

EL ABUSO PROCESAL EN LA MEDIDA CAUTELAR: APUNTES PARA LA BÚSQUEDA DE UN PROCEDIMIENTO JUSTO

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Privada San Martín de Porres y Universidad Femenina Sagrado del Corazón.
Juzce Civil Supernumerario de Lima.

SUMARIO:

I. Preliminares.- II. La medida cautelar: razón de su efectividad.- III. El procedimiento de la medida cautelar.- IV. El debido procedimiento cautelar.- V. Vicisitudes del ejercicio cautelar ante la concurrencia de medidas.- VI. El abuso procesal en la medida cautelar.- VII. La respuesta al abuso procesal en la medida cautelar.- VIII. Conclusiones.

I. PRELIMINARES

El proceso es dialéctico y, sin duda, el procedimiento cautelar también lo es. Decimos ello porque necesariamente concurren intereses contradictorios que se van a expresar en una pretensión cautelar y en una resistencia a ella, frente a las cuales será la decisión judicial la que hará la síntesis de la dialéctica.

La pretensión cautelar busca afectar el patrimonio del ejecutado sin escuchar previamente al afectado. Como la medida tiene como fin prevenir un daño temido, es necesario que, a causa de esa inminencia de peligro, tal medida tenga carácter de urgencia porque, si se demorase, se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido.

El hecho que la medida cautelar se decreta *in audita pars* podría llevar a confusión sobre el carácter dialéctico del proceso, pues se pensaría que no se trata propiamente de un proceso, sino de una petición unilateral que requiere tutela anticipada de la jurisdicción para los derechos reclamados o pur reclamarse; sin embargo, esto no es así.

La dialéctica del proceso exige la concurrencia de una pretensión y, además, de una oposición, esto es, que frente a una pretensión cautelar se levante otra pretensión que se le oponga y que se denomina pretensión revocatoria cautelar. Así como la pretensión cautelar se dirige a obtener una tutela anticipada de la jurisdicción, la pretensión revocatoria se dirige a limitarla, sustituirla o dejarla sin efecto. Esto último se viabiliza mediante el recurso de apelación.

Por otro lado, el proceso se sustenta en diversos principios procesales, destacando, entre ellos, el principio de bilateralidad o de contradicción, que requiere que todos los actos del proceso se realicen con conocimiento de las partes. Como señala Monroy Gálvez, "todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria"¹, lo que implica que el vehículo para hacer realidad este principio es la notificación procesal.

Como ya hemos señalado, la medida cautelar se dicta *in audita pars*; sin embargo, ello no implica la vulneración del contradictorio, sino la postergación del debate hasta luego de ejecutada la medida. Es inefudible la notificación al afectado, pero luego de ejecutada esta. A partir de ese momento, el afectado tiene la facultad de ejercer el contradictorio utilizando el recurso de apelación. En ese sentido, la redacción del artículo 637 del Código Procesal Civil dice:

"(...) al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo" (el resaltado es nuestro).

¹ MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Tomo 1, Editorial Temis, Bogotá, 1996, p.82.

Lo señalado líneas arriba nos permite reafirmar lo siguiente: (i) la bilateralidad va implícita en todo proceso, inclusive en el procedimiento cautelar; y, (ii) la impugnación, luego de la ejecución, es la lógica que se reproduce en todas las medidas cautelares.

Esta especial situación que opera en la medida cautelar no significa desconocer el contradictorio en ella, sino, como señala Monroy Palacios, "una reformulación, un acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza eminente que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia".²

Ahora bien, como la pretensión cautelar interviene el patrimonio del obligado, ésta puede afectar no solo un bien, sino varios bienes de este; afectación que puede realizarse a través de diversos modos, como la retención, la intervención, el secuestro, el embargo, entre otros. Por tanto, la lógica de la ejecución previa a la impugnación se reproduce en todas las medidas cautelares, sea que tenga que afectar uno o varios bienes con una medida o ejecutar varias medidas sobre un bien. En estos casos nos encontramos ante la llamada "pluralidad de medidas cautelares" que van a concurrir a afectar de diversas formas el patrimonio del ejecutado. Veamos sobre el particular el siguiente supuesto: un acreedor ha logrado obtener una medida cautelar para afectar el vehículo de su deudor con un embargo en forma de inscripción y secuestro y, además, ha logrado un embargo en forma de depósito sobre los bienes o enseres que se encuentren en el domicilio del ejecutado. Como parte de su estrategia, el acreedor beneficiado con la medida decide ejecutar solo los embargos en forma de secuestro e inscripción del vehículo, dejando pendiente para algún momento ejecutar el depósito.

El deudor, propietario del vehículo afectado con las medidas de secuestro e inscripción, decide apersonarse y apelar del mandato cautelar. Sin embargo, el juez le señala "pídase en su oportunidad"; en otras palabras, le dice que espere hasta que su acreedor quiera ejecutar el embargo pendiente, con lo que su posibilidad de defensa seguirá relegada hasta que se manifieste la buena voluntad del acreedor. El vehículo ha sido afectado, pero no podrá recurrir a defenderlo en tanto el acreedor no decida concluir la ejecución de las medidas cautelares pendientes; decisión que puede tardar días, meses o años e, inclusive, podría llegar a competir con la caducidad de la medida. ¿A eso llamamos proceso justo?

Tomando como referencia el supuesto descrito, motiva reflexionar acerca de los medios reales de defensa del afectado ante la concurrencia de medidas cautelares.

II. LA MEDIDA CAUTELAR: RAZÓN DE SU EFECTIVIDAD

La medida cautelar tiene como objeto garantizar la eficacia del acto jurisdiccional pretendido. No podemos concebir el aseguramiento con independencia de la pretensión que se reclama, pues la medida cautelar tiene un carácter accesorio: no es un fin en sí misma, sino un medio de asegurar el resultado del proceso principal.

El fundamento jurídico para que se permitan medidas cautelares radica en la necesidad urgente de proteger el objeto del litigio de la mala fe del demandado. Dicha urgencia es originada por el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional; esto es, existe el riesgo de que lo pedido por el demandante se torne de imposible realización, ya sea por actos maliciosos o voluntarios.

Monroy Palacios³ señala que la medida cautelar asume un rol de prevención frente a los

² MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la Formación de una Teoría Tautelar*, Comunidad, Lima, 2002, p.134.

³ Loc. Cit., p. 136.

actos de mala fe, esto es, no solo protege al demandante de factores exógenos a la relación procesal que afecten la pretensión, sino también, y con igual importancia, de elementos internos del proceso como el transcurso del tiempo y de los actos maliciosos del demandado que, sin duda, pueden obstruir el camino hacia una decisión justa.

III. EL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El procedimiento de la medida cautelar se establece en el artículo 637 del Código Procesal Civil. Señala la citada norma que *"la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada"*. Esto no implica una derogación al principio de contradicción, derivado de la garantía constitucional que consagra el derecho a la defensa en juicio⁴, sino simplemente una postergación o aplazamiento de su vigencia estricta, ya que las medidas cautelares pueden impugnarse por el afectado, una vez que hayan sido cumplidas.

Como las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la contraparte, en el trámite previo tendiente a lograr la traba de las mismas, no corresponde dar intervención al eventual afectado. En caso que el afectado tomara conocimiento de la medida solicitada, ningún incidente planteado por este podrá detener su cumplimiento.

En ese sentido, señala Peyrano: *"no se trata de una excepción al contradictorio, sino una restricción temporal a su vigencia porque la bilateralidad de la audiencia resporece pasada la oportunidad en que resultaba contraproducente su imperio"*.⁵

Nuestro Código Procesal Civil, en el artículo 637, al referirse a la postergación temporal de la bilateralidad, dice: *"al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo"* (el resaltado es nuestro).

Dado el carácter de las medidas cautelares, y en razón de la finalidad asegurativa, deben dictarse *inaudita pars*, bajo la exclusiva responsabilidad del solicitante, es decir, sin que proceda sustanciación alguna ni controversia entre las partes. Los afectados no pueden discutir su procedencia "antes que ellas hayan sido acogidas y efectivizadas".

La bilateralidad se cumple luego de efectivizada la medida. Como señala el artículo 637, el acto de notificación al afectado se realiza *"al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación"*. La falta de cumplimiento de notificación no provoca la nulidad de la cautelar, sino que, a lo sumo, conserva abierta la posibilidad de introducir la apelación pertinente.

La pretensión cautelar busca afectar el patrimonio del ejecutado ante el peligro que este desaparezca. No basta que el interés para obrar con esta pretensión se sustente en el peligro y que la medida solicitada tenga como fin prevenir un daño temido; es necesario que a causa de esa inminencia de peligro, tal medida tenga carácter de urgencia en cuanto sea de prever que, si la misma se demorase, se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido; esto es, que la providencia cautelar debe ser dictada sin demora, de otro modo sería ineficaz.

En otras palabras, en los casos donde se concede una medida cautelar *inaudita pars*, se otorga esta por razones de urgencia, pero inmediatamente después de ejecutada se inicia la discusión sobre la validez de la medida concedida.

⁴ Ver artículo 129 inciso 14 de la Constitución Política del Estado.

⁵ PEYRANO, Jorge, *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 155.

IV. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales en los sistemas democráticos, la acción procesal, ejercitada ante los órganos jurisdiccionales, ocupa un lugar destacado. De ahí que la tutela de los derechos y libertades se identifique con los instrumentos judiciales para su protección.

El proceso civil no puede desligarse de los preceptos constitucionales que, como resultado de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁶, suscrita en 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas en 1966, establecen como derecho y garantía esencial el de la defensa. Podemos mencionar también a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica en 1969, cuyo artículo 8.1 establece:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En materia civil este principio tiene tanta importancia como en la penal, pues la defensa del patrimonio y la familia es tan necesaria como la propia libertad física. La sentencia proferida en un proceso solo afecta a las personas que fueron parte en el mismo o a quienes jurídicamente ocupen su lugar, y debe ser citado el demandado de manera necesaria, para que concurra a defender su causa. Sería un absurdo imponer una pena o condena civil a quien no ha sido parte en el proceso en que la sentencia se dicta.

Para Amparo Oviedo⁷, el derecho de contradicción se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante o a la imputación que se le hace en el proceso penal, pero se fundamenta en un interés general como el que justifica la acción, porque no solo mira a la defensa del demandado o imputado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso o de su libertad, sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: **el que prohíbe juzgar a alguien sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos; y el que niega el derecho a hacer justicia por uno mismo.**

En el caso de la medida cautelar, que se ordena *inadita parte*, no significa que se vulnere el principio de contradicción. Este se encuentra presente en todo el desarrollo del procedimiento cautelar, pero lo que sucede es que el debate se posterga hasta la ejecución de la medida. Esta postergación es atendible por las particularidades que encierra la fase cautelar, que busca asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza, disminución o afectación en su totalidad del derecho reclamado por el actor.

Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia, como sería luego de la ejecución cautelar; sin embargo, agotada dicha fase, nada justifica que la parte afectada no pueda ingresar al procedimiento. Asumir una posición de prohibición al ingreso del afectado implicaría vulnerar su derecho a la defensa.

⁶ Ver artículo 10: *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"*.

⁷ CARRERA, Financiero, *Programa de Derecho Criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pp. 976 - 979, citado por OVIEDO, Amparo, *Fundamentos del Derecho Procesal, del Procedimiento y del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 22.

No es suficiente que el contradictorio se encuentre regulado, sino que además debe garantizarse un efectivo acceso a este. La justificación de la postergación del contradictorio, por la finalidad asegurativa que se busca, no es una excusa sin limitaciones; todo lo contrario, ella está condicionada al logro de la cautela, para luego permitir la impugnación recursiva del afectado, en ejercicio del contradictorio a que tiene derecho para su defensa.

Lo expuesto líneas arriba nos lleva a afirmar que el derecho a la defensa debe estar presente en todo el desarrollo del proceso para que se pueda configurar un proceso justo; ello también es extensivo para el procedimiento cautelar.

Precisamente, el derecho a un procedimiento cautelar justo exige que se eliminen las barreras que obstaculicen el acceso efectivo a ese procedimiento, luego de ejecutada la medida. En ese sentido, coincidimos con la opinión de César Landa, cuando señala que *"sin perjuicio de los derechos subjetivos y objetivos que configuran al debido proceso, y que son propios de todo proceso o procedimiento judicial, administrativo, parlamentario, arbitral, militar o entre particulares, cabe añadir que el Estado tiene la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso a toda persona"*.⁹

V. VICISITUDES DEL EJERCICIO CAUTELAR ANTE LA CONCURRENCIA DE MEDIDAS

Como ya hemos hecho referencia al inicio del trabajo, la pretensión cautelar busca afectar el patrimonio del ejecutado *in auditu pars*. Ello se justifica en la urgencia de la medida, pues tiene como fin prevenir un daño temido. Es necesario que, a causa de ese inminente peligro, tal medida tenga carácter de urgente, porque si se demorase, se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido.

La afectación del patrimonio del ejecutado puede recaer sobre uno o varios bienes y también puede realizarse de diversos modos, tales como la retención, la intervención, el secuestro, el embargo, entre otros; lo cierto es que, bajo una u otra forma y número de bienes, la restricción del contradictorio se rompe luego de ejecutar las medidas. Conforme lo señala el artículo 637 del Código Procesal Civil, *"al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación"* (el resaltado es nuestro).

En el caso de concurrencia de medidas cautelares cuando se afectan varios bienes del ejecutado, la regla de la ejecución previa también se reproduce, pero con la salvedad que el contradictorio se puede ejercer a partir de que todas las medidas cautelares dictadas se hayan ejecutado. No se puede admitir la apelación parcial porque se afectaría la reserva de la medida cautelar.

Entonces, frente al supuesto en que el acreedor ha logrado obtener una medida cautelar para afectar el vehículo de su deudor con un embargo en forma inscripción y secuestro, y además ha logrado un embargo en forma de depósito sobre los bienes o enseres que se encuentren en el domicilio del embargado, este tendrá que esperar a que se ejecuten todas las medidas dictadas, –esto es, el embargo en forma de inscripción, el secuestro y el depósito–, para que recién pueda ejercer su contradictorio.

Mientras ello no suceda, no podrá ingresar al procedimiento cautelar ni impugnar la decisión cautelar, pues el contradictorio seguirá postergado hasta su ejecución total.

En otras palabras, su patrimonio ha sido afectado, pero no podrá recurrir a su defensa en

⁹ LANDA, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 300.

tanto el acreedor no decida ejecutar las medidas cautelares pendientes; decisión que puede tardar días, meses o años.

La situación así descrita nos lleva a reflexionar acerca de los medios reales de defensa del afectado con la medida cautelar y, sobre todo, del estado de indefensión del ejecutado, cuando, ante la concurrencia de medidas cautelares, se deja a expensas del acreedor poner fin a estas.

Partamos de la idea que si bien el Estado ruega al individuo el derecho a hacer justicia por mano propia, esto es, a ejercer la autodefensa, debe compensar dicha prohibición brindando tutela anticipada, a fin que no sean ilusorios los actos de la jurisdicción, siempre y cuando la pretensión tenga un mínimo de fundamento contra la malicia del deudor o de terceros, pero también debe autorizar su cese, sustitución o levantamiento, con la misma efectividad con la que se dictó.

Existe un mecanismo de doble vía: de la misma manera que aparece la necesidad de tutela anticipada, así también se deben permitir los mecanismos para liberalizar esa afectación. Ello implica que la tutela anticipada también debe operar de manera efectiva para el afectado con la medida, ante la revocatoria de esta.

Cuando, ante la concurrencia de medidas cautelares, se deja a expensas del acreedor poner fin a éstas, sencillamente estamos generando la indefensión del afectado.

Sobre el particular, se han levantado diversas opiniones. Hay un sector que considera que la restricción a la actividad procesal del afectado se compensa con la contracautela que se exige para el cumplimiento de la medida.⁹ La contracautela encuentra su fundamento en el principio de igualdad y reemplaza, en cierta forma, la bilateralidad hasta que ella se materializa.

Roberto Loutayf¹⁰ considera que, así como la medida cautelar asegura al actor un derecho que aún es litigioso, la contracautela debe asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los perjuicios que aquella pudiera ocasionarle si es trabada sin derecho. Como señala Eisner, "una medida cautelar se ordena inaudita pars, pero el debate solo está postergado, vendrá luego y la medida podrá ser impugnada. Mientras tanto, el equilibrio lo mantiene la contracautela; luego cabe la apelación contra aquella y, por último, el debate de fondo sobre la cuestión principal".¹¹

Frente a esta posición, concurren tres argumentos. Se invoca la trasgresión del derecho a la instancia plural, esto es, el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, ante instancias superiores de revisión final, tal como se regula en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. A pesar que reiteradamente se ha sostenido que las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento, se considera que la apelación es esencial si la primera instancia se ha desenvuelto de forma tal que el litigante a quedado privado de las garantías mínimas de la defensa.

⁹ Artículo 613 del Código Procesal Civil: "La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez, quien podrá aceptar lo ofrecido por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, castigarla por la que considere pertinente. La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. Cuando se cubre la contracautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionario no la proroga o ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo".

¹⁰ LOUTAYF RANEA, Roberto, *Aspectos Generales del Procedimiento en las Medidas Cautelares*, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 1996, p. 91.

¹¹ EISNER, Isidoro, *Planes Procesales. Ensayos y Notas Sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1984, p.52. Citado por: MONROY GALVEZ, Juan, Op.Cit. p.82

El segundo argumento invoca el principio de igualdad procesal. Se trata de agregar, a la vieja tesis de igualdad de las personas ante la ley, la idea de la igualdad real de las partes en el proceso. Esto implica que en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones y oportunidades entre las partes, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley. En ese sentido, véase la redacción del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

La humanización del proceso busca evitar que las desigualdades entre los sujetos, por razones de sexo, raza, religión, idioma, condición social, política o económica, o de cualquier otro carácter, afecten el acceso, desarrollo y resultado justo en un procedimiento.

Conforme a esta exigencia, que recoge el principio de socialización del proceso¹¹, el juez se encuentra facultado y obligado a impedir la desigualdad con que concurren las partes al proceso o procedimiento, de tal manera que ella no sea determinante para que los actos procesales o las decisiones que se emitan tengan una orientación que repugne al valor justicia.

Por último, el tercer argumento para contrarrestar la postergación ilimitada del contradictorio en la medida cautelar, invoca el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Se trata de administrar justicia oportuna dentro de un plazo razonable. Si bien este es un típico concepto jurídico indeterminado, lo razonable puede ser establecido por el juez en base a la ley y considerando el tipo de proceso en curso. En efecto, como señala Landa¹², el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse considerando las circunstancias de la causa, la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes y de las autoridades, así como las consecuencias de la demora.

Frente a los argumentos propuestos, considero que la postergación de la impugnación, ante la concurrencia de medidas cautelares, sí genera indefensión en el afectado, pues el ejercicio del contradictorio estaría supeditado hasta el momento en que el beneficiado con las medidas decida poner fin a la ejecución.

El hecho que exista una contracautela, con el objeto de asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, no puede justificar la postergación indefinida del ejercicio de la impugnación, pues aquí no se trata de resarcimientos, sino del ejercicio efectivo de la defensa, como expresión de un proceso justo.

Uno se contrapone a lo otro, porque, aun ejerciendo el contradictorio, nada impide que luego se ejecute la contracautela ante el daño causado con la medida cautelar. Convergen, pues, en el procedimiento contradictorio, el derecho a la indemnización con la garantía de un proceso justo, cada uno en sus respectivos espacios y objetivos.

No existe un equilibrio procesal entre las partes, pues si bien la tutela anticipada viene operándose de manera efectiva, la posibilidad de la revocatoria de esta ni siquiera se podría intentar. Esto se vuelve más preocupante cuando, de manera deliberada, el ejecutado ha diseñado, como parte de su estrategia procesal, lograr una pluralidad de medidas cautelares sobre el patrimonio del afectado, para luego nunca poner fin a postergar indefinidamente la ejecución de esta, con el propósito de evitar que el ejecutado pueda recurrir en apelación para lograr la revocación. El contradictorio es más que vulnerado y el ejercicio abusivo de la actividad procesal está increíblemente tutelado.

Considero que en el caso de concurrencia de medidas cautelares, los medios de defensa del afectado no se tornan reales, sino que son más bien ilusorios, condicionados a la buena

¹¹ Ver artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

¹² LANDA, César, Op. Cit., p. 264.

voluntad del ejecutante de querer poner fin a la ejecución de estas, luego de lo cual el afectado recién podrá ejercer el contradictorio.

Ingresamos, pues, a un supuesto de abuso procesal, cuyo tratamiento se regula en el artículo 112 del Código Procesal Civil.¹⁴ Mientras tanto, diremos que el diseño propuesto para el contradictorio no es un mecanismo eficaz que permita el ejercicio real de defensa; se vulnera la igualdad procesal y se genera un procedimiento con dilaciones, deliberadamente creado. Todo ello no permite considerar al procedimiento cautelar como un mecanismo justo de tutela de urgencia. Dicha urgencia no puede justificar el abuso en el procedimiento cautelar.

VI. EL ABUSO PROCESAL EN LA MEDIDA CAUTELAR

El caso de nuestra reflexión nos lleva a plantearnos acerca de la existencia del abuso procesal en el procedimiento cautelar. Frente a ello, diremos que el abuso puede ser apreciado bajo dos vertientes: el abuso del proceso o el abuso en el proceso.

Es importante distinguir entre ambas nociones; para ello, tomando como referencia los trabajos de Bilesio-Gasparini¹⁵, diremos que el primero supondría abusar del derecho a la jurisdicción, del derecho al acceso a la justicia, del derecho de acción.¹⁶ En cambio, el abuso en el proceso se trata siempre del ejercicio abusivo del derecho de acción, pero parcializado en los diversos momentos de un proceso: son todas aquellas conductas de los sujetos procesales que impliquen disfuncionalidad o que importen agravios a la buena fe, lealtad y probidad procesales.

Lo descrito líneas arriba nos lleva a afirmar la existencia del abuso en el proceso ante la postergación deliberada de la impugnación, en la concurrencia de medidas cautelares.

En la doctrina no hay un criterio uniforme sobre el criterio diferenciador del abuso procesal. Unos consideran que las conductas de abuso procesal deben contener el elemento subjetivo de la malicia o temeridad o descuido inexcusable, esto es, la referencia a una actividad dolosa o culposa; sin embargo, para otro sector, estos componentes subjetivos no son indispensables, pues bastará que se compruebe la existencia de un desvío o de un exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos procesales para que se califique como abuso procesal.

Frente a estas dos posiciones, aparece la tesis funcional sostenida por Peyrano.¹⁷ Ella considera que un acto es abusivo, independientemente del dolo o la culpa, cuando se desvía al

¹⁴ Artículo 112.- *Temeridad o mala fe.-*

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando o sabiéndolo se alegan hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se trasvase, inutilice o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación.

¹⁵ BILELIO, Juliana y GASPARI, Marina G., *Reflexiones Sobre el Abuso en Materia Procesal*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p.18.

¹⁶ En esta línea se ubican el proceso innecesario (aquél que opera cuando se cobra un crédito que el deudor quiere voluntariamente satisfacer), el proceso claramente infundado (donde es evidente la simulación del actor), el proceso desviado (solicitud de quiebra para forzar el cobro individual de un crédito) y el proceso excesivo (se elige la vía más amplia, lenta y costosa, cuando existe otra más breve). Sobre el particular ver: BILELIO, Juliana y GASPARI, Marina G.

¹⁷ Peyrano es uno de los autores que adopta la concepción funcional, dentro de los criterios objetivos de clasificación. "Un acto sería abusivo, más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un daño procesal". Según Ivana María Arrese, "muchas veces no es fácil identificar 'el daño procesal', de todos modos, el acto procesal abusivo siempre causa un perjuicio ya que produce una dilación innecesaria e injustificada del proceso, un alargamiento en la duración de la tramitación del juicio que perjudica a la parte

derecho ejercido del fin que le asigna el ordenamiento. Esto supone que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico.

El abuso de las medidas cautelares no es un tema que se agota en sede nacional; todo lo contrario, existen trabajos de procesalistas argentinos que abordan las conductas abusivas en las medidas cautelares. Bilesio y Gasparini consideran que *"resulta muy delgada la línea que separa su uso por cuestiones estrictamente relacionadas con el peligro en la demora y aquel que persigue fines de extorsión"*.¹⁸

La jurisprudencia argentina ha hecho referencia al ejercicio abusivo de las prerrogativas a obtener medidas cautelares, pero exigiendo la existencia de dolo o culpa del agente; en otros casos, exige la demostración de los perjuicios irrogados.

Según Peyrano, es más proclive al abuso procesal, el embargo de sumas de dinero. *"Ser en su modalidad más inocua, la incautación de sumas en caja en acto único, sea en su variante más infamante, la intervención, en la que un extraño al establecimiento del presunto deudor vigila las recaudaciones en forma permanente para retirar una porción, desprestigiando al embargado con su sola presencia en el sitio, alimentando la suspicacia de la clientela –o a través de la especie más peligrosa– la sustracción de fondos en cuentas corrientes, que expone al rechazo de cheques y todas las consecuencias previsibles que ello acarrea, antes que el embargado pueda enterarse de la maniobra, merece el más severo juicio de admisibilidad por los magistrados, tanto por los peligros que promete cuanto por la proclividad de los embargantes a su uso"*.¹⁹

Otra de las expresiones de abuso procesal se encuentra en la medida cautelar previa al proceso. Según Alberto Rambaldo, la falta de limitación temporal de las medidas cautelares preventivas constituye un abuso, por exceder los límites de razonabilidad, sobre todo en los embargos sobre bienes registrables. *"El embargado muchísimas veces no tiene noticias hasta que por alguna circunstancia debe realizar un trámite registral o bancario y le surgen los informes respectivos. La ley procesal le fija un plazo para la promoción de la demanda; caso contrario opera la caducidad de pleno derecho. Sin embargo, dada la forma indeterminada en el tiempo en que se despachan las medidas cautelares, sucede que – pese a la caducidad procesal – la anotación registral sigue vigente hasta que se cumplen los cinco años que prevé la ley de registro"*.²⁰

Esta situación que comparte Rambaldo no deja de ser ajena a nuestra actividad procesal nacional: la parte que ha ejecutado, fuera de proceso, la medida cautelar de embargo en forma de inscripción muchas veces se perjudica con el plazo de caducidad al no interponer su demanda o no ser admitida esta; sin embargo, a pesar que opera de pleno derecho, el beneficiado con la medida se aparta del procedimiento sin levantar dicha inscripción y el juez tampoco exige se materialice el levantamiento, dejando como respuesta natural que opere sobre ella el plazo de caducidad de cinco años a que refiere el artículo 625 del Código Procesal Civil.

Carlos Carbone²¹ reflexiona sobre los efectos que genera la afectación de un bien inmueble,

abusada, ya que verá demorado su debido proceso, y por lo tanto, la respuesta jurisdiccional que ponga fin al litigio y haga justicia, y que satisfaga su legítimo derecho. De manera tal que todo esto de por sí puede invocarse como perjuicio por la parte que fue objeto de un acto procesal abusivo por su contrario. De esta manera no serían factores de atribución subjetiva del agente abusador, como el dolo y la culpa, para que hubiera abuso de los derechos, lo cual muchas veces es difícil de probar y a veces hay aprietos en los que si siquiera concurren pero ello no obsta a que el acto ejercido abusivamente daña procesalmente y genere derivaciones procesales perjudiciales". AIRASCA, Ivona María, *Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 99.

¹⁸ BILELIO y GASPARINI, Op. Cit., p. 25.

¹⁹ PEYRANO, Jorge, *Otro Principio Procesal: La Proscripción del Abuso del Derecho en el Campo del Proceso Civil*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 196.

²⁰ RAMBALDO, Juan Alberto, *El Abuso Procesal*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 232.

²¹ CARBONE, Carlos, *Abuso del Proceso en las Medidas Cautelares y en los Procesos Diferenciados: Semanario Anticipado y Arosotifectura*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 354.

mediante embargo en forma de inscripción, durante los años que dura el proceso, para que luego, al dictarse la sentencia, se compruebe que la medida ha sido despachada sin derecho sustentable para el actor. La responsabilidad que le corresponde a quien abusa del proceso se rige por las normas sustanciales.³²

Frente a la casuística foránea que hemos compartido líneas arriba sobre el abuso procesal, proponemos como una muestra de abuso procesal en sede nacional a la concurrencia de medidas cautelares y la postergación del ejercicio del contradictorio sin límite en el tiempo.

Hemos presentado el caso del deudor ejecutado —con las medidas de secuestro e inscripción— que decide apersonarse y apelar del mandato cautelar y del juez que, alegando que no ha concluido su total ejecución (falta el depósito), rechaza su pedido; en otras palabras, le dice que su posibilidad de defensa seguirá relegada, hasta que la buena voluntad de su acreedor se manifieste ejecutando el embargo pendiente.

Considero que nos ubicamos ante un caso de abuso en el proceso que genera indefensión en el afectado. Este abuso rompe el equilibrio de la pretensión revocatoria del afectado.

En atención a lo señalado líneas arriba, considero importante replantear los medios de impugnación en el caso de concurrencia de medidas cautelares, a fin de asignarles un plazo de caducidad para su ejecución. Con ello estaríamos permitiendo que el afectado con la medida materialice el contradictorio, por la limitación temporal que se impondría al beneficiado para que culmine su ejecución.

VII. LA RESPUESTA AL ABUSO PROCESAL EN LA MEDIDA CAUTELAR

Reafirmando el carácter dialéctico del proceso, consideramos que la pretensión cautelar amparada no puede ser ejercida sin límites, porque afecta el equilibrio procesal que debe primar en todo proceso.

No es suficiente con garantizar el contradictorio al ejecutado con la medida, sino que hay que dotar de los mecanismos adecuados que lo hagan realidad. No es posible considerar un procedimiento equilibrado y justo cuando solo el ejecutado tiene la potestad de decidir, en la pluralidad de medidas a ejecutar, cuándo termina la ejecución de estas. El derecho a la defensa que tiene el ejecutado no puede postergarse sin ningún límite en el tiempo.

Mantener una posición como la que se describe es sencillamente legitimar una situación que linda con lo abusivo y lo injusto. Por ello, consideramos indispensable que se coloquen límites temporales para la ejecución de las medidas cautelares, en caso de concurrencia. Con ello se permitiría que el derecho a la defensa del afectado con las medidas ya ejecutadas no adolezca de una postergación infinita para hacer realidad el contradictorio. También nos permitiría presumir desinterés ante la inactividad procesal del beneficiario con las medidas, quien no concluye la ejecución oportuna de éstas.

Un plazo de caducidad³³ permitiría que, en breve tiempo, se defina la posibilidad del contradictorio. Este se computaría a partir de la primera medida ya ejecutada, pues no cabe la suspensión ni la interrupción del plazo de caducidad. Esta propuesta conllevaría a la modificación

³²Según el citado autor, los supuestos que deben tomarse en cuenta para fijar la responsabilidad pueden ser los abusos cuantitativos o cualitativos del embargo, embargos preventivos de cuentas corrientes bancarias, de fondos diarios de las recaudaciones de caja sin acreditar que no se conocen otros bienes para embargar o la no razonabilidad temporal del mantenimiento de cualquier medida cautelar sobre bienes registrables sin que se emita de hecho el propietario, si se peticionó una medida cautelar previa a la demanda y aquella caducó, para algunos revela por sí mismo que la medida fue pedida abusivamente, como también si la entidad bancaria trató un embargo incorrecto por promover en forma errónea un proceso ejecutivo.

³³La caducidad implica una facultad de duración limitada. Dicha facultad, dirigida a modificar o mantener una situación con la medida cautelar, nace con un plazo de vida y, pasado este, se extingue.

legislativa del artículo 637 del Código Procesal Civil.

Dicha caducidad es importante, a fin de evitar que una de las partes pueda ejercer presión sobre la otra utilizando el poder jurisdiccional y vulnerando el principio de igualdad. Como dicha medida se decretó *inaudita pars*, ella no puede quedar indefinidamente trabada.

El fundamento de la caducidad dispuesto en estas normas es doble. Por un lado, se presume el desinterés ante la inactividad procesal del beneficiario con la medida, al no interponer oportunamente la demanda principal (ver el caso del artículo 636 del Código Procesal Civil); y, por el otro, se fundamenta en la necesidad de evitar perjuicios al destinatario o afectado por la medida.

Por otro lado, tenemos la posibilidad de la condena al abuso del proceso, la misma que es extensiva al ejercicio de las medidas cautelares. El artículo 110 del Código Procesal Civil dice:

"Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria".

La norma consagra el deber del juez de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria, enunciado que es coherente con la orientación publicista del proceso de no permitir que el juez sea un mero espectador en la contienda, un tercero neutral.

Las tendencias del proceso moderno coinciden en que es necesario aumentar los poderes del juez en la dirección y conducción del proceso, de tal forma que se le permita ingresar a vigilar la conducta de los justiciables en este.

Los enunciados que se puedan formular sobre la conducta de los sujetos en el proceso son moralmente valiosos, pero, si no ofrecen sanción, carecen de juricidad. Por ello, el Código Procesal Civil regula, en los artículos 109 y 112, supuestos típicos, reglas concretas de conducta que determinan el comportamiento procesal de los justiciables y sus abogados.

La conducta moral se presume; lo que se sanciona es la conducta inmoral del justiciable en el proceso. Para Beatriz Quintero³⁴, existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de las normas procesales que regulan el principio de moralidad. Couture, por ejemplo, sostiene que puede ser una obligación, es decir, un vínculo de carácter obligatorio, cuando la infracción se resuelve en la reparación pecuniaria del daño irrogado con el proceso injusto.

En cambio, es carga procesal cuando la infracción solo causa una situación más desfavorable al justiciable y es deber procesal cuando la infracción traduce en una sanción de carácter penal y disciplinario. Para Calamandrei, se trata de una carga procesal *sui generis* porque puede resolverse no en una egoísta defensa del interés propio, sino en una ventaja para el adversario y, en todo caso, en una colaboración para la justicia. Clemente Díaz considera que el principio se caracteriza por la implantación de deberes jurídicos procesales.

La lealtad, la probidad, la veracidad, la buena fe son predicados morales que, como deberes éticos, no interesan al Derecho Procesal, sino cuando se establece una sanción a aplicar en caso de conductas contrarias.

³⁴ QUINTERO, Beatriz, *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 107.

En la doctrina hay posiciones discrepantes sobre lo apropiado de las sanciones. Algunos critican la penalización del Derecho Procesal; otros repudian las sanciones civiles en tanto pueden implicar un desdoro del Derecho sustancial.

Este aspecto revela la necesidad de consagrar una verdadera sistematización de la regla moral en el proceso. El Código ha asumido –ver artículo 111 del Código Procesal Civil– una gama de respuestas, desde la sanción pecuniaria hasta la denuncia ante el Ministerio Público.

Por otro lado, el Código acoge el principio de la buena fe en la actividad procesal, de donde se infiere que las partes deben procurar que los fines del proceso se cumplan, sin que la intervención de los sujetos procesales modifiquen –por dolo o culpa– tales fines.

Según Oviedo²⁵, la prohibición de usar recursos dilatorios, pruebas inconducentes, peticiones ajenas al objeto del proceso o de interponer recursos sin fundamento, se orienta a evitar que se perjudique el interés de las demás partes y los intereses de la justicia. La búsqueda de la verdad y el uso legítimo de los derechos de acusación y defensa exige la lealtad procesal, lo que significa un honorable y justo uso del proceso y de las leyes procesales.

VIII. CONCLUSIONES

1. La medida cautelar no contempla la derogación tácita del principio de contradicción, derivado de la garantía constitucional que consagra el derecho a la defensa²⁶, sino la postergación o aplazamiento de su vigencia, porque las medidas cautelares serán impugnadas por el afectado, una vez que han sido ejecutadas.
2. En el caso de concurrencia de medidas cautelares, los medios de defensa del afectado están condicionados a la buena voluntad del ejecutante: recién después que este las haya ejecutado totalmente, el afectado podrá ejercer su derecho a la contradicción.
3. El derecho a un procedimiento cautelar justo exige que se eliminen las barreras que obstaculicen el acceso a ese procedimiento, luego de ejecutada la medida.
4. No existe en el procedimiento cautelar un efectivo equilibrio procesal, porque, si bien la tutela anticipada se brinda de manera efectiva, los mecanismos para su revocatoria ni siquiera se pueden intentar hasta que no se haya concluido con la ejecución de todas las afectaciones.
5. La postergación deliberada de la impugnación, ante la concurrencia de medidas cautelares, se muestra como una expresión de abuso en el proceso.
6. Las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento, salvo que la primera instancia se haya desenvuelto de forma tal que el litigante haya quedado privado de las garantías mínimas de la defensa.
7. El juez, como director del proceso, está obligado a contrarrestar ese abuso procesal en la medida cautelar haciendo uso de los mecanismos de la sanción pecuniaria y la denuncia penal.
8. El derecho a la defensa que tiene el ejecutado no puede postergarse sin ningún límite temporal. En ese sentido, debe fijarse un plazo de caducidad restringido para así evitar que una de las partes pueda ejercer presión sobre la otra utilizando el poder jurisdiccional y vulnerando el principio de igualdad. Esta propuesta conllevaría a la modificación legislativa del artículo 637 del Código Procesal Civil.

²⁵ Op. cit., p. 72.

²⁶ Ver artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Perú.