

CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA FASE DE ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA¹⁾

JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS²⁾

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

- I. Contingencia de la medida cautelar. Desde la *expectativa* hasta la *seguridad*. - II. Las formas regulares de conclusión del proceso y las distintas vicisitudes de la tutela cautelar. - III. Conversión de la medida cautelar en la fase de actuación de la sentencia: Distinción entre "oportunidad para el aseguramiento" y "oportunidad para la satisfacción": 1. Emanación del problema; 2. Premisas de orden reconstructivo. - IV. Algunos aspectos relevantes sobre la medida ejecutiva. - V. Comentario normativo y propuesta de modificación. - VI. Conclusiones.

I. CONTINGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR, DESDE LA EXPECTATIVA HASTA LA SEGURIDAD

A lo largo del siglo XX se ha venido generando y, progresivamente, consolidando la opinión según la cual la **medida cautelar** tiene como propósito asegurar la eficacia de la sentencia y, con ella, la del **proceso**.³ Ahora bien, como aquella se otorga durante la pendency de este (se incluye la medida concedida antes de la interposición de la demanda, donde el inicio del proceso y el pedido cautelar se producen en modo contextual), es forzoso reconocer una disfunción práctica – pero natural – que acompaña a toda medida cautelar. En efecto, en el arco temporal dentro del cual se otorga la tutela cautelar (que va desde el inicio del proceso hasta

¹⁾ Dada la escasez con la que han sido abordados por la doctrina los temas cautelares no referidos propiamente a la "medida cautelar", hemos buscado normar el presente texto algunos comentarios adicionales, junto con datos bibliográficos, en las notas a pie de página. Sin embargo, no dejó de ser válida la lectura lineal, prescindiendo de las citas, para quien quiere extraer el contenido principal de este sumario-estudio.

²⁾ Este trabajo constituye un humilde, pero sentido homenaje a la profesora Sara Taipe Chávez. Para muchos – donde decididamente me incluyo – la más importante y talentosa juez que ha tenido nuestro país en los últimos años. Su honestidad y entrega absoluta a la actividad más digna a la que puede aspirar un funcionario público, no tienen parangón; más aún respecto de aquellos jueces, profesores y juristas que vendieron su conciencia a la dictadura de los noranta y que hoy, la débil memoria de las mujeres, permite que se vuelvan a mezclar entre nosotros.

Dado que las ciudades de Sara siempre son perturbadas por un ambiente cultural, social y político que se obtura por estar cada vez más pudrido, a mediados del 2002, ella fue retirada de la función judicial. Pero, como también sabemos, las malas noticias nunca pueden ser perennes para una persona con la "fuerza limpia de pesadillas".

³⁾ La teoría cautelar mantiene aún una considerable cantidad de zonas grises, sin embargo, sobre el punto referido es posible apreciar un mayoritario acuerdo en el plano dogmático. Por ello mismo nos permitimos señalar la Bibliografía existente al respecto: resulta vasta. Nos limitamos tan sólo a hacer una mención a la obra de Piero Calamandrei, cuyo monografía me ajena a críticas sustanciales moral el inicio de una nueva forma de concebir la tutela cautelar. CALAMANDREI, Piero: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1948. Trad. Santiago Ferris Meléndez, pp. 29-143.

⁴⁾ Consideramos que el concepto "utilidad" resulta esencial para la reconstrucción del, tan venido a menos, instituto del interés para obrar y sus respectivas aplicaciones concretas: interés para impugnar, interés para

la expedición de la decisión final), es constatable la imposibilidad de que el juez y las partes conozcan si la garantía procesal será útil³ a la finalización del proceso ("contingencia"⁴), es decir, si efectivamente la medida cautelar concedida (o por concederse) servirá para asegurar la eficacia de la sentencia o, por el contrario, si resultará absolutamente innecesaria⁴ debido al rechazo del derecho reclamado por el demandante o, lo que es peor, si se dictará un auto de conclusión del proceso por improcedencia de la demanda (por alguna falencia en la configuración de la relación procesal). Esta incertidumbre se debe al natural desconocimiento del futuro resultado del proceso, en tanto se entiende que hasta que no se expida la decisión final, el juzgador aún no ha adquirido la cognición plena (certeza) respecto de la situación jurídica controvertida.

Lo dicho encuentra explicación (y su justificación) en el núcleo central de la tutela cautelar y su correspondiente teoría, que es la que finalmente llena de contenido a la estructura y funcionamiento de aquella. No es este el lugar para efectuar un desarrollo detallado de la teoría cautelar, pero ello no obsta para que enunciemos algunas directrices relevantes para la presente indagación. Así, podemos decir que con el propósito de lograr el fin aseguratorio de cara a la potencialidad de actos maliciosos de la contraparte o frente al simple (pero necesario) desarrollo temporal del proceso, las cautelares se otorgan en un momento en el cual la situación jurídica controvertida resulta incierta (por suceder aquello siempre antes de la decisión final). Es decir, ante la inminencia de un peligro en la demora en el logro de la satisfacción

solicitar una medida cautelar, etc.). Si no media mayor inconveniente, este año presentaremos una monografía sobre el asunto ("Permiso para un estudio sobre el interés para obrar" a publicarse en el séptimo número de la *Revista Peruana de Derecho Procesal*), sin embargo, consideramos válida la remisión al completísimo, pero imprescindible trabajo de SASSANI Bruno: *Interesse ad agire*. Rimini: Maggioli, 1983, en especial pp. 53-76 ("Desvaloración del concepto: la quinta rueda del coche"). Sobre la inexistencia del interés para obrar en sede cautelar, véase SALVANESCHI, Laura. *La domanda e il provvedimento*. En: *Il nuovo processo cautelare*. Padova: Cedam, pg. 240. Nuestra posición discrepante puede apreciarse en, MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002, pp. 250-252.

³ Sobre este punto, permásernos nuevamente una remisión a *Bases...*, *Íbidem*, pp. 160 y 161. También en MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al estudio de la medida cautelar*. En: *Temas de proceso civil*. Lima: Studium, 1987, pp. 39 y 40.

⁴ La contingencia propia de toda medida cautelar supone que la misma se encuentra, a futuro, expuesta a una **verificación objetiva de utilidad**. Así, de no expedirse una sentencia estimatoria de la demanda, estaremos frente a una "medida cautelar innecesaria". Esta, de por sí, no supone la constatación de una actividad ilícita, pues la contingencia cautelar no genera temeridad, negligencia o dolo, sino constituye el estado natural donde se desenvuelve la tutela cautelar, es decir, el derecho del demandante de solicitar los mecanismos necesarios para asegurar la eficacia del proceso (del cual se vale para el reconocimiento de su derecho).

Por su parte, la verificación de la ilicitud (precisamente, para la identificación de una "medida cautelar ilícita" y la respectiva condena al resarcimiento de los daños procesales) constituye un tarea judicial posterior que, en la mayoría de supuestos, sólo se realiza por iniciativa de la parte afectada. Al respecto, CALAMANDREI, Piero. *Introducción...*, *Op. cit.*, pp. 83-85.

La sualla del artículo 621 del CPC equipara erróneamente la medida cautelar "innecesaria" con la "maliciosa" (ilícita), sin embargo, en su contenido las cosas se empujan de modo sustancial. Por nuestra parte, consideramos que, para una interpretación (y, a futuro, una reconstrucción) adecuada de dicha disposición normativa, se debe distinguir entre consecuencias de carácter *reintegratorio* (retrotraer las cosas al estado anterior a la concesión de la medida), *resarcitorio* y *suministrativo*, y todo ello, en función de que la medida sea considerada *o* *innecesaria*, *o* *también ilícita*. (Sobre la necesidad de reconstruir los casos de responsabilidad provenientes de una relación procesal licita, en concepto solitario: **ilícito procesal** y de descartar las aparentes diferencias que pudieran existir entre daños provenientes de un "proceso injusto", respecto de los que derivan de un "proceso irregular". Cfr. GRASSO, Eduardo. *Notre loi d'ordre de illicite processuale*. En: *Revista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1979, pp. 270-274.)

procesal,⁵ la cautelar busca proteger la eficacia de la sentencia, en el supuesto de que se favorezca al demandante, por lo que es necesario alterar algunos valores tradicionalmente aceptados por el proceso (p.e. concesión *inaudita pars*, antes que con contradictorio anticipado, cognición sumaria frente a la cognición plena, sumarización del procedimiento, etc.).

Llegados a este punto y a modo de conclusión provisional, podemos establecer la siguiente premisa metodológica: **por su estructura y función, la medida cautelar es contingente, pues se otorga durante la pendencia del proceso ("litispendencia"), momento en el cual la situación jurídica controvertida ("objeto del proceso") se encuentra en un estado expectatio. A su vez, y ahora argumentando a contrario, la conclusión complementaria por añadirse sería la siguiente: la seguridad respecto a la solución otorgada sobre la situación jurídica controvertida, alcanzada sólo con la conclusión del proceso, es incompatible con la medida cautelar, pues la primera sólo aparece con la expedición de la sentencia y la segunda sólo puede considerarse necesaria durante el natural estado expectatio (o de incertidumbre) producido por la pendencia del proceso.⁶**

II. LAS FORMAS REGULARES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO Y LAS DISTINTAS VICISITUDES DE LA TUTELA CAUTELAR⁷

Planteadas la cuestión en aquellos términos, podemos verificar una necesaria correlación lógica entre las categorías *eficacia de medida cautelar - litispendencia - expectatio* por un lado y, por el otro, entre *sentencia firme - conclusión del proceso - seguridad*.⁸ En esa línea, y continuando con la cadena argumentativa, se aprecia que,

⁵ Para un comentario crítico a las posturas tradicionales sobre "satisfacción procesal", así como, para la proposición de una distinta forma de aproximación al citado concepto, puede verse: MONROY PALACIOS, Juan José. *Cinco temas polémicos en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, N.º V, 2002, pp. 351-353 (Id., En: *Genesis - Revista de Derecho Procesal*, Cuzco, Año VI, Julio - Setiembre, 2001, pp. 611-613.

⁶ "Hay que pensar que la gran mayoría de contenidos judiciales se produce por darse una diversidad de opiniones entre las partes respecto de los caracteres de una determinada situación jurídica (...). Por otra parte, no sólo, cualquiera que sea el procedimiento con arreglo al cual se actúa, representa siempre más o menos una especie de lotería, cuyo resultado es imposible predecir en modo seguro. (...) antes de que se pronuncie el fallo no hay certidumbre ni seguridad acerca de cuál será a ter cerse fallo. Esto sucede siempre". RECASENS SICHES. *Nueva filosofía de la interpretación*. México: 1980, pp. 309 y 310. Citado por SILVA, Ovidio Araujo Bapista da. Anticipación de tutela e responsabilidad objetiva. En: *Genesis - Revista de Derecho Procesal Civil*, Cuzco, Año II, Abril - Junio, 1998, pp. 302.

⁷ Hacemos mención a la "tutela cautelar" en sentido genérico porque ella no sólo se refiere al iter procedimental y a los elementos sustanciales necesarios para la obtención de la medida sino, de manera más amplia, a todos los sucesos a que da lugar la "discusión cautelar" como es el caso, por ejemplo, del cobro de la caución realizable una vez concluida la eficacia de la medida o del derecho a impugnar la medida por parte del demandado. Como veremos en las líneas que siguen, existen muchos aspectos relevantísimos referidos a la tutela cautelar, cuyo análisis se puede concretar satisfactoriamente sin que el mismo pase necesariamente por tocar temas referidos a la medida cautelar entendida esta como resolución judicial estimatoria respecto del pedido cautelar del demandante y su respectiva actuación sobre la situación jurídica del demandado. Si bien la importancia de la medida cautelar es fundamental y consubstancial—qué duda cabe—el tema más importante en sede de tutela aseguratoria (o cautelar, propiamente), no es menos cierto que aquella no monopoliza, ni limita el ámbito de indagación respecto de otros aspectos sumamente relevantes, como es el caso del que estamos desarrollando en el presente estudio.

⁸ Podemos añadir a la correlación lógica enunciada dos elementos que gravitan específicamente sobre la medida cautelar y la sentencia **fundal** (resaltamos "fundal" o "sobre el fondo" para excluir a las "sentencias procesales" o "interlocutorias", identificables en nuestro ordenamiento como autos que concluyen un grado o incluso el proceso mismo). En efecto, mientras que la primera, al proceder garantiza la eficacia de la sentencia, tiene una finalidad **aseguratoria** y se obtiene sobre la base de una **cognición sumaria** (*forms boni iuris*); la segunda, al concluir con el proceso, busca la **satisfacción procesal** y sólo puede ser expedida cuando el juez o jurado haya adquirido **cognición plena** (certeza).

salvo los conocidos casos de extinción, levantamiento o modificación cautelar pasibles de operar durante el desarrollo del proceso,⁹ la eficacia de la medida cautelar **culmina indefectiblemente en el momento en el cual la sentencia (o el auto que culmina el proceso) adquiere la autoridad de la cosa juzgada.**¹⁰ En este punto nos ayuda el carácter instrumental de la medida cautelar,¹¹ pues es claro que esta no tiene por qué continuar desplegando su eficacia cuando el proceso, al cual le brinda su función aseguradora, ha concluido.

Ahora bien, como se sabe, la culminación del proceso puede ofrecer dos tipos de resultado respecto del derecho reclamado y contenido en la pretensión del demandante:

- a) Aquel es rechazado indirectamente mediante la expedición de un auto de improcedencia o, de modo directo, a través de una sentencia sobre el fondo que no reconoce ("infundada") ninguno de los extremos de la demanda.¹²

Sobre las modalidades cognitivas en las distintas fases del proceso, así como, respecto de la cognición del juzgador en las diversas modalidades de procedimientos, véase: WATANABE, Kazuo. *La cognición no procesal civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 2da. Ed., pp. 111-124 ("Modos de utilização da cognição como técnica processual"). También, MONROY PALACIOS, Juan José. I. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, 2002, N° V, pp. 234.

⁹ Una analogación tendencialmente exhaustiva sobre las distintas alteraciones que puede sufrir la tutela cautelar a lo largo del proceso en MONROY PALACIOS, Juan José. *Ídem*. Op. cit., pp. 281-355.

¹⁰ Hecho el desajuste entre "eficacia de la sentencia" y "autoridad de cosa juzgada", en la actualidad resulta perfectamente posible que una sentencia sea plenamente eficaz sin que para ello adquiera el grado de inmutabilidad absoluta que supone la adquisición de la autoridad de la cosa juzgada. En nuestro ordenamiento procesal ello aún no existe (por el contrario, es generalizada la idea de que las apelaciones de sentencia y el recurso de casación se conceden "con efecto suspensivo"), sin embargo, en otros ordenamientos, como el caso italiano o brasileño, la situación es totalmente inversa: la sentencia de primer grado es eficaz (o puede llegar a serlo), en tanto no exista oposición por parte del demandado ("inhibitoria"). Cfr. CHIONENDA, Giuseppe. *Sobre la ejecución provisoria de las sentencias y sobre las inhibitorias*. En: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejes, 1949. Vol. III. Trad. Santiago Sotelo Melendo, pp. 73-102; CARPI, Federico. *La provvisoria esecuzione della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 43-58. Un breve pero penetrante análisis crítico sobre la legislación brasileña y una propuesta de reforma se puede encontrar en PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: tutela antecipada e execução provisória. Estabilização da vinculação de tutela*. En: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 128-133. Sobre los valores que se encuentran en juego entre decidir de inmediato o no de eficacia a la sentencia impugnada, véase MONROY GÁLVEZ, Juan. *La motivación de la sentencia impugnada*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, N° V, 2002, pp. 219 y ss. (Id. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año 1, N° 1, 2002, pp. 281 y ss.).

¹¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción...* Op. cit., pp. 44 y 45; MONROY PALACIOS, Juan José. *Ídem...* Op. cit., pp. 151-153. En contra, SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 3ra. Ed., pp. 68 y ss.

¹² Es claro que los *truncos objetivos de la eficacia de la sentencia sobre el fondo que rechaza la demanda* casi siempre contienen una mayor amplitud y coincidencia respecto de los *truncos objetivos de la eficacia de un auto de conclusión del proceso por improcedencia de la demanda*. En otras palabras, si sobre el demandante recae una sentencia final de rechazo y decide volver a utilizar la vía del proceso judicial, le es oponible la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, si se da el caso de no haber obtenido resultado favorable debido a la expedición de un auto de improcedencia de la demanda, la posibilidad de renovar el intento y esperar un pronunciamiento favorable **dependerá del tipo de vicio procesal que advirtió el juzgador para deducir la improcedencia**. Por ejemplo, si se trata de una falta de legitimidad para obrar activa, la reproposición de la demanda por parte del mismo actor estará expresamente exceptada de cosa juzgada (o a su deducción de oficio por parte del juzgador, aunque este supere, en la práctica, resalta remoto); por otra lado, si el proceso principal culminó por un auto de improcedencia que declaró fundada una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, en el futuro, una vez culminado el procedimiento administrativo, la parte podrá interponer su demanda, con la seguridad de que la relación procesal no será declarada inexistente y, sobre todo, con la seguridad de poder obtener un pronunciamiento válido sobre el fondo. Consideraciones parcialmente similares, en PHOTO PISANI, Andrea. *Appunti sul giudizio civile e un suo tipo oggettivo*. En: *Revista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1990, pp. 380 y ss.

- b) Por el contrario, el derecho reclamado es reconocido (sea total o parcialmente) por la vía de una sentencia fonal de acogimiento.¹²

Ambas alternativas tienen en común el hecho de que, una vez que la resolución judicial ha adquirido autoridad de cosa juzgada, implican una extinción de pleno derecho de la medida cautelar.¹⁴ Ahora bien, entender esta última situación en un plano netamente dogmático, nos llevaría a deducir que también, en ambos supuestos, la consecuencia necesaria a la extinción es que se retrotraigan los efectos jurídicos y materiales producidos por la medida cautelar hasta el momento inmediatamente anterior a su actuación ("ejecución", en sentido lato). Sin embargo, la práctica nos demuestra que cualquier intento de generalización sobre este punto no sólo resulta errado, sino también caótico, pues existiendo un silencio por parte de la doctrina y un vacío normativo (anomia) a este respecto, la solución judicial que de manera cotidiana se le viene dando a este asunto resulta dispersa y hasta, en no pocos casos, contradictoria.

En efecto, intentando efectuar una somera reconstrucción sobre este punto, podemos constatar que las dos posibilidades esbozadas presentan algunas diferencias de carácter sustancial que inciden directamente sobre la tutela cautelar y sobre la eficacia final que el proceso debe otorgar.

En el literal a) (no reconocimiento definitivo de lo reclamado por el demandante), la citada extinción conlleva forzosamente a advertir que la cautelar concedida resultó *innecesaria*.¹⁵ Sin embargo, si bien es cierto que, independientemente del contenido de la demanda y luego de expedida alguna de las resoluciones de rechazo señaladas en aquel literal, no existirá posterior fase de ejecución (ejecución *lato sensu*, es decir, propia, impropia o indirecta), no podemos negar que, a iniciativa del demandado, se podrá iniciar un incidente post cautelar destinado a verificar la responsabilidad del solicitante de la medida y la posible existencia de daños resarcibles producidos por esta sobre la esfera jurídica y material de quien la soportó. De esta forma, el mencionado incidente (o sub-procedimiento) establecerá, si hubiera lugar, el cobro de la caución y el pago de un monto de adicional o la liquidación del remanente, dependiendo si aquella "garantía de la garantía"

¹² ¿Una sentencia de acogimiento parcial es igual que una sentencia de rechazo parcial? Por razones de claridad expositiva, preferimos no abordar un tema de discutible relevancia práctica y técnica.

¹⁴ "Tutte le misure cautelari son provvisorie, in quanto la cognizione somaria del giudice della causa deve aver balzato per una menore stabilità de' suoi effetti, sino perche la relazione, che viene per esse costituita, non per la natura intrinseca sua destinata a agitare in el momento in el qual suona la decisione sobre el merito; es decir, la medida cautelar no tiene ninguna vocación de desarrollar efectos definitivos o, de cualquier modo, sujetos a un régimen de apreciable estabilidad, desde el momento que realiza por entero su función precisamente en la provisionalidad de su duración, vinculada a la interposición y el necesse definirse de la causa subyacente". ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza et art. 700 CPC*. Padova: Cedam, 1985, pg. 44.

¹⁵ La verificación de una "medida cautelar innecesaria" nos lleva a advertir que la expectativa del demandante al momento de conceder la medida, según lo cual aquella aseguraba la eficacia de la sentencia, se verificó fallida a la finalización del proceso, pues sea que se declaró infundada o improcedente la demanda, lo cierto es que no se reconoció la posición jurídica reclamada por el actor. Como ya señalamos, tal constatación, por sí misma, no conlleva un juicio de valor, ni mucho menos, a la deducción de algún tipo de responsabilidad (que se haría efectiva a través del "cobro", por parte del demandado, de la caución otorgada como presupuesto de actuación de la medida). Se trata simplemente de un *juicio de carácter objetivo* que pasa por reconocer que ante el no reconocimiento judicial de la situación jurídica reclamada por el demandante, la medida cautelar no sirvió para garantizar nada. Para información complementaria, ver, *id.*, 4.

resultó diminuta o excesiva, respectivamente.¹⁶ En nuestro ordenamiento se añade la multa (primer párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil) como sanción frente a la cautelar innecesaria (sea esta ilícita o no).

En otras palabras, las alternativas de no reconocimiento definitivo de la demanda del actor, según los supuestos señalados en el literal a), suponen que, luego de la extinción de pleno derecho de la medida, se producen tres consecuencias (las dos primeras necesarias y la última eventual):

- a.1. Calificación de la medida cautelar como innecesaria, en tanto *ex post* se constató que la misma no sirvió para garantizar los derechos reclamados por el demandante. Se trata de un juicio meramente objetivo.¹⁷
- a.2. Retroacción de los efectos jurídicos y materiales de la medida cautelar hasta el momento inmediatamente anterior a la actuación de la misma; y
- a.3. A iniciativa de parte, inicio de un incidente post cautelar de tramitación sumaria, destinado a identificar la responsabilidad procesal del solicitante de la medida y, de existir a aquella, la sucesiva liquidación de daños y su cobro efectivo de acuerdo a los mecanismos ya mencionados. Por el contenido de esta discusión, es evidente que el juicio a realizarse por parte del juzgador será en función de la existencia o no de responsabilidad subjetiva.¹⁸

Por su parte, en el caso del literal b) (reconocimiento definitivo de la pretensión reclamada judicialmente), como ya se dijo, a la conclusión definitiva del proceso opera, igualmente la extinción de pleno derecho de la medida cautelar. Sin embargo, esta constatación, sencilla en apariencia, no escapa de enfrentar un problema

¹⁶ Falando una regulación expresa sobre los incidentes post cautelares, es necesario señalar que las reflexiones expresadas en el párrafo de donde proviene la llamada a esta nota a pie, antes que de *nunc exstendo* (referidos al "cómo es") son de *non casudo* (referidos al "cómo debería ser"). Sin embargo, dado que es una necesidad real de muchos sujetos afectados por "medidas cautelares ilícitas" y apoyándonos en la reflexión de Piero Pisani, según el cual, muchos procedimientos sumarios pueden cometerse en la práctica judicial sin que para ello exista una regulación expresa, confiamos en que los juzgadores, sencillamente, vayan dejando de lado el problema de aquella materia y procuren una tutela plena en este aspecto específico. Ver: PISANI, Andrea *La tutela sommaria di protezione e il procedimento per regolamento nell'ordinamento italiano*. En: Revista de Procedimiento. São Paulo, RT, 1998, pp. 25 y 26; para breves reflexiones sobre los incidentes post cautelares puede consultarse MONROY PALACIOS, Juan José *Antes...*, Op. cit., pp. 334 y 335; sobre la sumaria diferencia entre "medidas cautelares innecesarias" y "medidas cautelares ilícitas", se puede consultar el mismo trabajo, pp. 329-333.

Sobre las consideraciones de *nunc exstendo* como principal línea realizada por la doctrina, FAZZALARI, Elio, *Introduzione al diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996, 8va. Ed., pp. 25-27.

¹⁷ Al igual que la hipoteca, la prenda o la caución, la medida cautelar constituye un garantía jurídica, sólo que de carácter estrictamente procesal. Por eso, comparte la característica fundamental de toda garantía que consiste en constituir un remedio anticipado frente a la eventualidad de un futuro hecho dañoso. Por ello mismo, su finalidad no se frustra si es que el hecho dañoso nunca se produce (p.e. el demandado con medida cautelar es contra, nunca realizó actos ilícitos) o el demandante sale victorioso del proceso con sentencia firme = la medida cautelar fue igualmente eficaz pues le aseguró al demandante el estar a salvo ante una eventualidad -la configuración del daño- que nunca se concretó. Por el contrario, la finalidad de la garantía si se frustra y, por consecuencia, su existencia puede considerarse innecesaria cuando la situación jurídico-fáctica sobre la cual se instalaba se fundó en aseguración se declara, *non habet in petendo, seu facit el futuro*, inexistente. Así, por ejemplo, la finalidad de una hipoteca se frustra cuando se declara nulo el contrato de crédito sobre el cual operaba dicha garantía (verificación *frente al pasado*). Del mismo modo, la finalidad de la medida cautelar se frustra cuando se expide una sentencia que declara infundada la demanda. De esta manera, respecto del momento en que se concede la medida cautelar, la calificación de esta como innecesaria supone una verificación *frente al futuro*.

¹⁸ Nos remitimos nuevamente al trabajo de Osvaldo Bapista da Silva, ver cit. 6.

relativamente complejo y de indiscutible relevancia práctica. En efecto, en esta etapa, luego de extinguida la cautela, se presenta un tema que resulta fundamental por encontrarse ligado a la eficacia misma de la tutela procesal, pero que, lamentablemente, ha sido descuidado tanto por la doctrina como por la legislación contemporánea en general (nuestro ordenamiento procesal civil tampoco escapa a esta crítica).

Así, lejos de suponer una cuestión que se soluciona de manera "automática", la extinción de pleno derecho de la medida cautelar cuando el proceso ha terminado con un pronunciamiento favorable al actor, nos obliga a realizar un ejercicio interpretativo adicional. Por ejemplo, a diferencia de los casos de extinción señalados en el punto sub a), este particular caso no supone una retroacción inmediata de los efectos jurídicos y materiales de la medida. ¿Por qué? Precisamente, aquí descansa el tema principal del presente análisis que, a continuación, pasamos a enunciar y a intentar dar solución.

III. CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA FASE DE ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA: DISTINCIÓN ENTRE "OPORTUNIDAD PARA EL ASEGURAMIENTO" Y "OPORTUNIDAD PARA LA SATISFACCIÓN"

1. Enunciación del problema

A lo largo de los dos apartados anteriores hemos desarrollado dos cuestiones que resultan vitales para la identificación del problema base que abordamos en el presente trabajo. En primer lugar, reflexionábamos sobre cómo ese juego de contingencias (expectativas, incertidumbre) en que se desenvuelve la tutela cautelar durante la pendency del proceso, termina decantándose en un momento posterior de certeza, donde todo lo que queda claro es que, con la culminación definitiva del proceso, la medida cautelar, cuya vigencia sobrevivió hasta aquel punto, queda extinta de pleno derecho.

Inmediatamente después apreciamos que la aparente simpleza a la que podría reconducirse el discurso a partir de ese momento, sufría nuevamente una dramática crisis cuando intentamos indagar qué sucede realmente con la tutela cautelar. En efecto, vimos que las consecuencias posteriores a la extinción varían sustancialmente en función del reconocimiento o no de la situación jurídica del demandante. Por último, dentro de aquellas dos alternativas (postergando la realización de un estudio exhaustivo de una de ellas para un momento de mayor pertinencia), decidimos encaminar la dirección de nuestro análisis hacia el particular caso en el cual aquel reconocimiento se produce, originado regularmente por intermedio de la expedición de una sentencia que declara fundada la demanda. Sobre este punto se dijo que si bien en el plano estrictamente dogmático la medida cautelar debía extinguirse de pleno derecho, en la práctica forense cotidiana era sencillo constatar que, por el contrario, la mayoría de jueces y, por supuesto, la parte triunfadora de la litis, prefieren continuar con la eficacia de la medida extinta. ¿Qué clase de fenómeno puede provocar un divorcio tan severo, una contradicción tan evidente entre teoría y realidad?

2. Premisas de orden reconstructivo

En primer lugar, teoría y práctica aparecen aquí notoriamente distanciados en virtud de que el problema que acabamos de identificar tiene aquella rara cualidad de constituir una suerte de tema oculto a los ojos de la doctrina, desde donde resulta

imposible identificarlo siquiera. Por el contrario, desde la perspectiva práctica el asunto queda descubierto en su totalidad. Intentemos apreciar por qué.

Sobre la base de un ejercicio lógico elemental, podemos advertir que la medida cautelar cumple su finalidad aseguratoria hasta el momento mismo de la expedición de la sentencia que declara fundada la demanda. En efecto, a partir de ese instante ya nada queda por *asegurar*, sino que, definida la suerte de la litis e identificado al sujeto demandante como victorioso, el empeño de los actos judiciales estará dirigido (a pedido de parte, para los procesos que reconocen derechos dispositivos) a *satisfacer*, es decir, al desarrollo de actos destinados a que los preceptos contenidos en el fallo (pago de suma de dinero, entrega de un bien, realizar un prestación de hacer, etc.) se cumplan en sus estrictos términos, tanto en el plano jurídico como en el fáctico. De esta manera, salvo que el demandado (y siempre que esté en sus manos hacerlo) decida acatar espontáneamente lo ordenado en la sentencia (recuérdese que el juzgador, cuando el contenido de la sentencia lo permite, utiliza esta alternativa como primera opción a través del “auto de requerimiento” o de “requiérase”), se trata, propiamente, de activar los mecanismos de actuación de la sentencia que culminarán con la satisfacción procesal plena.¹⁹ Solo al final de esta fase se entenderá que la tutela procesal efectiva se ha concretado respecto del sujeto que tiene la razón.

Ahora bien, sobre la base de lo dicho, es posible identificar dos situaciones claramente diferenciadas en función al estado del proceso y a la situación de la tutela cautelar: una **oportunidad para la aseguración**, durante la pendency del proceso y que solo se perfeccionará cuando se verifiquen los presupuestos para la concesión de una medida cautelar y, por otro lado, una **oportunidad para la satisfacción**, iniciada luego de que la sentencia favorable ha adquirido firmeza, la cual se prolonga hasta el perfeccionamiento jurídico y fáctico de lo contenido en el fallo. Sin embargo, la paradoja permanece insuperable: ¿cómo es que la práctica demuestra que el desarrollo armónico (desde el proceso y su cautela hasta la satisfacción procesal) descrito en el párrafo anterior, no se verifica en la realidad?

¹⁹ Sin ánimo de desviar la atención del lector, pero con el propósito de prevenirle de algunos potenciales equívocos, consideramos pertinente señalar lo siguiente:

Desde hace algún tiempo, preferimos señalar que los preceptos de una sentencia judicial, desde una mirada de conjunto y sobre la base de una propuesta de sistematización, se **actúan**, no se **ejecutan**. Es decir, el análisis sobre cómo la sentencia concreta sus preceptos en el plano jurídico y fáctico, realizado plenamente la tutela procesal efectiva, se denomina propiamente “actuación de las sentencias” y no (como tradicionalmente se sostiene) “ejecución de sentencias”. El último concepto es errado porque, por un lado, resulta sumamente restrictivo (olvida otras formas de actuación de las sentencias) y, por el otro, desconoce la existencia de sentencias que no se encuentran provistas de una fase posterior de actuación, sino que esta se produce automáticamente, es decir, con la sola adquisición de la sentencia de la autoridad de cosa juzgada.

Así, en el escenario actual de la tutela procesal de los derechos se identifican las siguientes formas de actuación:

- a) Ejecución directa: Ejecución de sentencia propiamente dicha (ejecución forzada) que se encuentra prevista únicamente para la realización judicial de prestaciones de *ser* y *hacer* fungibles, con contenido patrimonial.
- b) Ejecución indirecta: Para las prestaciones infungibles (donde se cuentan, entre otras, las obligaciones de *no hacer*). Se actúan mediante medidas coercitivas (multas, prisión civil, etc.). En la mayoría de supuestos dichas prestaciones no tienen contenido patrimonial, y si lo tienen, su función principal no es propiamente actuar una prestación dineraria, sino, reconocer un derecho fundamental a la persona o a un grupo social (consumidores, sindicatos y, en general, derechos difusos y colectivos).
- c) Ejecución impropia: Las sentencias de mera declaración y las constitutivas son aquellas desprovistas de fase posterior de ejecución, pues se entiende que solo con adquirir la autoridad de cosa juzgada logran la satisfacción procesal (p.e. sentencia de divorcio). Sin embargo, este tipo de sentencias pueden requerir la realización de actos de mera tramitación destinados a perfeccionar la eficacia de la tutela procesal obtenida (p.e. inscripción de la sentencia de divorcio en el registro de partidas matrimoniales).

No se verifica precisamente porque, en los hechos, la expedición de la sentencia favorable y su sucesiva adquisición de la autoridad de la cosa juzgada **no genera de modo inmediato** (o instantáneo, si se prefiere) **la satisfacción procesal**. En efecto, salvo los casos de sentencias de mera declaración y constitutivas donde la actuación sí es inmediata (y donde, curiosamente, se suele cuestionar la posibilidad de solicitar/conceder medidas cautelares), en los demás supuestos, donde se ubican las sentencias de condena que ocupan, al menos, las nueve décimas (9/10) de la carga judicial de cualquier país occidental adscrito al *Civil Law*, para alcanzar la satisfacción **se requiere de un conjunto de actos procedimentales sucesivos que se prolongan indistintamente en el tiempo, de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto**. En el Perú, por ejemplo, luego de expedida una sentencia que ordena el pago de una suma de dinero y de haberse desestimado las eventuales impugnaciones contra la misma (mediante apelación o, además, con recurso de casación), hay que esperar que el expediente judicial sea remitido nuevamente al juez de primer grado (al menos un mes) pues es quien se encarga de la ejecución forzada. Luego, hay que solicitar el "requerimiento" al demandado para que cumpla con lo ordenado por la sentencia final. Ahora bien, si el "requiérase" no surte efecto (lo cual sucede en la mayoría de oportunidades), se inicia la fase propiamente de ejecución, donde el propósito del demandante, en ese momento ya ejecutante, será contribuir con el juzgado para identificar bienes patrimoniales del ejecutado, con el objetivo de que a través de la enajenación de aquellos quede satisfecho el derecho de crédito reconocido al actor. Regularmente, esto se produce por la vía del remate judicial, el mismo que transforma en dinero los bienes del actor para, con ello, intentar cubrir el monto adeudado que se señala en la sentencia. En otras latitudes se presentan algunas alternativas que no necesariamente pasan por un acto de enajenación y que, en determinados supuestos, pueden resultar más flexibles para el deudor (nos referimos a la hipoteca, la prenda y, sobre todo, al usufructo judicial).

Por tanto, nos queda claro que en el punto de inflexión marcado por la adquisición de autoridad de cosa juzgada de la sentencia, luego del cual el momento de la aseguración es trocado por el momento de la satisfacción procesal, la situación resulta mucho más problemática si dejamos de lado los datos meramente teóricos. De este modo, si la medida cautelar se extingue y, consecuentemente, si sus efectos aseguratorios fueran removidos de inmediato, mientras se producen las tramitaciones y los actos destinados a concretar la actuación de la sentencia (p.e. ejecución forzada y medidas coercitivas), **es absolutamente posible que en ese lapso la parte demandada pueda realizar actos destinados a burlar el cabal cumplimiento de la sentencia**. Por ejemplo, si una medida cautelar de secuestro sobre cuatro pinturas se levantara sin que aún se hayan iniciado los trámites para el remate de aquellos bienes con el cual el acreedor que venció en el proceso piensa hacerse del cobro, nada impide que en ese transcurso la contraparte (a quien, como producto de aquella extinción cautelar, se le devolvieron las obras), realice actos de disposición, provocando que *"en el entretempo... se escapen los boques"*¹⁶, es decir, que la fase de ejecución forzada, a partir de ese momento, no pueda incidir sobre bienes que ya pertenecen a un tercero. Esta situación resulta sumamente dramática si apelamos a la imaginación y verificamos que en realidad ello afecta a la generalidad de los procesos judiciales donde el peligro en la demora hizo necesario el recurso a una medida cautelar (p.e. aquella que suspende un acuerdo de accionistas, la de no inmovar

¹⁶ REDENTI, Ettore. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1957. Vol. III, pg. 51. Aunque la aplicación de las medidas cautelares, la frase citada es plenamente aplicable a nuestros casos.

que prohíbe actos que atenten contra el derecho a la intimidad, a la honra, a la protección del medio ambiente, a la tutela de los consumidores, etc.)

Concientes del desamparo sobre los intereses del demandante que se produciría de levantar *ipso facto* los efectos jurídicos y materiales de la medida cautelar, la experiencia jurisprudencial producida, a diez años de vigencia del Código Procesal Civil, demuestra que son pocos los casos donde esa situación de injusticia realmente se produce. Como ya se apuntó líneas atrás, nuestro cuerpo legislativo guarda un relativo silencio sobre esta materia, sin embargo, no son pocos los juzgadores (más bien diríamos, la mayoría) que han realizado un esfuerzo interpretativo de integración de los principios generales del proceso hacia la búsqueda de una auténtica tutela procesal efectiva. En la práctica, si bien se sobreentiende que la medida cautelar queda extinta, los efectos jurídicos y materiales de la misma se mantienen vigentes hasta que se produzca la satisfacción procesal plena, permitiéndose al demandante el reconocimiento concreto de los derechos válidamente verificados a través del litigio.

Llegados a este punto nos volvemos a hacer la pregunta formulada anteriormente: ¿existe contradicción entre la teoría que ordena la extinción de la medida cautelar y la realidad que apuesta muy justificadamente hacia la continuación de los efectos jurídicos y prácticos de aquella? En realidad no. A continuación fundamentamos nuestra respuesta.

La extinción siempre supone un "dejar de ser", un momento en el cual una situación pierde entidad y reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Por ello, y esto es correcto, comúnmente se entiende que la extinción de una situación jurídica supone la remoción absoluta de todos los efectos jurídicos y prácticos que ella genera, hasta el momento inmediatamente anterior a su aparición (así sucede, por ejemplo, en el caso de la "medida cautelar innecesaria" o más genéricamente, en los casos de "tutela reintegratoria"). Sin embargo, pretender que aquella postura abarque todo el concepto de la extinción nos llevaría a un reduccionismo no justificado, en la medida en que también ese "dejar de ser" puede ser representado por una **conversión**, es decir, por una sensible alteración de los elementos **estructurales** y/o **funcionales** de una situación jurídica.²¹

Como se puede apreciar, se trata de una alteración tan radical que, en estricto, supone la desaparición (extinción) de la situación jurídica originaria. Sin embargo, esto no es el único efecto de la extinción por *conversión*, sino que se caracteriza también por provocar una **relación de simultaneidad**, pues en el mismo momento en que se extingue una situación, aparece una nueva y distinta.

²¹ Si bien la extinción puede ser por conversión, no toda conversión supone una extinción. Por ejemplo, la modificación ("variación") de un embargo en forma de interdicción o información, por otro de intervención en administración, si bien es una conversión, no supone acto extintivo alguno. En efecto, tanto el primer como el segundo embargo convienen en medida cautelares y, por ello mismo, como toda cautelar, se encuentran sometidos a los mismos requisitos de procedencia (para solicitarla), de estabilidad (para inspeccionarla), de eficacia (cumplimiento de la resolución cautelar), etc. A su vez, ambos cumplen el mismo propósito: asegurar la eficacia del proceso y, sobre todo, conservar la misma ley que otorga entidad al instituto: la teoría cautelar.

Sin embargo, dado que el derecho no es una ciencia exacta, no podemos excluir la existencia de zonas grises, donde las posibilidades de determinar si un fenómeno de conversión, llega a ser también uno de extinción, resultan complejas. Por ejemplo, en el Derecho Civil, los casos de expresión (nervación subjetiva del deudor).

Así, como ya habrá intuido el atento lector, lo que sucede con la **medida cautelar** en el momento en el cual culmina un proceso con sentencia firme estimatoria es precisamente un fenómeno de *extinción por conversión de pleno derecho*, luego del cual, la medida cautelar se transforma en **medida ejecutiva**. En este estadio, la medida conserva los efectos prácticos y jurídicos respecto de la situación del demandado, sin embargo, la variación sustancial se produce en los dos aspectos fundamentales antedichos: en el plano **estructural**, los efectos de la ahora medida ejecutiva ya no se encuentra sujeta a los presupuestos para la concesión de una medida cautelar (peligro en la demora, verosimilitud del derecho y adecuación), tampoco resulta relevante el presupuesto para la actuación de la medida (caución).²² Por otro lado, en el plano **funcional**, la medida ejecutiva ya no persigue, al menos como finalidad principal, la aseguración de la eficacia del proceso, sino que, automáticamente, se instala como acto de ejecución inicial, al que le sucederán otros actos procesales (ejecutivos) destinados al logro de la satisfacción procesal. Sin embargo, el punto de quiebre causado por la culminación del proceso con resultado favorable para el demandante y que distingue claramente la ya mencionada **oportunidad para la aseguración** respecto de la **oportunidad para la satisfacción procesal**, también añade otras características diferenciadoras que nos aclaran aún más el panorama: mientras la medida cautelar se otorga en un momento de incertidumbre, sobre la base de una cognición sumaria, la medida ejecutiva presupone para su existencia un estado de certeza, donde se ha establecido de modo definitivo cuál es el resultado final del litigio; mientras la medida cautelar constituye una resolución judicial que luego de su efectiva actuación (ejecución, en sentido lato) garantiza la eficacia del proceso, es decir, constituye el punto culminante de la protección de un derecho subjetivo (tutela cautelar), la medida ejecutiva no constituye, por sí misma, un acto definitorio respecto de algún tipo de tutela procesal, sino más bien, tiene una eficacia intermedia, es un acto preparatorio que, concatenado con otros, busca la satisfacción procesal.

IV. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA MEDIDA EJECUTIVA

Aunque puede deslizarse de una primera impresión, debemos señalar que la **medida ejecutiva no necesariamente nace de la extinción de una medida cautelar**. De hecho, la mayoría de ellas surgen en plena fase de actuación de la sentencia (ejecución forzada o medidas coercitivas). Lo explicamos a continuación.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que, al discutirse en un contexto de certeza (en oposición al de incertidumbre producido durante la pendency del proceso), no se encuentran sometidas a las restricciones de la medida cautelar. A su vez, es claro que su única limitación en cuanto al tipo de medida ejecutiva a concederse, se encuentra en el hecho de que deben ser actuadas en función del contenido de la sentencia favorable al actor, pues buscan la concreción de la misma, tanto jurídica como material. Por ello mismo, una característica fundamental de las medidas ejecutivas es su **flexibilidad**. Así, sin que se deje de lado la posibilidad de que la contraparte o, eventualmente, un tercero ajeno al litigio pueda ejercer válidamente su derecho de defensa, es innegable que al juez y a la parte interesada les está dado apelar a un amplio ejercicio interpretativo destinado a identificar y hacer efectivos los mecanismos ejecutivos que mejor se acomoden para la plena actuación de la sentencia.

²² De hecho, como correctamente lo prescribe el artículo 620 del Código Procesal Civil, la extinción del proceso con resultado favorable que se otorga la medida, supone la "cancelación de la contrapartida" (caución cautelar).

Un ejemplo puede explicar mejor esta situación: un proceso destinado al cobro de una suma de dinero culmina con resultado favorable al actor. En el transcurso del mismo este se vio beneficiado por una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un vehículo de propiedad del demandado. Ahora bien, dado que ha operado la conversión de pleno derecho, la medida ejecutiva se encuentra constituida precisamente por el embargo mencionado. Sin embargo, como es fácil deducir, el embargo (en cualquiera de sus expresiones) supone únicamente un acto de afectación jurídica respecto de un determinado bien. Este resultado es insuficiente para proceder a un futuro remate. Para llegar a ello, previamente es necesario efectuar una desposesión física de los bienes del demandado. El mecanismo adecuado para alcanzar ese propósito se asemeja enormemente al del secuestro conservativo (medida cautelar de desposesión física sobre un bien que no es materia directa de la controversia procesal). De hecho, no existe mejor forma de explicarle al juez qué es lo que se requiere para acceder al remate que no sea a través precisamente de la medida de secuestro. Dado que no estamos en momentos de pedir medida cautelar, ¿qué es lo que se debe hacer? **Continuar con la eficacia del embargo (para evitar cualquier intento de enajenación de los bienes) y solicitar, en modo complementario, una medida ejecutiva en forma de secuestro conservativo.** Con esta salida, el ejecutor tendrá dos medidas ejecutivas a su favor. La de embargo obtenida de pleno derecho (luego de la extinción por conversión a la finalización del proceso) y la segunda, por iniciativa privada. Ambas actuarán de manera complementaria, permitiendo que la ejecución forzada transite su curso habitual hacia la plena realización del derecho de crédito reconocido por la sentencia.

Pese a ello, en la práctica forense nacional, si bien bajo distintos formatos, se suele pedir lo mismo que hemos señalado, conviene precisar que muchas veces las partes cometen errores de expresión que confunden al juzgador y llegan a frustrar los válidos propósitos del ejecutante. En efecto, continuando con el desarrollo del caso práctico, a veces sucede que este solicita, en modo conciso, "secuestro conservativo"; otras "medida cautelar de secuestro" o, peor aún, "ampliación de medida cautelar", pues afirma que a la "ya existente de embargo en forma de inscripción, se le añade la de secuestro". Se llega también al extremo de solicitar la admisión de una "acumulación sucesiva de medidas cautelares", pues –se dice– "se está solicitando secuestro en un momento posterior al pedido cautelar originario (embargo)". Y así, verificando el juzgador que luego de la expedición de la sentencia final (con autoridad de cosa juzgada), ya no hay lugar para la concesión de medidas cautelares, no encuentra otra alternativa que expedir resoluciones de improcedencia del pedido, en cada uno de los particulares supuestos ejemplificados. Si bien se puede sostener, a favor del ejecutante, que muchos de aquellos casos constituyen meros problemas de orden terminológico (que el juez, apelando a los amplios poderes interpretativos que le concede nuestro ordenamiento procesal, debería superar), ello en nada justifica persistir en el error de confundir dos instituciones que, como hemos venido observando, poseen una estructura y un funcionamiento claramente diferenciados.

Pasando a otro lema, es posible que aún queden dudas sobre qué elementos debe tener en cuenta el juzgador (ámbito cognitivo) para calificar la pertinencia de la concesión de una medida ejecutiva. Obviamente esta problemática se ubica en caso de que el ejecutante solicite medidas distintas de la obtenida como producto de la extinción por conversión de pleno derecho que sufrió la medida cautelar o, inclusive, en los casos en los cuales ni siquiera se llegó a otorgar una cautelar a lo largo del

proceso²³ o que esta se haya extinguido, por las diversas causas conocidas, durante su desarrollo.²⁴

Lo cierto es que en todos esos supuestos el ejecutante debe fundamentar la necesaria realización de determinados actos destinados a perfeccionar la ejecución (*rectius*: consumarla, alcanzar la satisfacción procesal). El problema no es impertinente porque muchas veces se producen confusiones como en el caso antes ejemplificado (¿se piden cautelares en fase de actuación de sentencia!). A su vez, dicha posibilidad se refuerza cuando apreciamos que buena parte de la doctrina española —de enorme penetración en nuestro medio— considera, erróneamente, que las medidas cautelares se caracterizan por su “homogeneidad” con los actos de ejecución forzada, como si toda cautelar se otorgara para una “futura ejecución forzada” y no para otras formas de actuación como es el caso de las medidas coercitivas para los procesos preventivos, por sólo citar un ejemplo.²⁵

Para ensayar nuestra respuesta, comencemos por desechar qué es lo que no debe ser fundamentado: los presupuestos cautelares para su otorgamiento (peligro en la demora, verosimilitud, adecuación) y el presupuesto dirigido a su actuación (caución). Por el contrario, podemos decir que el único criterio a utilizarse para su concesión constituye la **idoneidad de las medidas ejecutivas para alcanzar el pleno reconocimiento jurídico y material del derecho reconocido en la sentencia**, es decir, concretar la satisfacción procesal del sujeto victorioso, para así lograr, precisamente, la tutela procesal efectiva.

Por último, queda por agregar que si bien la persecución de ese propósito se realiza en un plano donde ya existe una decisión con autoridad de cosa juzgada que ampara los derechos del ejecutante, ello no supone que dicho fin pueda ser alcanzado sin limitación ni parámetro alguno. Nunca deja de encontrarse presente el derecho de defensa del ejecutado o de cualquier tercero, ajeno a la relación procesal, para oponerse a aquellos actos ilícitos que superen injustificadamente el ámbito propio de la debida actuación de la sentencia.²⁶ Por ello el juez, para analizar la idoneidad de

²³ Fuede que no se haya presentado uno de los presupuestos cautelares o que, simplemente, por cuestiones de estrategia procesal, la parte haya decidido no solicitar una medida cautelar. En nuestro país, por citar solo un ejemplo, es común que las entidades financieras, antes de iniciar un proceso de ejecución destinado al cobro de una deuda, realicen una búsqueda registral destinada a identificar bienes del demandado sobre los cuales solicitar una medida cautelar. Así, si el resultado de aquella búsqueda fuera negativo, (salvo que no se identifique otro tipo de bienes) es muy probable que la cautelar no se solicite.

²⁴ Ver cita 9.

²⁵ Cfr. TARUFFO, Mabelo, *L'attuazione del provvedimento di condanna*. En: *Processo e tecniche di attuazione del diritto*. Napoli, Jovene, 1989, T. I, pp. 63 y ss.; MARINONI, Luiz Guilherme, *O procedimento cautelar clássico e a classificação tripartite das cautelares como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2002, N° 5, pp. 171 y ss.; MONROY PALACIOS, Juan José, *Criterios...* Op. cit., 223 y ss. Sobre la particular, *per se* ajena, posición de la doctrina española, puede verse: SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría general de las medidas cautelares*. En: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Iul. Gráficas M. Pareja, 1971, pp. 17-21; ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo preventivo*. Granada: Comares, 1998, pp. 10-12; MONTERO AROCA, Juan, *Medidas cautelares*. En: *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1988, pp. 435 y 436; en contra (y con quien, ciertamente, coincidimos), CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Barcelona: Civitas, 1992, pp. 59-62.

²⁶ Sobre la inoponibilidad de derechos adquiridos por terceros en fase de actuación de sentencia, v. BONSIGNORI, Angelo, *L'esecuzione forzata*. Torino: Giappichelli, 1996, 3ra. Ed., pp. 140-142. En mucho más general, sobre la posibilidad de que la eficacia subjetiva de la sentencia con autoridad de cosa juzgada pueda manifestarse no sólo respecto de las partes procesales, sino también respecto de terceros, cfr. PRATO PISANI, Andrea, *Opposizione di terzi all'esecuzione*. Napoli, Jovene, 1965, pp. 79.

cada uno de los actos preparatorios de la ejecución (entendida esta en sentido lato) deberá proceder teniendo en cuenta el **principio de razonabilidad**, dentro del cual se encuentra el imperativo de conceder únicamente aquellas medidas ejecutivas que sean congruentes y razonables con el propósito deseado (repetimos, la satisfacción procesal).

Otro elemento que complementa la labor del juzgador, pues lo persuade de no convertir la fase de ejecución en un conjunto de actos arbitrarios-injustos-ilícitos y, además, que guía de modo más claro aún la aplicación de la razonabilidad, es el **principio de mínima injerencia**, según el cual, la necesaria intromisión dentro de la esfera jurídica del ejecutado, con el propósito siempre de lograr el reconocimiento de los derechos del ejecutante, se deberá realizar buscando el mínimo grado de incidencia sobre dicha esfera. Es decir, sin sacrificar, en la medida de lo posible, los derechos del sujeto que no han sido discutidos durante el proceso y que, por tanto, no forman parte del fallo contenido en la sentencia estimatoria.

V. COMENTARIO NORMATIVO Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

Si bien, como hemos venido señalando, nuestro Código Procesal Civil prevé una regulación parcial respecto de la situación de la medida cautelar luego de que ha quedado firme la sentencia estimatoria y, por otro lado, sostenemos que dicha falta de plenitud bien puede superarse sobre la base de un esfuerzo interpretativo por parte del juzgador, no está demás comentar una norma que se acerca mucho a nuestro tema de análisis. Se trata del segundo párrafo del artículo 619 que señala: **"Eficacia de la medida cautelar.- (...)"** *"La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito"*.

Una interpretación literal nos llevaría a deducir que, extinguida la medida cautelar (con la finalización del proceso), los actos destinados a la ejecución (en sentido lato) deberán realizarse en función del bien del demandado que, en su momento, fue afectado por dicha medida.

Ahora bien, si partimos de la premisa según la cual los actos de ejecución solo comenzarán a instancia de parte (a excepción de los procesos donde se discuten derechos indisponibles), podemos advertir que, en el tiempo que transcurre desde la expedición de la sentencia última hasta el inicio de la ejecución, igualmente estaría presente el problema producido por el vacío temporal dentro del cual el demandado (ya sin cautelar que lo limite) puede realizar actos destinados a frustrar la satisfacción procesal del actor (p.e. enajenar los bienes antes cautelados). Aquí se encuentra el primer defecto de aquella disposición normativa.

En segundo lugar, al referirse dicha norma a "bienes", resulta sencillo constatar su insuficiencia o, mejor dicho, su **incapacidad de dar adecuada respuesta a los diversos tipos de medida cautelar, toda vez que no todas suponen una afectación (jurídica o material) de carácter patrimonial**. En efecto, a pesar de que en doctrina es válido referirse a "bienes no patrimoniales", no es menos cierto que dicho concepto, al menos en el modo predominante en que es utilizado en sede nacional, tiende a limitarse al tratamiento de derechos pasibles de sufrir una conversión monetaria. Para constatar la mencionada insuficiencia, veamos, por ejemplo, el siguiente caso: se concedió una prohibición de innovar (o "medida cautelar de no innovar", artículo 687) según la cual, durante el desarrollo del proceso preventivo, se ordenó al demandado (un medio de comunicación masiva) no realizar actos destinados a afectar el derecho a la intimidad del actor (o demandante). En este supuesto, la cautelar no

afecta propiamente un bien (ni mucho menos, con contenido patrimonial), sino, limita el ejercicio de un derecho del demandado (restricción de la libertad de expresión). Como se puede deducir, la imposibilidad de aplicar el artículo 619 del Código Procesal Civil, si bien técnicamente no es errónea, al menos genera dudas en nuestra práctica forense.

Efectuadas estas dos precisiones, nosotros propondríamos la siguiente redacción sustitutoria al referido artículo:

"Extinción de la medida cautelar.- La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede instar la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución".²⁷

VI. CONCLUSIONES

1. La conclusión de un proceso con sentencia favorable al demandante, cuando este tuvo la posibilidad de alcanzar aquel resultado protegido con una medida cautelar, supone la **extinción por conversión de pleno derecho** de dicha medida.
2. La extinción por conversión implica que la medida cautelar se transforma en medida ejecutiva. En aquella circunstancia cambia automáticamente la estructura y funcionamiento de la medida, pues por un lado, desaparecen los presupuestos cautelares y aquellos se trocan por la situación de certeza producida por la sentencia firme. Por otro lado, la medida ejecutiva ya no está destinada a asegurar la eficacia del proceso, sino a preparar la satisfacción procesal, momento culminante de la fase de actuación de la sentencia (ejecución, en sentido lato).
3. La adquisición de la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia estimatoria supone un punto de quiebre de la tutela procesal pues, antes de él y durante la pendencia del proceso, se configura la **oportunidad para el aseguramiento**

²⁷ Cabe destacar que el primer párrafo del art. 619, pese a establecer una sumaria referencia, no regula propiamente a la tutela cautelar, sino la fase de actuación de las resoluciones judiciales (según el Código Procesal Civil, en su Sección V, Título V, Capítulo III "Ejecución de resoluciones judiciales"). Por ello, nuestra propuesta modificatoria está destinada a eliminar el contenido íntegro del citado artículo. Por su parte, lo regulado por el vigente artículo 621, también se encuentra salvado en la propuesta.

Finalmente, es pertinente señalar que el dispositivo que ponemos a consideración del lector ha sido incorporado al Anteproyecto de Código Procesal Constitucional preparada por los profesores Juan Moreno Gálvez, Domingo García Belandier, Arsenio Océ Guardia, Samuel Abad Yáñez y Jorge Darío Ordóñez.

(momento durante el cual se pueden solicitar medidas cautelares) y, luego de él, la **oportunidad para la satisfacción** (momento destinado a la concreción de la tutela procesal efectiva del demandante). Así, y de modo excluyente, durante el primer estadio se pueden solicitar medidas cautelares, mientras que en el segundo al actor sólo le cabe actuar en clave de medidas de ejecución.

4. Por último, **no toda medida ejecutiva proviene de una extinción por conversión de una cautelar**. Aunque no es el lugar para extendernos sobre el tema, nunca está demás decir que, durante la fase de actuación de la sentencia, el ejecutante y el juzgador deben *"recurrir a la fantasía"* (como suele decir Proto Pisani), es decir, utilizar al máximo su poder creador e interpretativo para lograr la plena realización del derecho reconocido en la sentencia firme, sin que de ello resulte un sacrificio injustificado (y condenable) de la situación jurídica y material del ejecutado.