

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS QUE TUTELAN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Juan Espinoza Espinoza ⁽¹⁾

1. Perfiles generales de las medidas cautelares

Desde que la acción es entendida como un derecho separado de aquel que se pretende hacer valer o respetar en un proceso, con las características de subjetivo, público, autónomo y abstracto ⁽²⁾, el Derecho Procesal deja de ser visto como un mero apéndice del denominado Derecho Sustantivo y llega a tener su propio perfil, sin perderse por ello el nexo de dependencia entre ambas disciplinas. Es dentro de este contexto doctrinario que surge la figura genérica de las medidas cautelares (y dentro de ellas las innovativas). En efecto, si el derecho de acción era considerado como parte del denominado derecho subjetivo, mal podría pensarse en una tutela preventiva de una situación (conflictiva) que todavía no se había presentado: tenía que lesionarse el derecho y con ello surgir la acción para repararlo: ésta ha sido la tendencia de la doctrina procesal tradicional ⁽³⁾, que conceptualizaba al ilícito civil de una manera "típicamente represiva" ⁽⁴⁾. En cambio, considerada la acción como un derecho a solicitar la

tutela jurisdiccional del Estado, sí se puede configurar una situación de tutela anterior a la consumación de un daño injusto: es lo que conocemos con el nombre de tutela preventiva de los derechos ⁽⁵⁾.

En lo que a tutela de derechos se refiere hemos individualizado tres momentos, el primero, cuando existe el peligro que se verifique un acto ilícito, segundo, cuando se produce un ilícito continuado o interactivo, que no ha terminado o que exista el peligro que se repita el mismo y por último, cuando se consuma un ilícito instantáneo. Las acciones procesales correspondientes serían las acciones inhibitoria, cesatoria y de responsabilidad civil, respectivamente. La tutela cautelar (que comprendería a las acciones inhibitoria ⁽⁶⁾ y cesatoria) se opone a la tutela final, que puede ser declarativa o de condena. La tutela cautelar comprende medidas típicas y medidas atípicas. En el ordenamiento jurídico nacional, contamos con la tutela inhibitoria en el caso de las garantías constitucionales, a saber, la Acción de Habeas Corpus (art. 200º.1), cuando se refiere a la "amenaza (de) la libertad individual o los derechos constitucionales conexos", la Acción de Amparo (art. 200º.2), cuando se refiere a la "amenaza (de) los demás derechos reconocidos por la Constitución", la Acción de Habeas Data, cuando se refiere a la "amenaza (de) los derechos a que se refiere el artículo 20., incisos 5), 6) y 7) de la Constitución". Las dos primeras acciones se encuentran reguladas en la Ley No. 23506, de Habeas Corpus y de Amparo (arts. 12º y 26º, respectivamente). No obstante, para que proceda la Acción de Amparo, se exige que se hayan agotado

(1) Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA, El derecho de acción, en *Advocatus*, Año I, No. 1, Lima, 1990, p. 39.

(3) Así, RAPI SARDA, quien atribuye esta tendencia a un pasaje de Celso y al pensamiento de Savigny: "la atribución de la acción como el derecho sustancial subyacente implicaba la perfecta coincidencia entre el surgimiento del derecho de acción y el verificarse el momento patológico de la violación o de la lesión del derecho subjetivo material, antes de la cual existía sólo el derecho sustancial, en régimen de pacífico disfrute" (Profilo de la tutela civile inhibitoria, CEDAM, Padova, 1987, 23).

(4) RAPI SARDA, op. cit., 26.

(5) Así, "la autonomía de la tutela cautelar del derecho sustancial cautelado constituía (para Chiovenda) una ulterior confirmación del principio de la autonomía de la acción" (RAPI SARDA, op. cit., 74).

(6) RAPI SARDA distingue la inhibitoria cautelar de la inhibitoria final (op. cit., 96).

las vías previas (art. 27º)⁽⁷⁾, de acuerdo con el art. 31º de la citada ley, el juez "podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo", cuando "sea evidente la inminente amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional". También en el caso del denominado abuso de derecho, encontramos a la tutela inhibitoria (art. II del título preliminar del c.c. y 685º c.p.c.). El modelo diseñado por el código civil concibe a la tutela inhibitoria como una forma de tutela cautelar, ya que el art. II t.p., dispone que "el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso". La acción cesatoria la ubicamos en el art. 17º c.c., cuando al tutelar los derechos de la persona, se hace alusión a la "acción para exigir la cesación de los actos lesivos", en el art. 26º c.c., que se refiere a la "cesación del hecho violatorio (del derecho a ser designado por el propio nombre)", en el art. 28º c.c. (acción cesatoria por la usurpación del nombre), en lo que a situaciones jurídicas existenciales se refiere. La acción por responsabilidad civil extracontractual la encontramos en los arts. 1969º c.c. y siguientes.

2. Las situaciones jurídicas existenciales emergentes y las medidas cautelares genéricas

La medida innovativa es una medida cautelar específica que tutela, en materia de los derechos de la persona, a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la voz (art. 686º c.p.c.). Sin embargo, el elenco de las situaciones jurídicas existenciales no se agota en esta trilogía. Basta dar una ojeada a la Constitución y al Código Civil para darnos cuenta que existe un elenco pormenorizado de derechos de la persona y que además, dichos textos, reconocen los demás derechos inherentes a la persona, los cuales pueden irse presentando y emergiendo en la medida que la colectividad y los valores que surgen en ella, van evolucionando. Es por ello que el art. 629º c.p.c.,

(7) Salvo lo previsto en el art. 28º de la mencionada ley, vale decir, cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; cuando por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión; cuando la vía previa no se encuentra regulada, o cuando se haya iniciado, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo y cuando no se resuelva la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

(8) Art. 629º c. p. p. "además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva".

regula a la medida cautelar genérica⁽⁸⁾. Este tipo de tutela nos revela la "inidoneidad de la tradicional tutela resarcitoria para garantizar la efectiva actuación de los nuevos derechos"⁽⁹⁾. En efecto, si contamos con un numerus apertus de los derechos de la persona, en materia de tutela procesal de los mismos contamos con medidas cautelares genéricas y atípicas.

El art. 700º del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940 regula a las providencias urgentes⁽¹⁰⁾, las cuales, dado su carácter cautelar, deben ser definidas "sobre el plano estructural como "tutela de relación", puesto que aparece siempre preordenada para asegurar la fructuosidad práctica de un sucesivo procedimiento actuativo del derecho deducido en juicio. Las notas distintivas de la inhibitoria cautelar son, la instrumentalidad y la provisoriedad: una define el tipo de relación que se instaura entre la medida cautelar y la sentencia definitiva de mérito, la otra delimita el subsecuente régimen de eficacia del procedimiento cautelar, que está destinado a venir a menos en la hipótesis de falta de instauración o prosecución del juicio de mérito o, en todo caso, con la emanación de la sentencia de mérito"⁽¹¹⁾. En efecto, la tutela inhibitoria provisional regulada en el art. 700º c.p.c.ita. "no constituye una calificación jurídica directa ni autónoma, sino está destinada a consolidarse o a venir a menos seguidamente al accertamiento final de la acción ajena que se pretende reprimir"⁽¹²⁾.

(9) RAPISARDA, op. cit., 80.

(10) Art. 700º. Condiciones para la concesión - Además de los casos regulados en las secciones anteriores de este capítulo, la persona a quien asiste un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, puede sufrir un perjuicio inmediato e irreparable, está facultada para pedir al juez aquellas providencias urgentes más aptas para asegurar provisionalmente, de acuerdo a las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo".

(11) RAPISARDA, op. cit., 128.

(12) MESSINETTI, Personalità (diritti della), en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè, 1983, 392. Propugnan la autonomía de la tutela de urgencia, DENTI, Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale, en L'informazione e i diritti della persona a cura de ALPA BESSONE, BONESCHI, CAIAZZA, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene Editore, Napoli, 1983, 264 y ZANUTTIGH, La tutela cautelare atipica, en ivi, 279, quien hace referencia a la "tutela urgente no cautelar" para la defensa de los derechos de la persona "ya institucionalizados y formalizados" (cit.).

Sobre este procedimiento se ha puesto en evidencia su "uso casi ilimitado" ⁽¹³⁾ y que "los derechos de la persona son el natural campo de aplicación" ⁽¹⁴⁾ de la tutela cautelar. Así como que es "atípico en cuanto al procedimiento, atípico en cuanto al contenido, atípico en cuanto a la esfera de la tutela que con éste no puede ser realizada" ⁽¹⁵⁾.

El art. 280° del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, publicado en 1988, al lado de las medidas cautelares específicas (art. 279°), regula, en su artículo 280° a las medidas provisionales y anticipativas ⁽¹⁶⁾.

3. La medida cautelar innovativa

La medida cautelar es entendida como "un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba" ⁽¹⁷⁾. Se clasifica de la siguiente manera ⁽¹⁸⁾:

A. Medidas cautelares de prueba anticipada.
B. Medidas cautelares para futura ejecución forzada

B.1. Embargo (en depósito, en inscripción, en retención, en intervención)

B.2. Secuestro

B.3. Inhibición

B.4. Anotación de la demanda

C. Medidas cautelares de no innovar

D. Medidas temporales sobre el fondo

E. Medida cautelar innovativa

La medida cautelar innovativa ha sido definida como "una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor" ⁽¹⁹⁾. A propósito de esta medida, se advierte que es inadmisibles que una medida cautelar innovativa interfiera en otro proceso, a iniciarse o ya iniciado, "conexo" o "relacionado" tramitado ante otros estrados judiciales ⁽²⁰⁾.

Para la procedencia de la medida cautelar innovativa, como en todo tipo de medida cautelar, se exige la concurrencia de tres recaudos clásicos: apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*) y contracautela ⁽²¹⁾; pero además se requiere de un cuarto presupuesto, cual es la irreparabilidad del perjuicio ⁽²²⁾. Piénsese en un estudiante que, por indisciplina, es suspendido casi a finales del año escolar: ante la inminencia el perjuicio, es legítimo

(13) VERDE, Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come'è e come si vorrebbe che fosse), en el processi speciali. Studi offerti a V.Andreoli dai suoi allievi, Napoli, 1979, 460.

(14) VERDE, op. cit., 458.

(15) GIACOBBE, Note in tema di "strumenti di sanzione" per la tutela dei diritti della persona, en L'informazione e i diritti della persona, cit., 295.

(16) Art. 280: Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo. (INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, El Código Procesal Civil. Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes-Exposición de Motivos. Texto del Anteproyecto, Montevideo, 1988, 162).

(17) MONROY, Temas de Proceso Civil, Studium, Lima, 1987, 42.

(18) MONROY, op. cit., 47 y ss.

(19) PEYRANO, Derecho Procesal Civil de acuerdo al C.P.C. Peruano, Ediciones Jurídicas, 1995, 276.

(20) PEYRANO, op. cit., 282.

(21) La contracautela está definida en el art. 613° c.p.c.: "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 la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso cambiarla 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 admite la contracautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la proroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo".

(22) PEYRANO y CHIAPPINI, Medida Innovativa, en Enciclopedia Jurídica Omeba, V, Apéndice; Driskill, Buenos Aires, 1986, 477.

interponer una medida cautelar innovativa dirigida a reincorporar a las clases al alumno, mientras se decida la legitimidad de la suspensión en otro proceso⁽²³⁾. En materia de personas jurídicas sin fines de lucro, el art. 106° c.c. prevé que el juez de primera instancia, a pedido de parte, puede por causa justificada, suspender a los administradores de una fundación y el art. 120° c.c. contempla que "el juez puede ordenar, a solicitud del Ministerio Público, de oficio o a instancia de parte, la suspensión inmediata de las actividades del comité mientras se resuelve acerca de su disolución". En estas hipótesis nos encontramos frente a medidas cautelares innovativas⁽²⁴⁾. En la experiencia jurisprudencial argentina merecen destacarse el caso en el cual el Jockey Club de Rosario inhabilitó por cuatro años al jinete Néstor Bortulé para ejercer su actividad profesional o cuando el Club Atlético Provincial sancionó a un asociado con dos años de suspensión en sus derechos de socio (en ambos casos se restituyó al actor en vía cautelar) o cuando se solicitó el uso del inmueble por parte del actor mientras durara el proceso de otorgamiento de escritura, dado que había pagado parte considerable del precio⁽²⁵⁾.

No se debe confundir la medida innovativa con la Acción de Amparo, la primera es cautelar y la segunda es un proceso principal y sólo algunos derechos pueden ser defendidos por la vía de amparo⁽²⁶⁾.

Merece especial atención un caso presentado en la experiencia jurídica italiana: dos actrices italianas, Nadia Cassini y Carmen Russo que, en sus inicios artísticos se desempeñaban como porno-stars y en la actualidad, superando esa etapa, se desenvolvían en el mundo del espectáculo con una imagen totalmente distinta, caracterizada por su seriedad y profesionalidad, se vieron perjudicadas en su derecho a la identidad personal, por cuanto una empresa se dedicó a difundir fotografías de "su pasado artístico" (modificando incluso los textos originales), sin hacer la salvedad que se trataban de reproducciones antiguas que nada tenían que ver con su actual imagen artística. La Pretura de Roma, con fecha 04.07.86, con decreto emitido inaudita altera parte, inhibió provisionalmente toda actividad de difusión, edición y distribución del número que originó la controversia, ex art. 700° c.p.c.ita. Con fecha

04.07.86, mediante ordenanza, se confirmó dicho procedimiento inhibitorio⁽²⁷⁾.

Un campo rico y fecundo, en el cual son posibles de aplicar las medidas cautelares innovativas tutelares de los derechos de las personas, lo encontramos en el momento patológico de la interacción entre estos derechos y el derecho a la información⁽²⁸⁾ o "en las confrontaciones de la administración pública"⁽²⁹⁾, cuando, por ejemplo, un trabajador solicita su reposición. En materia de interdicción, el art. 683° c.p.c. prevee que el juez dicte "la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada", lo cual podría ser interpretado peligrosamente si lo coordinásemos con lo dispuesto por los arts. 567° y 578° c.c., que se refieren a la privación provisional del ejercicio de los derechos civiles de la persona con la designación de un curador provisional e internar al "incapaz" en un establecimiento especial, "previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia" (sic), máxime cuando es un principio general que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que la "incapacidad" (rectius, las restricciones a la capacidad de ejercicio), debe ser probada de manera evidente y concreta⁽³⁰⁾. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, en tanto operador jurídico, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y administrar efectivos mecanismos de tutela, de acuerdo a su especial naturaleza.

(23) PEYRANO, op. cit., 301.

(24) MONROY, op. cit., 60-61.

(25) PEYRANO, Cuestiones de Derecho Procesal - Praxiología Procesal, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 1980, 42-43.

(26) PEYRANO, Medida cautelar innovativa, Depalma, Buenos Aires, 77 y ss.

(27) PRETURA ROMA, 10.02.88, en El derecho a la identidad personal, con nota de ALPA, en Aequitas año 2, No. 2, Lima, 1995, 207-208. La máxima extraída por el autor es la siguiente: "Constituye una violación del derecho a la identidad personal -entendido como derecho de la persona a una proyección de sí en lo "social" lo más correcta posible, en relación a su actual modo de ser, actuar, pensar - la utilización de imágenes de una actriz que se remontan a una fase de la carrera ya superada por la nueva connotación artística y profesional dada su actividad, donde éstas imágenes puedan, por el contrario, ser interpretadas por el público como fruto de una prestación apórita y actual (en este caso, ha sido inhibida en vía de urgencia la difusión de fotonovelas conteniendo imágenes extraídas de películas que dos actrices habían interpretado al inicio de la carrera, cuando se dedicaban a un filón cinematográfico del todo diverso del actual, no habiendo sido precisada, en la publicación, la época en la cual habían sido tomadas dichas imágenes)" (cit.).

(28) GIACOBBE, cit.

(29) DENTI, op. cit., 267.

(30) Así, SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 18.03.88, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo, 1988, N° 16, Madrid, 209.