

¿CUAL ES EL VERDADERO FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES?

Por: **José Carlos Mallma Soto**¹

En la doctrina procesal, es mayoritaria la opinión de que el fundamento de las medidas cautelares es la dilación o demora del proceso (*Periculum in Mora*), y es que este tipo de medidas buscan garantizar que la decisión final pueda hacerse efectiva, sin embargo debemos entender que no es la demora o duración del proceso lo que hace inefectivo un derecho cierto, puesto que el proceso es un cuerpo dialéctico de actos procesales que siguen un cause procedimental establecido, el cual por el contrario valida un sentencia de merito; ya que cada una de sus etapas buscan crear convicción en el juez para declarar el derecho que corresponde al accionante o en su defecto desestimar su pretensión, es así que la duración del proceso de cognición o declarativo es un mal necesario, que garantiza el debido proceso, en este sentido la duración del proceso no significa un peligro en sí, y por lo tanto no tendría por que dictarse medidas destinadas a eliminar dicho riesgo, ya que es naturaleza del proceso evitar la sumariedad y lograr el máximo de certeza.

En razón de dicha premisa nosotros creemos que el fundamento de las medidas cautelares se halla en un aspecto subjetivo más que objetivo, ya que los sujetos procesales principales como son el demandante y el demandado, quienes deberían actuar en un proceso agotando todos los mecanismos legales e instrumentos jurídicos y acatar el fallo definitivo una vez emitido, no lo hacen; ya que en su gran mayoría la parte perjudicada con la decisión final, o quienes intervienen en el proceso sin tener derecho ejerciendo la contradicción, tienden a actuar de mala fe, para evitar que dicha sentencia se haga efectiva dilatando el proceso a través de medios impugnatorios, mientras que por otro lado realizan actos jurídicos destinados a disminuir el crédito, garantía o disponer de bien materia de discusión, de tal forma que una vez consentida la sentencia de merito o quedar firme por efecto de ser frustrado los medios impugnatorios, y obtenido un resolución que constituye título ejecutivo, el cual se hace efectivo en un proceso ejecutivo, procediéndose a ejecución de la sentencia, ya sea de manera forzosa, no se halla el bien o lo encuentra en poder de otro. Ello debido a que el nuestro ordenamiento acoge el aforismo de que la buena fe se presume y la mala fe se prueba, ya que

¹ Estudiante de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE

las partes que intervienen en un proceso muy por el contrario de actuar con probidad en todo acto que realizan y ciñéndose a la ley, tratan de eludir mediante medios ilegítimos sus cargas, es por ello que para una mejor comprensión de las medidas cautelares y lo que persigue en el proceso, es necesario entender con claridad que su fundamento no se halla en la demora de por mas natural e imprescindible de todo proceso, sino en la mala fe de las partes, ya que la medida cautelar va estar dirigida a mantener un *status quo* en un bien o derecho materia de discusión en un proceso, haciendo indisponible por parte del titular del bien, logrando así eliminar el riesgo o peligro de la ineffectividad de la decisión definitiva de un proceso.

Así la mala fe procesal es entendida por el maestro *Eduardo J. Couture* como “*calificación jurídica de la conducta. Legalmente sancionada, del que actúa en juicio convencido de su sin razón, con animo de perjudicar a su adversario o a un tercero o obstaculizar el ejercicio de un derecho*”² en razón de esta definición podemos observar que la conducta descrita anteriormente que constituye el sustento de las medidas cautelares; es verdaderamente un mala fe procesal, ya que sus elementos constitutivos hallan forma en la magnífica definición de *Couture*; así podemos observar : a) Que el demandado malicioso, siempre es un sujeto que actúa convencido de la sinrazón de su contradicción, es decir a sabiendas del justo pedido de la otra parte, con la única intención de dilatar el proceso lo máximo posible, para realizar actos jurídicos que hagan ineffectivo e inejecutable la satisfacción del objeto de la pretensión legítima de la otra parte; b) *Animus de pendendi*, el objeto específica de su conducta maliciosa es obstaculizar el ejercicio de un derecho cierto y el efecto de dicha actitud es perjudicar a su adversario.

Como es lógico dicha conducta debe ser apreciada por el juez como dolo procesal y sancionada, sin embargo hay algunos que señalan que los actos destinadas hacer inejecutable un derecho o objeto de una pretensión, no están configurados en el ámbito estrictamente procesal por lo tanto, no correspondería apreciarla como mala fe (procesal). A nuestro parecer dicho razonamiento es inadecuado, ya que el proceso es un todo, donde la existencia del principio de causalidad tiene especial significado, ya que los actos procesales causan un efecto directo e indirecto en los bienes o derechos materia del proceso, así todo acto jurídico sobre dicha materia tendrá un similar efecto en el proceso, por tanto el carácter procesal se extiende a la intangibilidad de la objeto de la pretensión de un proceso.

²*COUTURE, Eduardo J, Diccionario Enciclopédico Jurídico, Edit. TIPO-OFFSET, Pag. 255*

Así la doctrina española entiende como conducta maliciosa en un proceso, “toda actitud o retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”. Ello es propio en el objeto materia de estudio dado que lo que se busca es la finalidad ilegítima de la ineficacia de una sentencia de merito favorable a la otra parte, y ya que dicha actitud no admite la culpa es netamente dolosa.

Por último, hay que destacar que el precepto protege, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, en general, el derecho a la tutela judicial efectiva³, ello ya en referencia de una conducta criminalizada, pero lo realmente importante es que la mala fe va en contra de la administración de justicia y de forma específica contra la tutela jurisdiccional efectiva del Estado, tendiente a eludir el mandato judicial que reconoce un derecho, en la etapa de ejecución.

Así a modo de conclusión diríamos que la medida cautelar va dirigida a buscar la efectividad de un derecho aparente, lo que significa que debe ser tutelado, el legislador deben incorporar como un presupuesto para otorgar medida cautelar, que se advierta una actitud maliciosa por parte del demandado, el cual sea capaz de crear riesgo y peligro en el objeto de la pretensión.

³ *DICCIONARIO JURIDICO ESPASA Calpe, S.A. “Retardo Malicioso de la Administración de Justicia”*