

¿Es posible dictar una medida cautelar al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil?

Martín Mejorada Chauca

Alumno del 8vo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de Prácticas del Curso de Derechos Reales.

Mediante la Ley No. 25011 del 7 de febrero de 1989 se modificó el artículo 31 de la Ley No. 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). La modificación implicó el establecimiento expreso que de la solicitud de medida cautelar en el procedimiento de Amparo, esto es el pedido de suspensión del acto que dio origen al reclamo, debe correrse traslado por el término de la distancia, tramitarse como incidente en cuerda separada y que la resolución que dicte el Juez sería recurrible en doble efecto ante la instancia superior.

Curiosamente, a la modificación antes mencionada le sucedieron resoluciones de Jueces de primera instancia, e incluso resoluciones de la Corte Superior de Lima¹, que amparaban a solicitudes de medidas cautelares en procedimientos ordinarios sobre abuso del derecho, fundándose para ello en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil (C.C.) vigente. Pero surge la pregunta que nos motiva a investigar sobre el tema; ¿Puede el Poder Judicial dictar tales medidas en un procedimiento ordinario de abuso del derecho; ¿Contiene el Artículo II del Título Preliminar del C.C. de 1984, una medida cautelar?

Son estas y otras las preguntas cuyas respuestas intentaremos encontrar en las siguientes líneas.

I. La Medida Cautelar.-

Antes de introducirnos al tema central que nos motiva, es necesario realizar un análisis de lo que se entiende en la doctrina por medida cautelar.

La medida cautelar podría entenderse como un acto por el que, a petición de parte, el órgano jurisdiccional adelanta los efectos de un fallo definitivo, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede implicar la demora en la sentencia definitiva.

Generalmente este tipo de medidas son adoptadas por la autoridad judicial sin contradictoria, esto es, sin escuchar los argumentos de la otra parte. Consecuentemente, con el fin de evitar decisiones arbitrarias, la adopción de una medida cautelar debe reunir, al menos, tres requisitos²:

a) Apariencia del derecho invocado. Verosimilitud del derecho cuyo amparo se solicita, todo lo cual debe ser estimado por el Juez, persuadiéndose que el derecho cuya cautela se le solicita, existe en principio.

b) Peligro en la demora. La demora en la sentencia definitiva podría causar un daño irreparable al accionante y privarlo así de una tutela efectiva.

c) Contracautela. La expedición de una medida cautelar puede causar un daño ilegítimo a la otra parte, si al final del procedimiento judicial la demanda es declarada infundada. Por ello se exige que el solicitante garantice ese eventual resultado con cualquiera de los medios que prevee la ley, es decir, ya sea con garantías reales o garantías personales.

Existen una serie de clasificaciones de la medida cautelar. Una de ellas, importante para nuestro estu-

1. Por mencionar algunas; (i) Juicio Ordinario de nulidad de resolución y abuso del derecho seguido por Empresa de Transporte Aéreo del Perú S.A. (AEROPERU) con el Tribunal del Servicio Civil ante 12o. Juzgado Civil de Lima, Juez Dr. J. Rodríguez (ii) Juicio Ordinario de impugnación por Acuerdos y Abuso de Derecho, seguido por don José Leandro Reaño Cabrejos contra el Banco de Comercio y otros ante el 5to. Juzgado Civil de Lima. Sec. Loza. Juez José Espinoza C. Exp. 600-90, (iii) Juicio Ordinario sobre declaración de derecho seguido por el Banco de Crédito del Perú contra Inmobiliaria Santa Manuela S.A. ante el 19o. Juzgado Civil de Lima, Sec. Corraso, Juez César Cruz S.

2. MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Librería Studium Ediciones. Lima 1987.

dio, las divide en medidas cautelares innovativas y medidas cautelares de no innovar. Estas últimas son las que tienden a mantener una situación de hecho para evitar que los cambios de tal situación puedan influir en el resultado de un proceso judicial o en la ejecución de una sentencia. Es el caso por ejemplo del embargo preventivo.

La medida cautelar innovativa por el contrario "... tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la ingerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor"³.

Las medidas cautelares innovativas son particularmente excepcionales. Por ello, para que se les pueda dictar deben cumplirse ciertos requisitos, a nuestro modo de ver, esenciales: (i) debe estar expresamente prevista en el ordenamiento procesal; (ii) el demandado debe ser citado y escuchado⁴; y, (iii) es más importante en este tipo de medida cautelar la contracautela o garantía que debe prestar el solicitante, por los daños que pudiera causar la medida cautelar.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala Calamandrei, "...De la misma manera que el juez no podría, basándose solamente en el requisito del interés, pronunciar una condena con reserva fuera de los casos en que esta figura excepcional se halla prevista por la ley (...) así me parece que no puede bastar el interés para convertir en admisibles figuras de medidas cautelares desconocidas por nuestro derecho o para servirse de aquellas existentes en casos que nuestro derecho no prevé"⁵. En el mismo sentido dice Alsina refiriéndose a las medidas cautelares innovativas: "Tampoco se ha dejado librada su procedencia y oportunidad al criterio del Juez, sino que se las ha autorizado expresamente en cada caso, de donde resulta que por su carácter excepcional las disposiciones que a ellos se refieren son de interpretación restrictiva"⁶.

Un ejemplo sobre los caracteres y requisitos de la medida cautelar innovativa en nuestro ordenamiento, lo apreciamos en el artículo 31 de la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo) al cual nos referimos anteriormente. Esta norma establece que a solicitud de parte, y en cualquier etapa del proceso, el Juez

puede disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo, por cuenta, costo y riesgo del solicitante. De la solicitud se corre traslado por el término de un día.

II. Las medidas cautelares en el Perú.-

En nuestro ordenamiento jurídico existen, **entre otras**, las siguientes medidas cautelares, todas ellas previstas y reguladas por ley.

a) El embargo preventivo (artículo 227 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles);

b) La anotación preventiva de la demanda (artículo 2019, inciso 7 del Código Civil);

c) La asignación provisional de alimentos (artículo 22 del D. Leg. No. 128);

d) La suspensión de trabajos en el interdicto de obra nueva (artículo 1022 del Código de Procedimientos Civiles);

e) La Ley General de Sociedades, establece en su artículo 148, que el Juez puede ordenar la suspensión de los acuerdos de Junta impugnados judicialmente; y

f) La medida cautelar regulada por el artículo 31 de la Ley 23506, a la que hemos hecho alusión antes.

Cada una de las medidas cautelares antes mencionadas tiene un procedimiento de expedición, **expresamente previsto en la ley**, por lo que debemos entender que se busca prevenir y limitar la posibilidad de que a través de medidas cautelares se dañe los intereses de la parte demandada.

Lo anterior significa que los Jueces deben proceder, al conceder medidas cautelares, en estricto cumplimiento de las normas que regulen la dación de determinada medida precautoria.

III. El Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.-

El artículo II en comentario señala que "La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda".

Esta norma establece como principio del ordenamiento civil peruano, la prohibición del abuso del derecho. No nos ocuparemos de esta institución, sino

3. PEYRANO, Jorge W. Medida Cautelar Innovativa citado por Monroy G. Op cit. pág. 61.

4. RAIMUDIN, Ricardo. "Prohibición de innovar como medida cautelar". Ed Astrea. Bs. As., 1979. pg. 55.

5. CALAMANDREI, Piero. "Introducción al Estudio Sistemático de los Procedimientos Cautelares". Ed. Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1945, pg. 68.

6. ALSINA, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar. Bs. As. 1962. pg. 454.

de la facultad que tiene la víctima para exigir judicialmente la adopción de medidas destinadas a evitar o suprimir el abuso.

El Artículo II no ha consignado un procedimiento específico para la acción por abuso del derecho, esto es, para solicitar la adopción de las medidas tendientes a evitar o suprimir el abuso, por lo que el procedimiento a seguir sería el del Juicio Ordinario, conforme lo establece el artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles.

Coincidimos con Marcial Rubio, en que una efectiva y justa aplicación del Artículo II del Título Preliminar del C.C. habría requerido una reforma procesal, que no se ha producido. Sostiene Rubio "que exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso, implicaría "... una reforma procesal pues una acción por abuso deberá ser tramitada por el procedimiento ordinario de acuerdo a las normas vigentes y, resulta innecesario decirlo, mediante esta vía es imposible lograr un oportuno evitamiento."⁷.

La misma observación que hace el autor citado, es aplicable a la situación prevista en el art. 924 del C.C. que se refiere al Derecho Real de propiedad. La norma en mención establece que "Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otra se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso ...".

Así pues, la adopción de medidas para evitar o suprimir el abuso, constituyen la pretensión principal del demandante en una acción ordinaria de abuso del derecho y no la de una medida cautelar.

En efecto, nuestro ordenamiento no ha establecido que las medidas antes aludidas, sean de las llamadas cautelares, pues no les ha previsto una vía procesal específica, ni regulado su forma de expedición como garantía fundamental del demandado.

Y es que, como hemos visto, la medida cautelar, sobre todo las innovativas, constituyen un acto excepcional, que el Juez sólo puede dictar cuando se haya cumplido con los requisitos que la ley le exige para tal efecto.

Se podría decir en contra de lo anterior que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, que de ser el caso deberán aplicar los Principios Generales del Derecho (inciso 6 del art. 233 de la Constitución y art. VIII del Título Preliminar del C.C.). En efecto, nosotros creemos que estamos en presencia de un defecto legal

que debe ser subsanado por la vía de los Principios Generales del Derecho, es decir, por la vía analógica.

En ese sentido, Manuel Albaladejo dice: "Los principios generales positivos se aplican a través del llamado procedimiento analógico, que consiste en la resolución de un caso, no regulado en la ley (...), mediante aplicación de un principio general obtenido de la regulación establecida en aquella para otro supuesto o supuestos"⁸. Hasta aquí todo bien, en consecuencia debería aplicarse analógicamente al art. II del Título Preliminar del Código Civil algún procedimiento de alguna medida cautelar que esté legislada y asunto resuelto. Sin embargo no es tan sencillo.

En tanto las medidas cautelares constituyen un acto excepcional que implica -sobre todo tratándose de medidas cautelares innovativas- una restricción de derechos de una de las partes en el procedimiento, es de aplicación el art. IV del Título Preliminar del C. C. que prohíbe la aplicación analógica de normas excepcionales o que restrinjan derechos. En consecuencia el vacío del art. II del Título Preliminar del C. C., en el estado actual de nuestra legislación, no tiene respuesta que no sea concluir que allí no puede haber medida cautelar por dos razones.

Primero porque el legislador no ha dicho que en el art. II exista una medida cautelar, y segundo porque no tiene previsto un procedimiento de medida cautelar, sino uno de Juicio Ordinario.

Reviste gran importancia en nuestro análisis la entrada en vigencia del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, mediante Decreto Legislativo No. 611. Este Código en su artículo 141 establece que: "En las acciones de abuso del derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y **se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental**, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso sólo podrán ser apelables en efecto devolutivo" (el subrayado es nuestro).

Esta norma parece establecer la posibilidad de dictar medidas cautelares en base al artículo II del Título Preliminar cuando se refiera a la defensa de derechos ambientales. Sin embargo tampoco establece un procedimiento a seguir, sólo se limita a decir que dichas medidas podrán ser apelables en un solo efecto.

Lo anterior nos indica que la intención del legislador es considerar a las medidas tantas veces aludidas, como de carácter cautelar que tutelen efectiva-

7. RUBIO CORREA, Marcial. "Abuso del Derecho". En Para leer el Código Civil II. Cuarta Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1987. pg. 31.

8. ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Barcelona Bosh, 1975. Cap. I, Sec. I., pág. 101.

mente los derechos del lesionado. Compartimos esa intención, pero en tanto no se establezca claramente un procedimiento, resulta írrito a la institución de la medida cautelar, que éstas se expidan en base a un procedimiento que queda al arbitrio del Juez.

La norma del D. Leg. 611 es un avance, sin embargo, creemos que los jueces tampoco podrán válidamente expedir medidas cautelares en materia de Derecho Ambiental, pues aún cuando se está cubriendo un tema importante como es el de la apelación de la medida, no tenemos aún un procedimiento que dé seguridad a las partes. Por ejemplo, ¿se correrá traslado de la solicitud de la medida o no?

Como consecuencia de todo lo anterior, consideramos que el Artículo II del Título Preliminar del C.C. de 1984 **no contiene** la posibilidad de dictar una medida cautelar.

Indudablemente que es necesario que se legisle lo antes posible sobre el tema que comentamos para lograr una tutela efectiva de las víctimas de un abuso, y seguramente la vía adecuada sea el establecimiento de medidas cautelares que deberían ser legisladas y observadas por los jueces.

Lo que ha venido ocurriendo en algunos casos en el Poder Judicial de nuestro país, ninguno de ellos referido a derechos ambientales, es que se han dictado medidas cautelares amparándose en el Artículo II del Título Preliminar del C.C. para suspender los efectos de determinados actos -es decir, medidas cautelares innovativas- hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso por abuso del derecho. Con la expedición de estas medidas, algunos jueces se tornaron "innovadores" del Derecho ordenando medidas cautelares innovativas sin que estén expresamente previstas en la ley, ni que exista procedimiento específico que las regule. El procedimiento debería ser el ordinario, con lo cual no tiene sentido hablar de medida cautelar.

De manera que no existe en nuestra legislación la posibilidad de que el Juez adopte una medida cautelar, si ella no está expresamente prevista en la ley, lo que implica así mismo, el establecimiento de un procedimiento específico.

Es importante mencionar que existen algunas legislaciones que contraviniendo la naturaleza jurídica de la Institución, sí permiten a los jueces adoptar medidas cautelares sin que estén expresamente previstas. Estos ordenamientos consignan la llamada **medida cautelar genérica**. En Argentina, por ejemplo,

el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial señala que "fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable podría solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asignar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

En nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera existe una norma similar que justifique de alguna manera la actuación judicial.

El exceso que se ha cometido con el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, trae graves consecuencias ya que no sólo se causa un perjuicio económico al demandado sino que además se vulneran derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra.

Efectivamente, las resoluciones que han venido expidiéndose ordenando una medida cautelar, no han fijado contracautela alguna a cargo del solicitante, lo que deja en grave riesgo la situación del demandado.

De otro lado, se ha **creado** todo un procedimiento que no está previsto en la ley. Así por ejemplo, no se corre traslado de la solicitud de medida cautelar, y se expide la orden. ¿Cuál es el criterio para optar por esta solución si no hay procedimiento que no sea el ordinario?

En materia de derechos constitucionales consideramos que se están violentando con el actuar judicial los siguientes derechos:

a) Artículo 2, inc. 20, numeral L): "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos ..."

Esta es una manifestación de lo que se conoce como "**Debido Proceso**", "concepto que surge en el orden jurisprudencial y que tiende a rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado ..."⁹.

¿Cómo podría ser justa y legítima una decisión judicial amparada en un procedimiento que no es conocido por las partes de antemano? La respuesta es simple: las partes quedarán a merced de lo que al Juzgador se le ocurriera, lo cual es absolutamente arbitrario e inconstitucional.

9. QUIROGA LEON, Anibal. "Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia". En "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de operación". Cultural Cuzco S.A. Lima-Perú 1987 pg. 111.

b) Artículo 232.- "La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los Juzgados y tribunales... de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen".

La norma anterior significa que los jueces no pueden realizar su labor jurisdiccional, si no es respetando los parámetros procesales que la ley establece. Esta norma constitucional también garantiza el debido proceso.

Finalmente, luego de haber constatado que no existe en el Artículo II del Título Preliminar del C.C. una medida cautelar y que la interpretación judicial constituye un exceso que viola derechos constitucionales, queremos reiterar nuestra opinión sobre la necesidad de que se regule prontamente y de manera general, el Artículo II del Título Preliminar del C.C. para lograr no sólo la efectiva tutela de los derechos de la víctima de un abuso, sino también para evitar que algunos jueces se conviertan en sujetos activos de un nuevo y más grave acto abusivo.