



Sergio Salas Villalobos^(*)

Medidas Temporales sobre el Fondo^(**)

Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva

Temporary Measures on the Merits

Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

Resumen: El presente artículo aborda las medidas temporales sobre el fondo, que para el autor es un concepto híbrido dentro del sistema procesal peruano. Para explicar esta noción procesal el autor empieza haciendo alusión a la tutela diferenciada y, dentro de ella, a las medidas autosatisfactivas; luego de ello, se refiere al escenario procesal donde deberían ubicarse las medidas temporales sobre el fondo y, además, hace una comparación entre las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas para concluir que las medidas temporales sobre el fondo deben asimilarse como medidas autosatisfactivas.

Palabras clave: Tutela Diferenciada - Medidas Cautelares - Medidas Autosatisfactivas - Emergencia Jurídica - Medidas Temporales sobre el Fondo - Cosa Juzgada

Abstract: This article addresses the temporary measures on the merits, to the author this is a hybrid concept within the Peruvian procedural system. To explain this procedural notion, the author begins alluding to the differentiated tutelage and, within it, the self-help measures; then he refers to the procedural stage where the temporary measures on the merits should be placed and also makes a comparison between precautionary measures and self-help measures to conclude that the temporary measures on the merits must be treated as self-help measures.

Keywords: Differentiated Tutelage - Precautionaries Measures - Self-Help Measures - Legal Emergency - Temporary Measures on the Merits - *Res Judicata*

(*) Ex Presidente de la Corte Superior de Lima. Ex Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de la República. Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos. Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de Derecho Judicial y Procesal Civil en la Universidad de Lima. Profesor principal en la Academia de la Magistratura. Especialista en organizaciones judiciales. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 7 de abril de 2015 y aprobada su publicación el 20 de junio del mismo año.

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

1. A manera de Introducción

Sin duda el gran tema de la tutela diferenciada ocupa un capítulo de suma importancia en el Derecho Procesal desde el momento en que se recurre a ella cuando estamos en casos de extrema emergencia y los órganos jurisdiccionales deben actuar de inmediato para impedir un daño que se advierte inminente e irreparable; y con ello, el perjuicio en los derechos de los sujetos jurídicos. En esos momentos los jueces actúan como médicos de emergencias, quienes deben agotar todos los remedios materiales para salvar la vida del paciente.

El juez emplea los remedios jurídicos que estén a su alcance y, dentro de la universalidad de las medidas cautelares y ejerciendo la facultad de adecuación, usa todas las que sean necesarias para salvar el derecho que se advierte frágil ante una situación extrema. En otro ensayo hemos desarrollado la forma en que se debe aplicar la facultad de la adecuación en las medidas cautelares⁽¹⁾. En suma, el juez puede incorporar cualquier figura posible para que la tutela de emergencia asegure la conservación del estado de derecho vulnerable.

La teoría cautelar si bien se ocupa de la variada gama de clasificaciones existente en el ordenamiento procesal, no se debe perder de vista que la finalidad y objetivo de la tutela diferenciada es salvar al paciente. Para ello, el nivel de inventiva y creatividad jurídica del juez es fundamental. Obviamente puede otorgar un remedio cautelar distinto al solicitado por el recurrente, ya que prioriza la salud jurídica y no necesariamente el interés pretendido.

En esa óptica, el legislador peruano ha incorporado las llamadas medidas temporales sobre el fondo y la academia jurídica las ha asimilado tal cual, de modo que toda la doctrina nacional se ha mantenido en desarrollar su concepto, naturaleza y consecuencias para efectos prácticos. Sin embargo, y de modo muy particular, consideramos que, como tantas figuras jurídicas nacionales, son resultado de experimentos que arrojan productos mixtos no siempre

LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO QUE PREVÉ NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL SON EN ESENCIA UN ANTEJUICIO Y REQUIERE DE UNA SENTENCIA QUE LA RECONFIRME EN SÍ. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS NO NECESITAN DE UNA SENTENCIA POSTERIOR, PUES AL SER OTORGADAS, SE ARRIBA A LA SEGURIDAD DE LA COSA JUZGADA, AUN SIN HABER JUICIO.

eficaces o al menos que dejan ciertas dudas respecto de la solidez de su ubicuidad en el sistema jurídico. Especies híbridas únicas en los sistemas jurídicos y sobre los cuales no se ha planteado la posibilidad de su necesaria adecuación dentro del campo de influencia de las medidas autosatisfactivas, que es donde debería corresponder.

Suponemos que el diseño del proceso civil no dejaba al legislador un campo de acción compatible para su adecuación, ya que las características de un proceso monitorio no están incorporadas en el sistema peruano. Pero siendo prácticos, desde la vigencia del Código Procesal, ¿Cuántas modificaciones ha sufrido la versión original? Incontables y muchas contradictorias a la *ratio legis* original, sin sentido y poco prácticas. En su

(1) Sergio Salas Villalobos, "Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares", en: IUS ET VERITAS 44, Vol. 22, (Lima, 2012), 294-308.



Sergio Salas Villalobos

momento también hemos propuesto el desarrollo de la crisis de la oralidad del sistema procesal civil por estas irrazonables modificaciones⁽²⁾. En ese sentido, no vendría mal fomentar un debate para reordenar el *ordenamiento* procesal de las medidas autosatisfactivas, diseñarlo y aplicarlo debidamente. La propuesta va, entonces, por eliminar híbridos procesales en el sistema normativo, pero sobre la base teórica necesaria para justificar su adecuación como corresponde.

En tal sentido, el desarrollo comparativo de las figuras procesales de la Tutela Diferenciada deviene en imprescindible para dar el lugar a cada una donde realmente le corresponde en el plano normativo.

No es que se desconozca el grado de eficacia de las medidas temporales sobre el fondo en el actual Código Procesal Civil, sino por el contrario, es necesario darle mayor sustento lógico. Tal como está el diseño nacional, una medida temporal sobre el fondo podrá ser eterna sin que exista un pronunciamiento precisamente de fondo en el principal, lo cual rompe todo grado de lógica jurídica, ya que no se puede mantener indefinidamente un estado jurídico de cosas, sin que exista una decisión definitiva firme que la consolide. No se puede mantener la temporalidad de algo, de modo permanente. Carece de solidez y fortaleza para su reconocimiento pleno social y jurídico. Mantener un estado jurídico con apariencia de verosimilitud no comprobada o ratificada, es el punto.

Por lo tanto, el propósito de este trabajo consiste en identificar el concepto de tutela diferenciada, el de las medidas autosatisfactivas, repasar el diseño de las medidas temporales sobre el fondo, compararlo con las anteriores, y proponer su adecuación dentro del sistema procesal peruano. La finalidad: otorgar una herramienta procesal más adecuada, práctica, permeable, eficaz y uniforme con la doctrina comparada de la materia.

2. Intentando definir la Tutela Diferenciada

Como tal, la tutela diferenciada no posee una ubicación conceptual básica ni tampoco normativa. Se deriva de la tutela jurisdiccional efectiva que tiene rango constitucional. Sin embargo, la doctrina la incorpora como mecanismo eficaz de derecho procesal para brindar una respuesta más pronta que la jurisdicción ordinaria pueda dar, atendiendo a ciertos requisitos de procedibilidad.

Es utilizada mucho en el sistema brasilero en donde diversos autores han desarrollado su singularidad sobre todo para garantizar la eficacia de una respuesta rápida y oportuna⁽³⁾.

Sin embargo, su característica esencial es que, como hemos referido, se deriva de la tutela jurisdiccional efectiva, en la cual se asocia la idea de la generación de un proceso que exige el desarrollo de todos los principios del contradictorio en un debido proceso legal, en el cual su duración es impredecible. En ese sentido, existen circunstancias materiales que requieren de la atención más que mediata del órgano jurisdiccional, cuando se advierte la inminencia en la generación de un riesgo latente contra un derecho debidamente constituido que puede ser vulnerado.

Son las llamadas emergencias jurídicas ante las cuales los órganos jurisdiccionales deberán atenderlas con prontitud y eficacia, sin demora y con remedios a favor del derecho

-
- (2) SALAS VILLALOBOS, Sergio. "La crisis de la oralidad en el sistema procesal peruano. A propósito de la limitación de las entrevistas con los jueces", en: *Revista Jurídica Thomson Reuters* 43, Año I, (Lima, 2013), 1-4.
- (3) José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 17° ed., (Rio de Janeiro: Forense, 1995). Ovidio Baptista Da Silva, *Curso de processo civil*, 5° ed., Vol. I, (São Paulo: Revista dos tribunais, 1998). Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2° ed., (São Paulo: CEBEPEJ, 2000). Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, 22° ed., Vol. III, (Rio de Janeiro: Forense, 2000). José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, Vol. III, (Rio de Janeiro: Forense, 1959); solo para citar algunos.

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

amenazado. Ante ello, es obvio que un proceso en la Tutela normal se advierte como la menos propicia para la atención de la emergencia. Se requiere pues de una tutela de emergencia, diferente a la normal y que responda con prescindencia de formalismos procedimentales a efectos de salvar al “paciente” jurídico.

Sin embargo, resulta necesario dotar a este tipo de tutela de cierta base teórica mínima para justificar su presencia en el sistema procesal y no se precie de ser un fuero especial que pueda recurrir a la arbitrariedad como práctica.

Al efecto, Peyrano identifica hasta tres características importantes para distinguir: (i) soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, “inaudita et altera pars”; (ii) fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados sean atendibles é importan una satisfacción definitiva; y (iii) constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo las diligencias cautelares clásicas⁽⁴⁾.

De lo considerado por el jurista argentino, apreciamos que respecto de la primera característica, lo que define es la “urgencia de la solución” como primer elemento. Ella dependerá de una situación concreta, real y jurídica; esto es, que la amenaza sea cierta, directa y jurídicamente posible, pudiéndose emplear apariencia de derecho en un acto o amenaza, como por ejemplo las facultades coactivas de la administración pública, entre otras.

Respecto del segundo elemento de Peyrano, deducimos la presencia de una “fuerte verosimilitud” más que la apariencia de la existencia del derecho invocado o el tradicional *fomus bonus juris* simple. La apariencia debe apreciarse en casi certeza, de manera que no exista posibilidad de duda en la procedencia del pedido de tutela.

Por último, el tercer elemento de Peyrano lo consideramos como la necesidad de otorgar una “satisfacción definitiva inmediata”, excluyéndose de las medidas cautelares clásicas; entre las que se encuentra sin duda las medidas temporales sobre el fondo. No requiere temporalidad, sino definición.

Por su parte, el jurista Monroy Palacios asimila el concepto de la tutela diferenciada, al de la tutela urgente. En ese sentido el autor justifica su postura en el hecho de que la satisfacción es característica de todo proceso judicial, indistintamente de dar o no la razón al justiciable. El proceso cumplió una finalidad: la cosa juzgada, no satisfaciéndose necesariamente el interés del justiciable, sino la atención de la justicia. Para Monroy, la urgencia es lo esencial del proceso; por tanto, este debe ser urgente⁽⁵⁾.

Así, encontramos hasta tres elementos en la justificación de Monroy, siendo el primero la “satisfacción del proceso por la solución del conflicto”. Entendemos que aun cuando el derecho procesal civil pertenece al ámbito de los intereses particulares, el solo hecho de recurrir al órgano jurisdiccional para la solución de un conflicto en donde existe apariencia de cierto derecho lo convierte en uno de atención pública. Por tanto, es necesario e indesligable contar con un legítimo interés; es decir, un interés basado en el derecho. Ante su inexistencia, obvio es que no será pasible tutela; pero ello, debe decidirlo un juez. De esa manera, soluciona un conflicto y el proceso cumplió su objetivo no particular propiamente, pero si ideal. Es indistinto si se satisface la pretensión del justiciable, a diferencia de la postura de Peyrano que opta por la urgencia de la solución a favor del justiciable.

Un segundo elemento que encontramos en el desarrollo de Monroy es la llamada “finalidad del proceso”, la cual es la cosa juzgada; es decir, mediante la cosa juzgada arribamos a la solución del conflicto. Para ello, identifica al proceso como un medio para arribar a ella.

(4) Jorge Peyrano, “La medida autosatisfactivas: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en *Medidas Autosatisfactivas* (Santa Fe: Rubinzal, 2008); 13-25.

(5) Juan José Monroy Palacios, *Bases para la formación de una teoría cautelar* (Lima: Comunidad, 2002).



Sergio Salas Villalobos

Confieso que es defecto de los procesalistas la excesiva concentración en el proceso, cuando lo que se debe apuntar es a la cosa juzgada a través de este.

Finalmente, y como ratificación del primer elemento, encontramos la “urgencia en la solución de la incertidumbre” y no en la concesión de la cautela necesariamente. Si bien el pedido de acceso a la tutela diferenciada radica en una urgencia claramente identificada, esta puede que no contenga esencia jurídica y; por tanto, debe ser rechazada o; al menos, adecuada. Por ello, Monroy deja claro que no necesariamente debe otorgarse la pretensión cautelar solicitada en sus propios términos, sino que acertadamente deja abierta la posibilidad de encontrar una solución a la incertidumbre en una solución distinta a la propuesta.

3. Aproximaciones a las Medidas Autosatisfactivas. *Nomen Juris*

Entendiendo el terreno de la tutela diferenciada como la apropiada para recurrir a la tutela urgente que refiere Monroy, apreciamos que las medidas autosatisfactivas son las que actuarán en él. En ese sentido, es necesario conocerlas para ver si las mismas se aplican en nuestro sistema procesal, o si como han referidos algunos autores, deben incorporarse expresamente en la normatividad existente; o si, por el contrario, la jurisprudencia nacional está incorporando figuras subyacentes.

Estando a que la doctrina que mayor aplicación da a estas figuras procesales es la argentina, nos referiremos a algunos autores.

Morello las define como un proceso preliminar preventivo en el cual lo actuado se agota dentro de ese proceso. Considera que traspasa la órbita de las medidas preliminares y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene

el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso⁽⁶⁾.

Por su parte, Berinzone y De Lazzari⁽⁷⁾ desarrollan una teoría material según la cual el aditamento de los adjetivos “cautelar” y “sustancial” conlleva efectos conclusivos que agotan y fenecen la litis, utilizando las acepciones “cautela material”, “medidas anticipatorias materiales o definitivas”, “cautela con efectos materiales”; etcétera. Individualmente Berinzone resalta la calidad de la tutela anticipatoria, en tanto que De Lazzari lo hace por la llamada cautela material por la efectividad de la medida.

Por su parte, el civilista Lorenzetti analiza el tema bajo la óptica de la prevención del daño. Indica que en el Derecho Civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes que se produzca⁽⁸⁾. Es interesante advertir cómo el autor refiere que la tutela inhibitoria siempre tiene finalidad preventiva, lo que podría señalarse como su característica natural. En esa dimensión, admite dos especies de instrumentos: una acción cautelar, que es provisoria; y otra, definitiva. Ambas se diferencian en su instrumentación procesal, pero unidas garantizan la finalidad preventiva de impedir la concreción de la amenaza del daño frente al interés legítimo del titular requirente. En ese sentido, adquiere vigencia y plenitud la medida cautelar sustancial o material como instrumento de la tutela inhibitoria.

-
- (6) Augusto Morello y Gabriel Stiglitz, *Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos* (La Plata: Platense, 1986).
- (7) Roberto Berinzone, “Tutela anticipada y definitiva”, en Roland Arazi (Coord.), *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI, Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado* (Buenos Aires: EDIAR, 1997), 58. Eduardo de Lazzari, “La Cautela Material”, en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. IV (1996), 651.
- (8) Ricardo Lorenzetti, *La tutela civil inhibitoria*, en *La Ley*, Tomo C, (1995), 217. Ricardo Lorenzetti, *Las normas fundamentales de Derecho Privado 5*, Apartado A, (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995), 294.

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

Con esta posición de Lorenzetti concuerda Adorno, en el sentido de que el proceso urgente argentino es equivalente a la tutela inhibitoria del Derecho italiano y conforma una protección judicial de urgencia sustantiva y no cautelar, sin necesidad de contracautela y cuyos presupuestos son: (i) un comportamiento lesivo; (ii) un daño injusto; (iii) una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado; y, (iv) el factor de atribución que corrientemente será el dolo o la culpa⁽⁹⁾. Nótese la asimilación que da el autor a la teoría del daño en Derecho Civil, lo cual no llama la atención para la definición jurídica del instrumento, ya que precisamente lo que se pretende es evitar el daño a toda costa. Por tanto, este debe fluir de todos los presupuestos jurídicos que lo generan.

En cuanto a la doctrina nacional, aparte de las referencias de Monroyhechas anteriormente, poco se ha desarrollado lamentablemente. Solo se aprecian importantes aportes de autores que, incluso, desarrollan la función jurisdiccional como Hurtado Reyes y Martel Chang.

Así Hurtado Reyes sostiene que el instrumento adecuado es la “tutela urgente satisfactiva”, la que no participa del principio de instrumentalidad, pues con su despacho se logra la satisfacción del peticionante a situaciones urgentes y de atención inmediata, sin que exista necesidad de un debate posterior en un proceso principal⁽¹⁰⁾.

Por su parte, el destacado magistrado Martel Chang resalta la conveniencia de la denominación del “proceso autosatisfactivo”, no solo para diferenciarlo, total y categóricamente, de las medidas cautelares clásicas⁽¹¹⁾ a decir de Galdós⁽¹²⁾, sino

porque esencialmente en dicho proceso se resolverá un conflicto de intereses o se eliminará una incertidumbre jurídica de manera definitiva. Concluye el autor, que la autonomía de este tipo de proceso respecto del proceso principal estaría plenamente clarificada, lo que no ocurriría si se adoptara la denominación de “medida”, término asociado a las “medidas cautelares”; debiendo desaparecer la confusión de lo accesorio e instrumental⁽¹³⁾.

4. Características comunes en la doctrina comparada. Requisitos y elementos

Hasta este espacio, advertimos claramente identificada la concepción y finalidades de las medidas autosatisfactivas, así como los conceptos vertidos para determinar su “nomen juris”. En ese sentido, y prescindiendo por ahora de adoptar la denominación más apropiada, la que al parecer no es concordante en la doctrina por lo que deberá ser trasladada al legislador, correspondería fijar las concordancias en cuanto al contenido del análisis académico comunes a todas las vertientes.

Así, encontramos que todas ellas inciden en la búsqueda de una solución urgente no cautelar propiamente dicha, sino material. Ello, por

(9) Luis O. Andorno, “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. II (1995), 887.

(10) Martín Hurtado Reyes, *Bases teóricas para la regulación de la tutela diferenciada en el proceso civil peruano* (Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005).

(11) En el plano estrictamente personal, consideramos que procesalmente conviene emplear la terminología más apropiada, precisamente dentro de la tipología de las medidas cautelares, siendo las clases de estas las Anticipadas y las específicas. Dentro de las primeras, las llamadas Medidas Cautelares sobre el fondo, y dentro de las segundas, para futura ejecución forzada (embargo y secuestro), las cautelares sobre el fondo, las innovativas, de no innovar y las genéricas.

(12) Jorge Mario Galdós, *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*. En *Medidas Autosatisfactivas* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999).

(13) Rolando Alfonso Martel Chang, *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, (Lima: Tesis de Grado de Maestría en Derecho Civil Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002).



Sergio Salas Villalobos

cuanto las medidas procuran una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional.

De otro lado, advertimos coincidencia de conceptos en que la vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal. Ello por cuanto se aprecia la autonomía e independencia de ella, aun cuando se pueda plantear primero una demanda y luego una medida autosatisfactiva.

Toda la doctrina estudiada, coincide igualmente en la necesidad de responder a una situación de emergencia comprobable y real, que no sea simplemente aparente o sujeta a deducción lógica, sino que fluya de manera directa y propia; de ahí, la terminología empleada por “sustancial” y “material” empleada por Berizoni y De Lazzari.

Por todo lo tratado hasta aquí, se requiere, en consecuencia, la satisfacción de hasta tres requisitos a saber para identificar la esencia de las medidas autosatisfactivas, las cuales son: (i) situación de emergencia comprobable y real; (ii) fuerte verosimilitud; y, (iii) libre exigibilidad de la contracautela. Veamos cómo pueden concurrir.

Respecto del primer presupuesto, este es el de la situación de emergencia comprobable y real. Como hemos referido, el peligro en el daño a un derecho constituido no solo debe ser aparente, es decir, que aparezca como probable; sino que ese grado de probabilidad sea inminentemente posible y real. Más aún, Adorno lo asimila a la teoría del daño en el Derecho Civil, en otras palabras, advierte la fuerte presencia de sus elementos constitutivos y materiales, por lo que en consecuencia no se puede hablar de un simple temor en que pueda ocurrir en daño; sino que este es advertido anticipadamente antes de que se produzca, pero si no se ejerce sobre él alguna acción de neutralización, se producirá inminentemente. En ese sentido, cualquier elemento material que sirva para identificar mediante una simple apreciación objetiva bastará para comprobar una situación de emergencia próxima e inmediata a realizarse. No es necesario hacer un análisis comparativo ni valorativo in extremo de la prueba aportada, sino la conclusión que el sentido común aconseja respecto del riesgo de daño y perjuicio inminente.

Este requisito nos lleva al segundo, fuerte verosimilitud. No es propósito en este lugar hacer un desarrollo extensivo de la figura jurídico procesal del “fomus bonus juris”, pues consideramos existe abundante literatura y jurisprudencia al respecto. El punto es que esa verosimilitud o apariencia que el derecho invocado existe en el caso concretamente planteado sea de tal magnitud que no quede la menor duda de que será amparado en un pronunciamiento definitivo. Es decir, verosimilitud extrema y casi certeza.

Sin embargo, tratándose de las medidas autosatisfactivas, la característica distintiva es que la apariencia del derecho sea tan grande, que ni siquiera es necesario ofrecer una contra cautela patrimonial importante. A pesar de que se puede hacer, no sería necesario por la fuerte verosimilitud y casi certeza concurrente.

En ese apartado queremos desviarnos a un punto en el que lamentablemente la jurisprudencia nacional emplea la “fuerte verosimilitud” en medidas cautelares comunes, cuando de acuerdo a lo tratado hasta aquí ello solo es accesible a las medidas autosatisfactivas. En efecto, conforme se desprende de una resolución expedida por la Primera Sala Comercial al resolver una medida cautelar en el Expediente No. 10192-2012, este órgano jurisdiccional considera que:

“Sin embargo, en este punto es menester hacer la siguiente precisión, la concesión de alguna medidas cautelares típicas, como las medidas temporales sobre el fondo, las prohibiciones de no innovar y las medidas innovativas, requieren ,ya no la mera probabilidad del derecho discutido, la simple apariencia o la verosimilitud del derecho invocado, sino la fuerte

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

probabilidad del derecho que se quiere asegurar, o lo que es lo mismo, la casi certeza del derecho que se reclama y por otro lado, constituyen medidas excepcionales y subsidiarias, que solo se conceden cuando no hay otra vía para prestar tutela eficaz, además de la urgencia basada en la necesidad impostergable de quien la solicita”.

Pretendiendo justificar su *ratio decidendi* el órgano jurisdiccional recurre a solo una fuente doctrinaria, llegando incluso a reproducirla *in fine*:

“La medida innovativa se orienta a provocar un cambio de la situación existente, cuya alteración vaya a ser o sea ya el sustento de la demanda. Es una medida bastante intrépida porque sin mediar sentencia consentida, se ordena que ‘alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente’. Esta suspensión de la actividad que realiza una parte en perjuicio de la otra, implica una innovación en el statu quo”.

La misma autora señala:

“Concurren como elementos para esta medida la casi certeza del derecho que se discute y la irreparabilidad del perjuicio. Sobre este último extremo, el demandante debe acreditar al juez que si no se dicta la medida innovativa que se pide nunca más se va a presentar el estado de cosas que tiene ahora”⁽¹⁴⁾. (Cursivas originales incluidos en la Jurisprudencia comentada).

Como hemos advertido hasta aquí, la fuerte verosimilitud tiene una sola finalidad: el recurso de las medidas autosatisfactivas en lugar de cualquier otra por la necesidad de agotarse en ellas. No es factible recurrir a una amplia liberalidad para el empleo de la casi certeza para cualquier otra medida cautelar común, pues todas, absolutamente todas, necesitan de un pronunciamiento posterior que las ratifique. O si se quiere, ninguna de ellas, se agota en sí. En conclusión, ¿para qué exigir casi certeza o fuerte verosimilitud en medidas cautelares innovativas, si de todas formas hay que esperar una sentencia de fondo? Y si la sentencia es contraria al derecho invocado ¿Cómo queda la supuesta autosatisfacción de la medida?

Sin duda el tratamiento interpretativo liberal que en ese caso concreto realizó el órgano jurisdiccional, a nuestro criterio es errado.

Retomando el tema que nos convoca, quedaría el tercer y último presupuesto de la libre exigibilidad de la contra cautela. La práctica forense aconseja, siempre, que en medidas cautelares el solicitante despeje toda duda que pueda tener el juzgador respecto de la existencia del derecho invocado. Ello muchas veces es posible ofreciendo una contra cautela suficientemente importante de manera que el juzgador advierta que el solicitante arriesga su patrimonio por qué está en el convencimiento de que el Derecho le asiste a su petitorio. No resulta lógicamente coherente arriesgar un patrimonio importante, cuando el propio solicitante dude de la certeza de su derecho. Por tanto, el aseguramiento patrimonial es la mejor medida para respaldar la verosimilitud en las medidas cautelares comunes.

Sin embargo, y de acuerdo a lo tratado, existiendo una fuerte verosimilitud o casi certeza es posible prescindir de la exigencia o aporte de una contra cautela cualquier que sea su naturaleza.

Ahora bien, en cuanto a los elementos de las medidas autosatisfactivas, y desprendiéndose de sus características, podemos también referir que se aprecian hasta tres de ellos: (i) carácter expeditivo; (ii) autonomía; y, (iii) carácter definitivo.

Sin duda el carácter expeditivo está referido a la concreción del principio de celeridad procesal ante la urgencia, de acuerdo a todo el tratamiento de la tutela diferenciada de lo que trata la primera parte de este trabajo. Sea

(14) Marianella Ledesma Narvaéz, *Comentarios al Código Procesal Civil*, 4° ed., Tom. II, (Lima: Gaceta Jurídica, 2012), 626 y 627.



Sergio Salas Villalobos

la satisfacción positiva de la tutela o la necesidad de resolver el conflicto a la luz del Derecho, de acuerdo a las posturas de Peyrano o Monroy, lo cierto es que la atención de una medida autosatisfactiva debe ser de primer orden, prioritario, precisamente porque se trata de un pedido de emergencia ante un peligro de daño inmediato e inminente. Por tanto, consideramos que ambas posturas son acertadas para la definición de este elemento.

En cuanto al elemento de la autonomía, es importante destacar que siendo las medidas autosatisfactivas una variable independiente de las medidas cautelares absorbe las cualidades intrínsecas de estas. Si ellas son autónomas respecto de la discusión de fondo, las medidas autosatisfactivas por ser derivadas de aquellas también deben ser autónomas. Más aún si como hemos referido tantas veces, la satisfacción de las medidas se agota en ellas. No necesitan siquiera de un pronunciamiento definitivo de fondo que las ratifique porque se autosatisfican.

Finalmente, en cuanto al carácter definitivo como consecuencia de los dos elementos precedentes, implica que en estos procesos, a través de las medidas autosatisfactivas, se soluciona el caso en el fondo. Ello, por cuanto se anticipan al resultado final y difícilmente puede variar.

5. El escenario de acción. El Proceso Monitorio o el Proceso Autosatisfactivo

Es importante destacar la identificación del escenario procesal que se requiere para el tratamiento de las medidas autosatisfactivas dentro de la tutela diferenciada. Indudablemente el remedio judicial eficaz es la medida propiamente dicha. Sin embargo, es preciso destacar cuál será el escenario jurídico procesal en el que ella se debe desarrollar.

Recordando brevemente a Martel Chang nos refería que, concordando con Galdós, el escenario apropiado podría identificarse como el del proceso autosatisfactivo, en el entendido de que se diferencia de las medidas cautelares comunes y, sobre todo, para otorgarle el carácter de definitivo al resultado. Sin duda la apreciación de Martel

Chang es del todo apropiada, por cuanto la trascendencia jurídica que trae como consecuencia la aplicabilidad de las medidas autosatisfactivas, requiere de un soporte normativo apropiado, pero sobre todo procesal a través de reglas claras y precisas, que distinguen el proceso de las medidas cautelares comunes, de estas especialísimas y diferenciadas. Consideramos que ello solo es factible mediante el establecimiento de un proceso apropiado.

La legislación española lo incorpora en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en sus artículos 812 a 818. Es definido como un procedimiento judicial que se caracteriza por ser una vía rápida y ágil para la reclamación de deudas de carácter dinerario. El procedimiento finaliza automáticamente si el deudor no paga voluntariamente, ni se opone dentro del plazo concedido, acudiéndose directamente a la ejecución forzosa.

Este tipo de procesos también ha sido incorporado en el sistema procesal de Costa Rica en el artículo 502 de su Código Procesal Civil y con la misma finalidad del proceso español, es decir, el cobro dinerario.

En el sistema argentino, y como una forma de alcanzar una mayor celeridad en la solución de determinados asuntos y evitar la tramitación previa del proceso de conocimiento, se ha elaborado una estructura particular que se ha dado en llamar proceso monitorio, y así, se ha establecido que, frente a la sola demanda del actor, y sin previo contradictorio, el tribunal dicte, en primer lugar, la sentencia monitoria por la que ordena al demandado el cumplimiento de una prestación; y, luego, en un segundo momento, le brinda a este último la posibilidad de manifestar su oposición, con las variantes que presenta el proceso

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

según la clase de proceso monitorio a que se refiere (puro o documental)⁽¹⁵⁾.

En el *Mahnverfahren* alemán, la conminación se otorga ante la simple afirmación del actor de la existencia, monto y exigibilidad de su crédito. Del mismo modo que se admite el procedimiento sin que el actor tenga que justificar su pretensión, la sola oposición del deudor, sin necesidad de exponer motivos, hace decaer el mandato de pago, que pierde así toda eficacia. Solamente la petición inicial vale como llamamiento a un juicio ordinario desde que el actor en el monitorio, actor también en ese nuevo proceso, tiene la carga de probar los extremos de su pretensión como en cualquier otro juicio⁽¹⁶⁾.

Como vemos, pese a las variadas características de los sistemas comentados, sólo una les es común a todas: el cobro de acreencias o cumplimiento de obligaciones patrimoniales. Siendo ello así, y como quiera que el alcance de las medidas autosatisfactivas como tutela diferenciada va mucho más allá que el cobro de una acreencia, es decir, a proteger los derechos sustantivos de amenazas de daño ciertas, parecería que el escenario de ellas en un llamado proceso monitorio no sería, al menos, ecuánime a lo que se pretende. Entonces, estaríamos frente a una abierta contradicción con el sistema procesal global de la materia.

Siendo ello así, la propuesta de Martel Chang aparece más seductora: el proceso autosatisfactivo. Corresponde, entonces, establecer los elementos de su composición para que alcance precisamente el grado de "proceso", con todas las garantías constitucionales que de ello emana.

En ese sentido, la estructura de este tipo de procesos se deriva de las circunstancias fácticas que justifiquen el acceso a la tutela diferenciada y a la necesidad de adoptar una decisión urgente que atienda la emergencia, bien ofreciendo un remedio o definiendo la incertidumbre denegando la protección por insuficiencia en Derecho.

Definido ello, corresponde establecer las fases de acción, las cuales a su vez pueden ser de dos tipos: (i) sin contradictorio o (ii) con citación. Las consecuencias de cada una de ellas son distintas. En los procesos sin contradictorio el resultado sería equivalente a una sentencia, con lo cual se autosatisface la medida adoptada; en cambio, en los procesos con citación el resultado sería la persecución en la vía de contradicción pertinente, o bien la suspensión del proceso hasta la solución de la impugnación. Al parecer esta segunda opción se apartaría de la naturaleza requerida. Sin embargo, podría adoptarse dependiendo de que el caso requiera un mayor análisis pese a la casi certeza que se advierte.

Ahora bien, también es posible definir sus clases atendiendo a las características fácticas contenidas en el petitorio. Así, se advierte el proceso puro, mediante el cual los fundamentos de la petición resaltan de la simple afirmación lógica del actor. Por otro lado, el proceso documental, en el cual los fundamentos deben encontrarse respaldados por prueba escrita fundamentalmente.

En cuanto a sus características constitutivas advertimos: (i) el de la no vinculación con otro proceso por la concurrencia del principio de autonomía; (ii) la liberalidad, referido a la libertad de amplio ejercicio de acción del Juez, no existiendo límites para solucionar la emergencia excepto la ilegalidad y arbitrariedad; y, (iii) la informalidad, referido a la forma material de las medidas autosatisfactivas de acuerdo a la tesis de Berinzone y De Lazzari y como consecuencia

(15) Roberto Loutayf Ranea, *Proceso monitorio*, en *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación* (Buenos Aires: Platense, 2004).

(16) Oscar José Martínez y Luis A. Viera, *El Proceso monitorio (Base para su legislación uniforme en Iberoamérica)*, en *Revista JUS 41* (La Plata, 1990), 51 y 73. Para una descripción en forma más extensa véase Piero Calamandrei, *El Procedimiento monitorio*, Traducción de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1946), 26-46.



Sergio Salas Villalobos

de la liberalidad de la facultad del Juez, siendo el fin, la respuesta inmediata a la emergencia.

Consideramos que si bien la característica de liberalidad podría verse influenciada con un factor subjetivo en el actuar del Juez; no obstante. En el razonamiento jurídico moderno está proscrito, por cuanto precisamente se recurre a los parámetros de racionalidad y proporcionalidad que una resolución judicial debe justificar.

6. Diferencias sustanciales entre las Medidas Cautelares y las Medidas Autosatisfactivas

Es el momento de establecer las diferencias sustanciales entre estos dos tipos de medidas que son atendidas; no obstante, ambas, en una tutela urgente. El sentido de esta comparación es para clarificar y definir el alcance y grado de atención de las medidas autosatisfactivas, y con ello poder arribar al convencimiento de la necesidad de adecuar nuestras medidas temporales sobre el fondo a un tipo de solución más segura y eficaz, como se verá más adelante.

Así, tenemos que en cuanto a la satisfacción de la pretensión cautelar, en las medidas cautelares ellas son temporales y provisionales, dependientes del debate principal sobre el fondo. Por el contrario, las medidas autosatisfactivas implican una satisfacción definitiva de la pretensión.

En cuanto a los presupuestos bastante tratados en el fuero común, la verosimilitud, peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, tanto en su pretensión como en su concesión, cabe precisar que todos estos presupuestos son de orden normativo, por así considerarlos el artículo 611 del Código Civil. Sin embargo, los presupuestos en las medidas autosatisfactivas se caracterizan por no encontrarse normados y son básicamente: (i) la identificación de un daño inminente e irreparable; (ii) fuerte verosimilitud, pudiendo; (iii) la contra cautela ser facultativa. Al respecto y como hemos venido señalando, la fuerte verosimilitud debe implicar casi certeza, de modo que se torne innecesario, por esa misma naturaleza, emitir un fallo de fondo en un proceso principal. En cuanto a la contra cautela facultativa, la idea es que cada vez nos orientemos a hacer un menor uso de ella, llevados por el convencimiento de la fuerte verosimilitud. No obstante, siendo una herramienta procesal puede considerarse como probable, pero solo en caso en extremo necesario.

En cuanto a la identificación del tipo de proceso, el cautelar es eminentemente instrumental. Depende de instrumentos que impliquen aunque sea un mínimo de contradicción. Por el contrario, el proceso autosatisfactivo puede prescindir de la instrumentalidad cuando su sustento sea puramente fáctico, siendo por ende autónomo y único.

La variabilidad de las medidas cautelares es otra característica esencial en su propia composición. Dicha cualidad también lo es por disposición normativa del artículo 617 del Código Procesal Civil y se presenta cuando cambian las condiciones o situaciones creadas como consecuencia de la adopción de la medida o que la motivaron. Así, dependiendo siempre del interés jurídico, la permeabilidad de las medidas cautelares permite que estas vayan transformándose en el tiempo, pudiendo dependiendo de la situación de hecho, ser completamente distintas de lo que fueron originariamente. En consecuencia, apreciamos que ello solo es posible en tanto y en cuanto el tema de fondo no haya quedado totalmente definido. Sucede todo lo contrario en las medidas autosatisfactivas, las que por su propia naturaleza son invariables. Implican una única solución y solo una. Al implicar una solución definitiva sin arribar a un pronunciamiento de fondo en el principal, resulta totalmente imposible sustituirla por otra o modificarla, ya que la decisión se adoptó finalmente.

Las medidas cautelares no constituyen cosa juzgada, precisamente por su característica de variabilidad. Al ser susceptibles de variación, no existe un pronunciamiento definitivo. Además, dependen de un pronunciamiento de fondo en el principal, el cual sí va a devenir en cosa juzgada. Las autosatisfactivas sí adquieren la calidad de cosa juzgada por su propia independencia del principal, el cual, por lo demás, no debe existir. En todo caso, la

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

precisión que debe hacerse al respecto es que ello se genera en cuando quedan firmes, ya que si bien se autosatisfacen, no quiere decir que no sean susceptibles de impugnación. La impugnación, al ser un instituto procesal que garantiza el derecho a la doble instancia, no puede estar ausente en las medidas autosatisfactivas.

Por último, se aprecia que las medidas cautelares son eminentemente un pre juzgamiento del juez de lo que puede decir en el futuro, luego de debatido el contradictorio y actuadas las pruebas. No es necesariamente un adelanto de opinión, sino que dependiendo del grado de verosimilitud en cuanto a la existencia que se haga respecto de la existencia del derecho invocado, adoptará una decisión que, al ser de carácter jurisdiccional con las reglas y facultades del “coertio” y “ejecutivo”, implicará un juzgamiento provisorio, preventivo y de aseguramiento en cuanto a la protección del derecho, más no definitivo. De ahí su concepción de pre juzgamiento. Todo lo contrario ocurre en las medidas autosatisfactivas, en las que el juez en una única resolución define el estado jurídico de las cosas de forma definitiva, siendo, por ende, un juzgamiento propiamente dicho.

| MEDIDAS CAUTELARES | MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS |
|--|--|
| Satisfacción temporal y provisional de la pretensión | Satisfacción definitiva de la pretensión. |
| Presupuestos: Verosimilitud, peligro en la demora, contracautela. (normativos) | Presupuestos: Daño inminente é irreparable, fuerte verosimilitud, contracautela facultativa. (no normativos) |
| Proceso instrumental | Proceso autónomo (Monitorio) |
| Variable | Invariable. |
| No constituye cosa juzgada. | Adquiere la calidad de cosa juzgada cuando queda firme. |
| Prejuzgamiento del Juez. | Juzgamiento del Juez. |

Nótese que todas las características encontradas en las medidas autosatisfactivas implican que se les otorga un altísimo grado de seguridad en cuanto a su contenido, la que, por lo demás, no advertimos en otra institución procesal además de la cosa juzgada. Y es que precisamente las autosatisfactivas lo son. Sobre el particular conviene resaltar

que tan alto grado de seguridad proveniente de estas medidas implican a su vez un mayor grado de prudencia y ponderación en la decisión del juez, ya que otorgará la protección en un solo acto y en la mejor forma que considere conveniente como remedio jurídico. Ello, si no se emplean los elementos de racionalidad y proporcionalidad, además de la prudencia recomendada y necesaria ponderación, puede causar efectos de arbitrariedad en la decisión, tornándola altamente subjetiva, que es precisamente lo que se debe evitar.

En suma, la solución a la emergencia jurídica queda en manos del juez en un solo acto decisorio, por lo que deberá adoptar el mejor remedio jurídico, prescindiendo de cualquier valor de subjetividad

7. Las medidas temporales sobre el fondo. Identificación como cautelares o como autosatisfactivas

Luego de identificar las diferencias entre las medidas cautelares y autosatisfactivas, para intentar hacer una secuencia metodológica del contenido de este trabajo es necesario identificar aquellas medidas temporales sobre el fondo que, a partir del artículo 674 del Código Procesal Civil peruano, se incorporan como medidas de solución inmediatas y que en teoría intentan garantizar el cumplimiento o aseguramiento de una obligación de forma autónoma del principal, pero que consoliden cierto estado de cosas relativamente estables.

En concepto de Zavaleta Carruitero la ejecución anticipada solo procede en casos específicos y en forma excepcional, constituye una medida extraordinaria autorizada por la Ley, dado que solo procede cuando se



Sergio Salas Villalobos

presentan casos debidamente justificados; es decir, que el Juez evalúa si efectivamente las circunstancias ameritan decretar una ejecución anticipada⁽¹⁷⁾.

Es importante destacar que el elemento constitutivo de la figura normativa es la “ejecución anticipada” que puede declararla el Juez atendiendo a una necesidad impostergable de quien la solicita, la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada, siendo, además, una medida de carácter excepcional. Al parecer, la fórmula normativa se aproxima bastante al concepto de las autosatisfactivas, ya que ambas coinciden en la firmeza del fundamento equivalente a la casi certeza, necesidad impostergable compatible con la emergencia de la tutela; y la excepcionalidad de la medida. Difieren, no obstante, en que las temporales sobre el fondo se advierten instrumentales, en cuanto se sostienen también en la firmeza de la prueba aportada; mientras que en el caso de las autosatisfactivas, pueden también ser exclusivamente fácticas.

En resumen, en cuanto al concepto de las medidas temporales sobre el fondo, se advierte regular similitud a las autosatisfactivas; sin embargo, la diferencia radicará en lo referente a su aplicación práctica y concreta para solucionar la emergencia de la tutela reclamada.

Ahora bien, la norma procesal advierte solo seis casos probables o típicos en los que es posible dictar una medida de ejecución anticipada, que son los casos de asignación anticipada de alimentos, asuntos de familia en general, administración de bienes, desalojo, separación y divorcio é interdicho de recobrar.

En cuanto al caso de la asignación anticipada de alimentos, es quizá la casuística más aproximada a una tutela diferenciada por medida de una autosatisfactiva. Basta acreditar el entroncamiento o relación paterno-filial para que se consolide el derecho alimenticio. Sin embargo, lo que estará en discusión será el “quantum” de la pensión a fijarse. Es, precisamente, ese el sentido y contenido de la acción principal, ya que el obligado usualmente puede alegar excesos en la determinación anticipada de la pensión, bien

por no contar con los ingresos suficientes, o por ser irracionalmente desproporcionada en relación a las necesidades del alimentista, o, por último, por tener que atender otras necesidades recurriendo en este caso al prorrateo. Ese detalle referido al “quantum” de la pensión es lo que de alguna manera no le podrá otorgar el carácter definitivo a la medida, precisando que esa limitación es solo en cuanto al monto, más no en la determinación del derecho. Aclarando, será autosatisfactiva en cuanto al reconocimiento y consolidación del derecho alimentario, pero variable en cuanto al monto que corresponda. Sin embargo, una fórmula que aproxima más este tipo de casos a una medida autosatisfactiva es determinar una pensión adelantada estableciendo un porcentaje razonable en proporción a los ingresos del obligado. Empleando esta fórmula se reduce al extremo la posibilidad de variabilidad en una sentencia principal. No obstante, la propuesta puede apuntar a tornar autosatisfactiva estos casos solo cuando se acredite el nivel de ingresos del obligado y se considere un “quantum” razonable en proporción a ellos. En todo caso, cualquier observación sobre ello podría habilitar alguna otra vía apropiada como la de reducción de alimentos. Pero, acreditado el derecho no vemos por qué no satisfacer definitivamente el acceso a la tutela diferenciada en este aspecto en un solo acto jurisdiccional.

En el caso de los asuntos de familia e interés de menores, la norma contenida en el artículo 677 del Código Procesal Civil comprende la atención a los intereses de los menores, aseguramiento de la herencia o protección del afectado. Sin duda consideramos que esta norma es una cláusula abierta, por cuanto las normas regulatorias del derecho de familia

(17) Wilvelder Zavaleta Carruitero, *Código procesal civil comentado* (Lima: Rhodas, 2002), 933 y 934.

Medidas Temporales sobre el Fondo: Su particularidad en el sistema procesal peruano y su necesaria adecuación como Medida Autosatisfactiva
Temporary Measures on the Merits: Its uniqueness in the Peruvian procedural system and its necessary adequacy as a Self-Help Measure

sobre todo las de protección a los intereses del menor, al ser garantistas, son igualmente susceptibles de variabilidad, procurando siempre proteger al menor. Por lo tanto, la adopción de una sola medida con carácter anticipado, dependiendo de las circunstancias podría perjudicar tales intereses, cuando el caso concreto requiera la atención de medidas subsidiarias o complementarias. Esta consideración normativa la estimamos mejor ubicada en la especialidad correspondiente, pero no como norma genérica de carácter procesal.

En la administración de bienes señalada en el artículo 678 del Código Procesal Civil sin duda la característica esencial la comprende la prevención a un perjuicio irreparable. Es decir, que atendiendo a la advertencia de un riesgo inminente en cuanto a la seguridad física, patrimonial o jurídica, y a fin de evitar un daño que pueda devenir en irreparable, el juez puede anticipar su decisión final conservando el status jurídico que corresponda. Favorece a ello sin duda que la administración de bienes se tramita como proceso no contencioso en el artículo 769 del Código Procesal Civil y el contradictorio es sumamente restringido. Sin embargo, siempre se garantiza un mínimo de contradicción y un procedimiento si bien simple; no obstante, necesario. Podría adoptarse la misma fórmula de la excepcionalidad advertida en el caso de la pensión anticipada de alimentos por comprobación de la urgencia en la tutela, quedando abierta la posibilidad de un derecho de acción independiente posterior a la protección.

El caso del desalojo sí llama poderosamente nuestra atención. En efecto, la norma aplica este tipo de medidas⁽¹⁸⁾ solo en los casos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o cualquier otro título que obligue la entrega. La sintaxis empleada conlleva a suponer que se establece la condicionante de la causalidad del vencimiento del contrato, como primer orden; y, como segundo, cualquier otra derivada de otro instrumento que obligue la entrega. Si cualquier desalojo conlleva a la misma finalidad que es la restitución del bien, consideramos innecesaria la distinción normativa. En todo caso, su apreciación debe ser dirigida precisamente a cualquier desalojo. Otra apreciación de

ENTENDEMOS QUE AUN CUANDO
EL DERECHO PROCESAL CIVIL
PERTENECE AL ÁMBITO DE LOS
INTERESES PARTICULARES, EL
SOLO HECHO DE RECURRIR AL
ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA
LA SOLUCIÓN DE UN CONFLICTO
EN DONDE EXISTE APARIENCIA DE
CIERTO DERECHO LO CONVIERTE
EN UNO DE ATENCIÓN PÚBLICA.

interés, es el estado de abandono del bien. Preguntamos, ¿Si se comprueba el estado de abandono de un bien objeto de desalojo, tiene sentido continuar con el contradictorio hasta obtener una sentencia final? Puede que el demandado continúe contradiciendo el derecho posesorio. Sin embargo, la conducta de abandonar el inmueble ¿No puede considerarse como una declinación de su oposición? Consideramos que sí. Por tanto, carece de sentido mantener vigente un estado de fondo, cuando la finalidad del desalojo se produce anticipadamente. Este caso, calza perfectamente dentro de las medidas autosatisfactivas.

En cuanto a los procesos de separación y divorcio, consideramos que el legislador no supo dónde colocar la norma prevista en el artículo 680. Dicha norma establece que, en cualquier estado del proceso, el juez puede

(18) Artículo 679 Código Procesal Civil. En los procesos de desalojo por vencimiento de plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la acción anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.



Sergio Salas Villalobos

autorizar a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración, por cada uno de ellos, de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Norma muy curiosa sin duda.

En primer lugar, la necesidad de las medidas cautelares normales y las autosatisfactivas requieren de los presupuestos especialísimos del daño probable, e inminente en el caso de las segundas. Siendo ello así, no vemos tal circunstancia de peligro en el caso propuesto de separación o divorcio; ya sea en la no convivencia o la administración de los bienes de la sociedad conyugal. En todo caso, es una norma reglamentaria que debió ubicarse en el capítulo pertinente a estos procesos y como incidencia derivada del mismo. El pedido de no convivencia no puede considerarse como peligro de daño inminente. Resulta asimismo curioso que el juez pueda autorizar a los dos cónyuges la administración por separado de los bienes de la sociedad conyugal, cuando precisamente uno de los objetos del divorcio es la liquidación de dicha sociedad; pero, en fin, ese es otro tema de discusión. En tal sentido, consideramos que la medida prevista en esta norma, no tiene cabida alguna en la sección que hemos venido analizando.

Por último, tenemos el caso de los interdictos de recobrar en los que procede la ejecución anticipada de la decisión final, cuando el demandante acredite verosímelmente el despojo y el derecho a la restitución pretendida; es decir, el derecho mismo de posesión; todo ello previsto en el artículo 681 del Código Procesal Civil. En efecto, el interdicto de recobrar, tal como está diseñada en el Código, es una acción de defensa posesoria perfecta, en la cual el desposeído de manera arbitraria por cualquier modalidad puede recobrar su posesión de manera directa, siempre que acredite el despojo y el derecho de posesión, el cual debe estar consolidado.

En apariencia, y al igual que los desalojos anticipados, estas acciones podrían también calzar en las medidas autosatisfactivas, ya que sus dos requisitos son simples y de actuación y apreciación inmediata. Sin embargo, puede ser el caso que ambos requisitos no sean del todo perfectos; es decir, que el desalojo debe tener apariencia de ilegal y; el derecho de posesión, debe estar consolidado. Si no lo están, entonces son imperfectos y deben someterse al contradictorio. En todo caso, la norma puede ser más precisa y bastaría con agregar precisamente la condición de consolidación

de los requisitos referidos; es decir, que la ilicitud del despojo sea más que aparente y se acredite en un solo acto; en tanto que la posesión, como hemos dicho, debe aparecer de un instrumento debidamente consolidado sin que exista la posibilidad de advertir su ilicitud. No dejamos de advertir que, en este segundo caso, sin duda podría presentarse alguna prueba instrumental que desvirtúe la titularidad de la posesión; sin embargo, como hemos comentado en otros casos, ello podría intentarse en otro proceso específico.

8. A manera de conclusión.

Luego de intentar identificar el concepto de la tutela diferenciada, las medidas autosatisfactivas, las cautelares de carácter temporal sobre el fondo de nuestro sistema procesal y hacer la comparación sistemática de todo ello apreciamos que existen hasta cuatro conclusiones muy puntuales y precisas que nos llevan a emitir un juicio definitivo respecto de las figuras analizadas, y una final y consecuente que ha sido el objeto de este trabajo, así como el de los destacados juristas nacionales Martel Chang y Hurtado Reyes, esto es, abogar por la adecuación normativa de las medidas autosatisfactivas a través del proceso autosatisfactivo o cualquiera otro que se le quiera llamar, pero que tenga por objeto resolver la emergencia jurídica presentada, bien amparándola adecuadamente acogiendo la teoría de Peyrano, o rechazándola "ipso jure" dentro de la emergencia reclamada como tal.

Por lo tanto, apreciamos meridianamente las siguientes conclusiones:

- Las medidas temporales sobre el fondo que prevé nuestro ordenamiento procesal son en esencia un ante juicio y requiere de una sentencia que la reconfirme en sí. Las medidas autosatisfactivas no necesitan de una sentencia posterior, pues al ser otorgadas, se arriba a la

seguridad de la cosa juzgada, aun sin haber juicio.

- Las medidas temporales sobre el fondo son susceptibles de reversión; en cambio, las medidas autosatisfactivas, no lo son. Se agotan en ellas.
- El proceso para la tramitación y atención de las medidas autosatisfactivas no podía ser el llamado proceso monitorio desde que la doctrina y legislación comparada le atribuye a este la especial característica de destinarse solo al cobro de acreencias en modo sumarísimo, lo que en el Perú ya se hace cargo el proceso de ejecución. Por tanto, debe adecuarse un proceso especialmente diseñado para la atención de ellas, aunque el mismo debe ser lo menos engorroso posible y, por excelencia, célere.

- Las medidas temporales sobre el fondo, conforme a su concepción normativa en nuestro sistema procesal, no son ni cautelares propiamente dichas, ni autosatisfactivas. Carecen de esencia conceptual convirtiéndose en una de las tantas figuras híbridas de nuestro sistema jurídico procesal. Lo que es peor, la determinación con nombre propio de algunas de ellas, se encuentran mal ubicadas en el acápite que las trata, debiendo ubicarse en el lugar del proceso que les corresponde.

Ante todo ello, la doctrina nacional debe impulsar la opinión pública de la comunidad jurídica para incentivar una razonada adecuación normativa de las Medidas Autosatisfactivas en el Perú; ello no con el afán de agregar nuevas instituciones procesales, sino para poder cumplir con el principio máximo de la tutela jurisdiccional efectiva, que es la eficacia de la repuesta más que oportuna cuando se presenta una emergencia jurídica que activa dentro de aquella la tutela de urgencia. Esa, es la intención. 