamos ante un proceso de naturaleza urgente y de cognición sumarísima, puesto que está íntimamente ligado con el concepto de peligro en la demora.

Como rasgo distintivo adicional del proceso cautelar podemos decir que es su reserva, el trámite del concesorio es *Inaudita Altera Pars* (sin escuchar a la otra parte), donde se suspenden los principios de bilateralidad y contradicción, en aras de garantizar la eficacia de la medida.

3.3. La Providencia Cautelar

Esta contiene la decisión del Juez por medio de la cual se resuelve conceder o admitir la pretensión cautelar solicitada.

Aquí, es importante precisar que la providencia cautelar no surte los efectos de cosa juzgada. Lo cual quiere decir que dicha providencia podría ser modificada o dejada sin efecto, durante el transcurso del proceso principal.

En tal sentido, Gozaini propone que la cosa juzgada no puede producirse en materia cautelar porque esta institución carece de los elementos de **inmutabilidad e indiscutibilidad**.

² Código Procesal Civil Peruano: "Artículo 621. - Sanciones por medida cautelar inobservada o maliciosa. - Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costas del proceso cautelar; una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados."

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costas y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo."

No obstante ello, existen algunas posiciones, que por supuesto no compartimos, que afirman la existencia de la cosa juzgada formal en materia cautelar. En ese sentido, el autor brasileiro Marcus Vinicius de Abreu afirma que efectivamente existe la cosa juzgada en lo que denomina la sentencia cautelar.

Dicho autor funda su posición en que para reconocer la calidad de cosa juzgada en materia cautelar hay que tener en consideración la necesaria distinción entre la sede cautelar y la sede principal; entre el derecho material o derecho sustancial de cautela, o entre provisoriedad de tutela jurisdiccional cuyo efecto es temporal y limitado con relación al tiempo. Agrega que la revocatoria de una medida cautelar, sólo tendrá sentido y se hará efectiva si el Juez llega al convencimiento de la existencia de un hecho nuevo, desconocido por él al momento de la concesión de la cautela, que altere sustancialmente la situación de peligro que antes sirviera de sustento a la concesión de cautela.

En otras palabras, la revocación de una tutela cautelar sólo será posible cuando existan nuevas y diferentes circunstancias de hecho, que eliminan la situación de riesgo que antes se encontraba presente. En tal hipótesis, el propio derecho sustancial de cautela desaparece.

Concluye, como sustento de su teoría, que la cosa juzgada en materia cautelar responde al siguiente principio: "*Sin novedad en los hechos, no podrá haber novedad en el derecho*".

Como ya lo adelantáramos en líneas precedentes, no compartimos dicha posición de un sector de la doctrina brasileira, y en adición a lo expresado por el profesor Gozaini debemos decir que siendo un presupuesto para la concesión de una medida cautelar la apariencia del derecho invocado (*fumus boni iuris*), no es posible concebir cosa juzgada en materia cautelar cuando sólo existe un humo de derecho que sirve de sustento a una pretensión cautelar, la cosa juzgada sólo aparece cuando existe certeza de derecho y ello sólo ocurre cuando se produce un pronunciamiento válido sobre el fondo de las pretensiones materia de controversia judicial.

3.4. La Medida Cautelar

A diferencia de la providencia, el concepto estricto de medida cautelar debemos entenderlo en un sentido práctico,

Vale decir, que la medida cautelar es la providencia cautelar ejecutada.

En suma, este concepto va de la mano con el valor eficacia que le otorga la cautela al proceso principal.

II. PRESUPUESTOS PARA LA OBTENCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

Teniendo en consideración que en un pedido cautelar se suspenden los principios de bilateralidad y contradicción o audiencia previa, el Juez debe tener en cuenta la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Apariencia del Derecho Invocado. (*Fumus Boni Iuris*)

La palabra *fumus* significa humo, es decir, en el caso cautelar se exige que lo que se pide tenga humo de derecho.

A diferencia de la certeza, que supuestamente se obtiene en la decisión que

pone fin a la controversia, en materia cautelar sólo se reclama la presencia de apariencia en la pretensión invocada. Como bien refiere María Angeles Jové, "se adopta un criterio intermedio como el más acorde con el propio concepto y finalidad de las medidas cautelares"; criterio intermedio que Carreras (citado por María Angeles Jové) precisó del modo más didáctico diciendo que: "*para la adopción de medidas cautelares (...) no basta la mera posibilidad del derecho, sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza*".

Por lo indicado, la vía intermedia de la **apariciencia del derecho** se presenta como una justa solución entre la **mera afirmación** y la **plena certeza**. Encontrar ese necesario equilibrio, es un reto que casi a diario tiene que enfrentar el juez. Y lo debe hacer en base a un cálculo de probabilidades, sustentado en la prueba ofrecida.

En suma, la medida cautelar podrá ser concedida si el derecho que se invoca aparece como muy probable, o como afirma Serra Dominguez "con una probabilidad cualificada"; es decir, "*en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable, la posición material del solicitante*".

2. El Peligro en la Demora. (*Periculum in Mora*)

Para Monroy Galvez, el *periculum in mora* es la constatación que hace el Juez, que si no concede la medida cautelar, puede que el fallo definitivo llegue a ser ilusorio o inejecutable. En tal sentido, debe haber una amenaza que ponga en riesgo la efectividad del fallo.

Este presupuesto, según María Angeles Jové, debe contener dos elementos configuradores:

- a) La demora en la obtención de una sentencia definitiva.
- b) El daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso.

Como se sabe, todo proceso tiene una duración determinada y, siempre el factor tiempo viene a beneficiar a una de las partes en perjuicio de la otra. A través de la medida cautelar, se equilibra el factor tiempo entre las partes.

Finalmente, en nuestra opinión, no debe presumirse la existencia del peligro por el simple hecho de la necesaria duración del proceso, la sola duración del proceso no es elemento justificante para conceder cautela; al factor tiempo hay que agregar la amenaza a la efectividad del fallo definitivo.

3. Contraautela

Siendo el trámite de una medida cautelar *inaudita altera pars* (sin oír a la otra parte hasta que la medida haya sido ejecutada), que trae como consecuencia la suspensión de la bilateralidad y del contradictorio, podría traer consigo un eventual perjuicio para el afectado con la ejecución de la medida.

Por ello, quien pide una medida cautelar debe ofrecer garantía a fin de resarcir los probables daños que ésta ocasione en el caso que la pretensión principal sea desamparada.

A esa garantía se la denomina *contraautela*.

La doctrina ha desarrollado tres tipos de *contraautela*, a saber:

- a) **Personal**: representada por la fianza judicial.
- b) **Real**: representada a través de la obligación de bienes.
- c) **Juratoria**: representada por la prestación de un juramento.

En principio la contracautela debe ser personal o real y no simplemente juratoria, y ésta debe cubrir los eventuales perjuicios irrogados por medidas cautelares sin derecho, no siendo necesario que su importe tenga directa relación con el monto de la afectación o la cuantía de la pretensión principal. La graduación de la contracautela debe estar en función al grado de verosimilitud del derecho invocado. Es decir, a mayor grado de verosimilitud del derecho, menor contracautela y viceversa.

III. CARACTERÍSTICAS

1. Jurisdiccionalidad

Elo significa que una medida cautelar sólo se origina en una decisión judicial.

Lamentablemente, este carácter viene siendo distorsionado por el legislador, cuando permite la concesión de medidas cautelares en procedimientos administrativos en los cuales las partes están sometidas a la decisión de una autoridad administrativa.

En caso del Perú, cualquier controversia derivada de la protección al consumidor, represión de la competencia desleal, libre competencia (abuso de posición de dominio en el mercado), dumping o subsidios; es de exclusiva competencia de un ente administrativo denominado Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- y, lo que es peor, sus órganos administrativos tienen facultades para conceder medidas cautelares (inclusive de oficio) de no innovar, innovativas o genéricas, sin estar obligados a requerir al peticionante el ofrecimiento de caución adecuada.

2. Provisoriedad

Este carácter está ligado al factor tiempo y al resultado de la pretensión principal. Veamos:

- Si se dicta sentencia en donde la pretensión asegurada con una medida cautelar es rechazada; ésta desaparece automáticamente, porque ya no existe la verosimilitud del derecho invocado.
- Si la sentencia asegurada con una medida cautelar ampara la pretensión principal, dicha medida se transforma en el inicio de un proceso de ejecución o en un medio de coacción al ejecutado.
- De otro lado, el carácter provisorio también significa que una medida cautelar puede desaparecer sin necesidad de que se halla expedido fallo definitivo. Es decir, que durante el desarrollo del proceso, esa apariencia del derecho invocado, se haya diluido.

3. Instrumentalidad

La medida cautelar siempre estará al servicio del fallo definitivo. En tal sentido, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo se convierte en eficaz.

En suma, la medida cautelar - fiel a la moderna concepción del proceso - es un instrumento de tutela del proceso principal.

4. Variabilidad

Antes de dictarse el fallo definitivo, la medida cautelar puede sufrir modificaciones en cantidad o en calidad.

IV. MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES

1. Medida Cautelar Innovativa

Como punto de partida de esta exposición, se expuso un caso en cual se graficó la urgente necesidad de conceder una medida cautelar a fin de darle plena eficacia a la decisión definitiva. Pues bien, esa medida que dispuso que Claudio Moliné pudiera retornar a clases sin tener que perder el año escolar, evitando así que sufriera un perjuicio irreparable, se le conoce con el nombre de medida cautelar innovativa.

Hablar de ésta medida, significa también tener presente a Jorge Peyrano quien a través de una incansable lucha contra esa visión estática y conservadora del derecho, ha logrado consagrar esta institución procesal en la doctrina y legislación iberoamericana.

Según Peyrano, la medida cautelar innovativa,

"es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar - a diferencia de la mayoría de las otras - no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando - sin que se concurre sentencia firme de mérito - que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente".

Con el devenir del tiempo dicho concepto se ha sido ampliado, generando una nueva perspectiva, también propuesta por Peyrano, la cual nos permite ver a una cautela innovativa ampliada. Esta visión permite que en determinadas situaciones se genere una situación de hecho o de derecho distinta a cualquier otra.

En tal sentido, aquella desafortunada concepción de que la innovativa era una especie de contracara de la prohibición de innovar o medida de no innovar (descrita del modo más simple como la orden de que "no se haga lo que todavía no se ha hecho"), pierde el poco sustento que le quedaba.

En esa línea, Peyrano indica que:

"(...) no resulta correcto afirmar que en todos los casos la medida innovativa tiende a restablecer una situación preexistente. Creemos que una orden innovativa puede determinar que el beneficiario de la orden deba hacer algo distinto a lo que hizo o estaba haciendo, en miras a asegurar los derechos del peticionario de la diligencia. No resulta atendible, pues la posición sustentada por alguna doctrina prestigiosa en el sentido de que la medida innovativa no sería otra cosa que una suerte de prohibición de innovar con efectos retroactivos".

Ejemplo tipo es el de aquél trabajador que es despedido y demanda su reposición, peticionando para tal efecto una medida innovativa que disponga su reposición provisional en el cargo que venía desempeñando hasta que se dicte fallo definitivo. Concedida la medida, el trabajador se ve impedido de retornar a su trabajo ya que el empleador dispuso la eliminación de ese cargo específico en la planilla de la empresa, obligando al juzgador a disponer su reposición en un puesto similar dentro de la actual estructura de la empresa.

Otro caso que sirve de sustento a esta nueva posición doctrinaria, viene de Perú. Es el caso de una conocida modelo peruana que posó en una sesión fotográfica para ropa interior de la marca *Meidenform*, a fin de elaborar un catálogo de ropa íntima dirigido exclusivamente al público consumidor femenino. No obstante ello, el representante de dicha firma en Lima, no tuvo la mejor idea que ampliar una de las fotografías tomadas a fin de publicitar dicha marca utilizando la imagen de la modelo en un cartel publicitario de enormes proporciones que se ubicó en una de las avenidas más concurridas de Lima.

Frente a tan flagrante lesión en sus derechos a la imagen, la modelo acudió al órgano jurisdiccional para solicitar entre otras pretensiones, el retiro del cartel o panel publicitario ubicado en plena vía pública. A fin de asegurar la eficacia del fallo definitivo, la modelo solicitó al juzgador que en tanto se resuelve la controversia principal se disponga el cubrimiento del panel con una tela a fin de que se evite que el demandado continúe utilizando su imagen en ropa interior, en la vía pública. En tal sentido, el juzgado dispuso que dicho aviso publicitario sea cubierto en tanto se resuelve la controversia.

Como bien es sabido, la medida innovativa es una de carácter excepcional y residual, por ende, sólo puede ser concedida en el supuesto que no exista otra que pueda otorgar al justiciable la eficacia necesaria a fin de evitar que el derecho materia de controversia devenga en ilusorio.

Siguiendo la idea indicada en el párrafo precedente, el peticionante de una cautelar innovativa no sólo debe cumplir con los presupuestos tradicionales para la concesión de toda medida cautelar (aparición del derecho invocado, peligro en la demora y contracautela), sino que además debe agregarse un requisito adicional: el perjuicio irreparable.

A nivel latinoamericano, nuestro país es precursor en haber legislado de modo expreso a la medida cautelar innovativa, en tal sentido el artículo 682 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente:

"Artículo 682.- Medida innovativa.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley."

Como se puede apreciar, nuestro legislador ha sido fiel seguidor de los aportes hechos por la doctrina argentina.

Además de lo ya expuesto, tal como se encuentra actualmente regulada en Perú, es perfectamente admisible tramitar una medida cautelar innovativa fuera de proceso.

2. Medida Cautelar de No Innovar o Prohibición de Innovar

Para Juan Monroy, la prohibición de innovar "... es la facultad que tiene el Juez, a pedido de parte, de impedir que se modifique la situación de hecho o de derecho existente a la presentación de la demanda".

En tal sentido, Podetti, Linares y Jorge Aquilino, opinan que la prohibición de innovar puede dictarse al iniciarse el proceso o durante su curso.

Ellos preconizan la necesidad de haberse iniciado el pertinente proceso, como paso necesario para la solicitud de la medida.

Al igual que la innovativa, la prohibición de innovar es una medida excepcional y de interpretación restringida.

En ese mismo orden de ideas, Peyrano opina que resulta **improcedente** la "prohibición de innovar preventiva"; es decir, que su traba reclama que necesariamente se haya presentado la demanda introductoria de la litis.

Según Jofré, la prohibición de innovar nace cuando se produce la integración de la relación jurídica procesal mediante la contestación de la demanda.

Dicha medida cuenta con los siguientes presupuestos especiales:

- Que, la prohibición de innovar se dirija contra el objeto litigioso o el derecho sustancial o material objeto de la litis.
- Que, se tenga pendiente el litigio, es decir, desde la notificación de la demanda hasta la extinción del proceso.
- Que, se infrinja el principio de igualdad de las partes en el proceso.

Reimundín, Linares, Podetti, Ramírez, Fenochietto y Falcón, también sostienen que el umbral habilitante está constituido por un proceso ya iniciado.

Adolfo Rivas, Martínez Botos y De Lazzari, sostienen la posición contraria de admitir la procedencia de una medida de no innovar fuera de proceso.

El legislador peruano se ha adscrito a la posición mayoritaria de la doctrina argentina, regulando dicha medida cautelar del siguiente modo:

"Artículo 687.- Prohibición de innovar.- *Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley."*

Nótese que al igual que la medida innovativa, el legislador peruano le ha otorgado a la prohibición de innovar ese carácter excepcional - residual y sólo habilitante frente al riesgo de sufrir un perjuicio irreparable. Sin embargo, le niega la posibilidad de ser tramitada fuera de proceso.

Un ejemplo tipo de procedencia de medida de no innovar, es aquel caso en el que se pide a un Banco, que tiene la calidad de fiador solidario, que se abstenga de

ejecutar la carta fianza otorgada a favor de un acreedor, en tanto no se resuelva la controversia suscitada con el deudor respecto a la extinción de la obligación principal objeto de fianza.

3. Poder General de Cautela y Medida Cautelar Genérica

El poder general de cautela ha sido tratado en nuestro medio latinoamericano con gran interés por la doctrina brasilera, la cual ha efectuado importantes aportes para el estudio de la mencionada institución procesal. Sin embargo, como desarrollaremos, existen algunos aspectos en dichos aportes que nos obliga a efectuar un apartamiento y sostener una posición distinta.

3.1. El mito del poder discrecional y el poder general de cautela

Para comenzar, podemos decir que el poder general de cautela está referido a los poderes que tiene el juez para otorgar soluciones cautelares, en el supuesto que las medidas expresamente regladas no puedan cumplir la función de ofrecer tutela jurisdiccional efectiva.

Pues bien, como refiere Marcos Vinicius de Abreu en su obra *(O Poder Geral De Cautela Do Juiz)*, en el poder general de cautela los límites de actuación del juez no son objetivos y extraídos del texto legal. Más bien, los límites de actuación del juez son creados por su propio intelecto y de acuerdo con su actividad subjetiva analítica y lo que se presenta en los autos del proceso.

En ese orden de ideas, Vinicius argumenta que el poder general de cautela representa algo más que el poder jurisdiccional, y que tal institución procesal atribuye al magistrado un poder discrecional, relacionado íntimamente con el poder jurisdiccional.

En suma, el juez ejerce función jurisdiccional en materia cautelar (poder jurisdiccional) con discrecionalidad.

Esa discrecionalidad, sucede con mucha frecuencia en el ámbito cautelar, más precisamente en las medidas cautelares innominadas.

Así, según cierto sector de la doctrina, ese poder discrecional tiene íntima relación con el Poder General de Cautela.

Vinicius, al igual que muchos otros autores, para sustentar la teoría del poder general de cautela acudió al derecho administrativo, para que de ahí se importe al derecho procesal una institución denominada poder discrecional.

Pues bien, veamos desde esa perspectiva, en qué consiste el poder discrecional.

La dificultad de limitar textualmente la actividad del Estado, hizo surgir el estudio de un nuevo medio de su actuación, cuyos límites ya no se imponen por escrito a la administración. Ese medio, la doctrina lo denominó poder discrecional o discrecional.

A través del poder discrecional, podría la administración pública ejercer su actividad no más sobre el guante del corolario "puedes hacer sólo lo que la ley te autoriza hacer", más sino: "puedes hacer todo aquello que la ley no veda o prohíbe".

En ese mismo orden de ideas, Hely Lopes Meirelles nos dice que: "El poder

discrecionario es el que el derecho concede a la Administración de modo explícito o implícito, para la práctica de actos administrativos, con libertad de actuación, a su conveniencia, oportunidad y contenido”.

Empero, no hay que confundir poder discrecionario con poder arbitrario.

Ahora bien, ese sector de la doctrina brasilera se pregunta si existe poder discrecionario del juez en su actividad jurisdiccional.

La respuesta para ellos es positiva, partiendo porque la administración y la jurisdicción tienen como función básica hacer cumplir la ley.

Precisan que las funciones jurisdiccional y administrativa, no son idénticas, pues sirven a fines específicos diversos. Sin embargo, dichas funciones tienen un origen común, en el sentido de quién las ejerce, ya que tienen el mismo fin genérico y de sustancial importancia para la propia preservación del Estado de Derecho, cual será el mantenimiento del orden económico, social, político y democrático, sobre el cual el Estado se estructura y mantiene.

En suma, lo que pretende demostrar la referida doctrina brasilera, es que el poder jurisdiccional no es incompatible con el poder discrecionario. Dichos poderes, en lugar de contraponerse en términos de coexistencia, son complementarios uno del otro.

Somos de la opinión que, utilizar el denominado “poder discrecionario” como sustento del “poder general de cautela” parte de una concepción sesgada e incompleta de lo que implica el ejercicio de la función jurisdiccional.

Creemos que el “poder general de cautela” es una expresión propia del poder jurisdiccional. En cambio cuando se habla de discrecionalidad entendemos que ella sólo opera en la Administración cuando el legislador decide delegar (de modo excepcional) una determinada facultad o libertad “reglada” en favor de la autoridad administrativa; es decir, la discrecionalidad no se presume ni se ejerce sin previo mandato expreso. Admitir lo contrario significaría una total deformación de lo que conocemos hoy en día como un moderno Estado de Derecho.

Como bien afirma la profesora Teresa Arruda Alvim (en su obra Aspectos Potémicos de la Anticipación de Tutela), frecuentemente se llega a confundir la libertad con la que cuenta un juez con aquella que existe en el ejercicio del denominado poder discrecionario en la esfera de la Administración Pública.

La referida autora brasilera, nos enseña que la posición de admitir que el juez ejerce poder discrecionario no se condice con la estructura político - jurídica del Estado moderno. Teniendo en cuenta que, el concepto de discrecionalidad está íntimamente ligado a la idea de inmunidad o imposibilidad de control, por lo menos en cierta escala.

A ello podemos agregar que en la discrecionalidad predomina la **voluntad de la Administración**; ello, en contraposición al ejercicio de la función jurisdiccional en la cual si se admite que debe prevalecer la voluntad del juez, estaríamos frente a un supuesto de decisión arbitraria, que afectaría el derecho a la razonabilidad de los actos sustantivos.

Quienes pretenden justificar la discrecionalidad en materia judicial, afirman que el juez ejerce poder discrecionario a fin de conceder o denegar, por ejemplo, una

medida cautelar, ya que al apreciar la apariencia del derecho y el peligro en demora, está interpretando conceptos vagos, lo cual significa actuar discrecionalmente.

Tanto la profesora Arruda como el profesor Barbosa Moreira, niegan tal posibilidad de conceder discrecionalidad a la actividad jurisdiccional puesto que afirman que no se debe confundir el fenómeno de interpretación de conceptos vagos o indeterminados con la discrecionalidad, ella sólo opera exclusivamente en determinadas y peculiares circunstancias y con relación a la Administración Pública, nunca con el Poder Judicial.

Pues bien, esa libertad con la que cuenta el juez para, por ejemplo, ejercer el poder general de cautela debe ser entendida desde una concepción moderna de la función jurisdiccional. En tal sentido, creemos importante traer a colación un concepto moderno sobre el particular, desarrollado por el profesor Juan Monroy Galvez:

"La jurisdicción, es el poder - deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia".

La jurisdicción es un **poder** porque se ejerce de modo exclusivo, no existe otro órgano estatal, ni mucho menos particular, encargado de tal tarea. Es por ello que se llega a afirmar que el ejercicio de la función jurisdiccional es una expresión de la soberanía estatal.

De otro lado, es un **deber** porque el Estado no puede eludir su responsabilidad de resolver un conflicto de intereses intersubjetivo. Como complementa Monroy Galvez, al afirmar que el poder jurisdiccional no es en ningún caso discrecional, vale decir, ilimitado. Así, el otorgamiento de la función jurisdiccional tiene casi siempre origen en el pedido del interesado. Es precisamente a partir de tal solicitud que el órgano jurisdiccional actúa.

Por último, en lo que se refiere a este tema, esa libertad judicial se puede apreciar de modo concreto cuando en el proceso lógico - jurídico por el cual el juez aplica la norma genérica al caso concreto, contiene un singular acto de creatividad: el juez produce una norma jurídica de carácter particular, únicamente aplicable a quienes forman parte de la relación jurídica procesal y para el caso concreto.

Por todo lo dicho, podemos decir que la discrecionalidad no constituye un elemento que sirva de sustento para la teoría general del poder general de cautela.

3.2. La necesidad del poder general de cautela para el proceso

En nuestra actual sociedad, llena de incesantes y constantes cambios, el derecho siempre está un paso atrás de la realidad. Tenemos clara la vieja concepción de que primero surge el hecho y luego aparece el derecho para regularlo, esa concepción del derecho siempre a la saga, es una de las razones del desprestigio del sistema de justicia frente a la sociedad.

Por ejemplo: en materia de protección al consumidor o represión de la competencia desleal, por más de que el legislador enumere todos los derechos del consumidor, por más de que el legislador tipifique cuáles son los actos de competencia

desleal; este mundo cambiante hace que surjan nuevas conductas que perjudican a los consumidores o, novedosos actos que impliquen una desleal competencia y, que ninguno de ellos esté descrito como tal en la norma.

Ello traería como consecuencia trágica que no se pueda reprimir una conducta que no es considerada antijurídica.

Frente a lo indicado en el párrafo anterior, el derecho de mercado aportó a la sociedad lo que se conoce como la Cláusula General, entendida ésta como una herramienta para reprimir aquellas conductas antijurídicas o ilícitas no reguladas o tipificadas en la ley, pero que afecten el derecho de los consumidores o el derecho a una libre y leal competencia.

Pues bien, lo mismo ha ocurrido en materia de medidas cautelares. La mayoría de legislaciones se ha preocupado de regular aquellas medidas cautelares que son de uso cotidiano y común, como son las medidas para futura ejecución forzada (embargos y secuestro) o las denominadas conservativas. Lamentablemente, en esta sociedad moderna la necesidad de tutela hace que las medidas reguladas por las leyes procesales, resulten insuficientes para la satisfacción efectiva de las pretensiones sometidas a controversia judicial ya que cada vez se hacen más complejas; por ende, surge la necesidad de solicitar el auxilio de una cláusula general en materia de medidas cautelares, a la que denominamos poder general de cautela, el cual se materializa en las llamadas **medidas cautelares genéricas o también inominadas o atípicas**.

La profesora española, María Angeles Jové nos refiere que

"...la complejidad del tráfico jurídico hace que surjan más que nunca circunstancias, hechos, y situaciones que amenazan la plena efectividad de los derechos. Así pues, la indeterminación debe mantenerse por conveniente, a pesar de que plantea problemas adicionales relativos a su excesiva amplitud y correspondiente necesidad de concreción".

Nada mejor que un caso para comprender la utilidad de la medida cautelar genérica. Juana requiere tutela judicial urgente, ya que su sobrino Héctor aprovechándose de su avanzada edad la indujo a transferirle un paquete de acciones que ella poseía en una determinada sociedad anónima. En tal sentido, Juana inicia una medida cautelar innovativa fuera de proceso a través de la cual solicita que se suspendan los efectos del contrato en tanto el juzgado se pronuncia, y en calidad de medida cautelar genérica que se anote ese mandato innovativo en el Libro de Matriculación y Transferencia de Acciones de la sociedad. Ya que nuestra legislación procesal sólo ha contemplado como medida cautelar típica la "anotación de la demanda en el registro", y en el caso propuesto aún no existe tal situación tratándose de un pedido cautelar fuera de proceso.

En suma, se puede decir que el poder general de cautela tiende a asegurar la efectividad futura de la sentencia, de acuerdo al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.3. Recepción del poder general de cautela en la legislación comparada

- En Italia los artículos 700 a 702 del Código Procesal Civil, regulan la posibilidad genérica de que el juez pueda conceder medidas urgentes, en todos los casos que le parezca conveniente y necesario, y no encuadre el

pedido concreto en cualquiera de las hipótesis específicas descritas en el Código.

- En Alemania el artículo 940 del ZPO, permite al juez regular provisoriamente situaciones litigiosas a diferencia de los proveídos de naturaleza conservativa del artículo 935.
- En España el artículo 727, inciso 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al juez adoptar medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.
- En Brasil el artículo 798 del Código Procesal Civil, permite al juez dictar las medidas provisionales que juzgue adecuadas cuando existe fundada razón de que una parte pueda causar a la otra una lesión grave y de difícil reparación.
- En Perú el artículo 629 del Código Procesal Civil, precisa que: *"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"*.

3.4. Algunas conclusiones respecto del poder general de cautela

1. El poder general de cautela es una expresión del poder jurisdiccional.
2. El poder general de cautela cumple un rol subsidiario o residual, en cuanto completa el sistema de medidas cautelares, pero no absorbe a las demás ya establecidas. Es decir, tal poder general de cautela, sólo puede ser operado para los supuestos no contemplados, tipificados o previstos expresamente.
3. No puede ser ejercido el poder general de cautela, en sustitución de la cautela nominada o tipificada.
4. No procede su concesión de oficio. Claro que esta regla podría tener sus excepciones, como en determinados casos de derecho de familia, en los que el juez disponga medidas para proteger los intereses de los hijos menores o, para proteger su integridad física o moral.
5. Es posible su concesión fuera de proceso.

V. REFLEXIONES FINALES

El proceso se debate, en esta nueva era, entre dos frentes: el eficientismo y el garantismo. Lamentablemente, lo que hasta ahora se ha escuchado desde la vereda del garantismo es pura confrontación y odio hacia las ideas eficientistas; el actual discurso garantista, hasta hoy, sólo se sostiene en odios personales, estando aún ausente la propuesta social que los justiciables desean escuchar. Por ello, para culminar esta reflexión final, citamos a Benedetti:

*"Ya no
nos queda tiempo para el odio
ni para la tirria o el desdén
los odiantes se roen a sí mismos
y mueren de metástasis de odios
es natural que los odiantes
se transformen a veces en odiosos
sin embargo no es aconsejable
odiar a los odiosos ex odiantes
ya que aquél pobre que desciende a odiar
nunca saldrá del pozo de los odios".*