

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

JORGE FABREGA P.

ADAN ARNULFO ARJONA L.

Miembros del Instituto Panameño
de Derecho Procesal

Las apremiantes necesidades de justicia de las sociedades modernas han motivado que los ordenamientos procesales de diversas 'familias' jurídicas coincidan en conferir a los jueces, cada día con mayor amplitud, adecuados poderes para la conducción de los procesos, tales como la facultad para adoptar y recibir pruebas de oficio, reprimir fraudes procesales, y lo que es más importante, instrumentos con los cuales asegurar efectivamente a las partes de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

Dentro del esquema antes indicado se ha ido destacando también la función cautelar que le compete al juzgador. Bajo el influjo de estas tendencias un gran número de países han establecido en sus Códigos Procesales la facultad que tienen los tribunales para decretar medidas cautelares innominadas. ⁽¹⁾

1. **Europa:** **Italia:** (Art. 700 del Código Procesal Civil de 1940); **Alemania:** (Art. 938 del Código Procesal Civil; (Véase además Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil", Madrid, 1a. edición, pág. 381; Goldschmidh, James, Derecho Procesal Civil, Editorial Labor, Madrid 1936, pág. 764); **URSS:** (art. 27 de las Bases de Procedimiento Civil para la URSS y Repúblicas Federadas; además arts. 83 a 93 del Código de Procedimiento Civil de la República Federativa Soviética de Rusia); **Suecia:** Art. 15, Sección 3, del Código de Procedimiento Judicial. Véase Código de Procedimiento Judicial Sueco traducido al inglés por Anders Bruzelius y Ruth Bader Ginsburg, Editorial Sweet Maxwell Limited, Londres, 1968; además, la obra de los citados autores titulada "Civil Procedure in Sweden", Martin Nijhof, Holanda, 1965, pág. 255); **Estado Vaticano:** (Art. 894 del Código de Procedimiento Civil); **España:** (Art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme fue reformada por la Ley 34 de 6 de agosto de 1984. Véase Ramos, Francisco, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1986, Tomo II, pág. 993); **Suiza:** Códigos Procesales de los Cantones de Friburgo (Art. 369); Ginebra (Art. 12), Berna (Art. 326) y Neuchatel (Art. 95. Véase Habscheid, Walter Droit Judiciaire Privé Suisse, Librairie De L'Université, Ginebra, 1981,

Las legislaciones procesales tradicionales contenían un sistema de medidas cautelares taxativas. Sin embargo, la experiencia diaria ha demostrado que no siempre el legislador puede prever las posibilidades infinitas que la realidad presenta y, por ello, en ocasiones los mecanismos cautelares conocidos (embargo preventivo, suspensión de operaciones, prohibición de innovar, etc), no resultan eficaces para obtener los propósitos de aseguramiento que se requieren. ⁽²⁾ Esta circunstancia ha provocado que los ordenamientos procesales modernos incorporen en sus articulados las medidas cautelares genéricas.

La utilidad de esta figura es innegable ya que puede ser empleada con eficacia en variados casos. La profesora venezolana MARIOLGA QUINTERO TIRADO en su monografía sobre "Medidas Cautelares" enuncia a manera de ejemplos algunos de los supuestos en los que puede utilizarse:

"1. Una agencia de publicidad inautorizadamente se vale de nuestra re-

pág. 409); **Francia:** Código de Procedimiento Civil (Art. 812. Véase Vincent, Jean Procédure Civil, Edición XVIII, París, 1976, N°. 485).

Oriente Japón: Código de Procedimiento Civil (Art. 760. Véase Versión en Inglés preparada por EHS Law Bulletin Series, Eibun Horeischa, Inc., Vol. II, 1985, pág. 152).

Angloamérica: Estados Unidos de Norteamérica (en ese país los tribunales pueden mediante la utilización de las figuras de injunction y contempt of court adoptar medidas cautelares innominadas. Sobre el particular pueden consultarse los siguientes autores: Fleming, James, "Civil Procedure", Little, Brown and Company Boston, 1965, N°. 8.7 pág. 353; Molina Pasquel, "Contempt of Court", Fondo de Cultura Económica, México, 1954 y Dini, Mario I Provvedimenti D'urgenza, Dott A. Giuffrè Editore, Milán, 1973, pág. 135); **Canadá:** Código de Procedimiento Civil para la provincia de Quebec. (Art. 752).

Hispanoamérica: México: Código de Procedimiento Civil de los Estados de Zacatecas (art. 722) Sonora (art. 722) y Morelos (art. 691); **Argentina:** Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Códigos Procesales Civiles de las Provincias de Salta (art. 379), Buenos Aires (art. 452), La Rioja (art. 266); Chaco (art. 232), Tucumán (art. 255) y Mendoza (art. 115); Véase Reimundin, Ricardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970, pág. 408). **Brasil:** Art. 798 del Código de Procedimiento Civil. Véase Theodoro Junior, Humberto. "Proceso Cautelar", Editora Universitaria de Derecho Ltda., Sao Paulo, 1976, pág. 99; **Paraguay:** Art. 378 del Código Procesal Civil (Véase Reimundin, Ricardo op. cit. pág. 408). **Venezuela:** Parágrafo I del art. 588 del Código de Procedimiento Civil; **Guatemala:** Art. 530 del Código Procesal Civil y Mercantil. **Puerto Rico:** Regla número 56.1 de las Reglas de Procedimiento Civil.

2. Clásico es el ejemplo señalado por **PIERO CALAMANDREI** en su conocida obra "Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares", (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 65) en relación con un litigio presentado en Francia que se suscitó de la siguiente manera:

producción fotográfica para anunciar un producto comercial y considerándolo atentatorio para nuestra personalidad, demandamos a la firma publicitaria por daños y perjuicios, solicitando, por otro lado, que ante la tardanza en el pronunciamiento definitivo se prohíba preventivamente la circulación de tal anuncio. En este y en los demás casos que citaremos ¿qué providencia cautelar tipificada en nuestro ordenamiento positivo satisfacería (sic) provisionalmente y de modo efectivo la urgencia de la petición?

"2. Una firma comercial instaura litigio contra otra compañía por la competencia desleal que supone el empleo de un tema publicitario y en vista de la prolongación del proceso, solicita que provisionalmente se le prohíba su difusión, o, cuando ello consistiera en un anuncio cartelario, que se ordene cubrir la muestra.

"3. Una persona valiéndose de medios irregulares para identificarse, usa el nombre civil de un conocido autor y éste demanda que se declare la ilegitimidad de su uso y que se provea preventivamente a prohibirle su empleo.

"El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas y el pintor, con el objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio con el objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriera provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica. No he conseguido saber si los jueces franceses encontraron en su ley la forma de ordenar tal medida cautelar, pero, si se hubiera presentado un caso análogo a los jueces italianos, cuál habría sido entre los procedimientos cautelares regulados por nuestro Derecho, idóneo para dar satisfacción provisional a la pudibunda solicitante? La denuncia de obra nueva, no porque en el caso que se acaba de referir la obra estaba terminada, y porque, de todos modos, el daño que podía derivar de aquella obra se refería a un derecho personalísimo de la reclamante, cual es el derecho sobre la propia imagen, y no, según el artículo 698 del Código Civil, a "un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él", pero tampoco habría podido proteger la denuncia del daño temido, porque también ésta presupone un peligro inminente para un fondo u objeto poseído por el reclamante, expresión en la cual si no se quiere recurrir a una analogía bastante remota, no puede verdaderamente considerarse comprendido el peligro inminente para el propio decoro personal.

"Probablemente, en un caso como este, la finalidad cautelar habría podido lograrse solamente a través del secuestro en vía penal; pero es cierto que la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociere al juez civil, el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas por la ley".

“4. Un artista es demandado por exhibir públicamente una escultura que ridiculiza a la parte actora, pidiéndose el resarcimiento de los daños y perjuicios que se han ocasionado al decoro o a la reputación de la persona y que se impida provisionalmente la exposición de la obra.

“5. El acreedor hipotecario, en conocimiento de actos que implican la disminución del bien gravado, solicita su cesación y que se acuerden de inmediato las medidas necesarias para prever daños mayores.

“6. En un comercial grabado se reproduce la voz de alguien que no lo ha autorizado y quien, por lo tanto, demanda los daños que se le han ocasionado y exige que, en tal virtud, se destruya la cinta, prohibiéndose provisionalmente su difusión.

“7. Un usuario demanda los daños y perjuicios en que ha incurrido el concesionario por contravención de su obligación de limpiar el lecho y borde del canal y pide que se provea urgente y preventivamente a tomar medidas del caso para impedir la agravación del daño.

“8. Los propietarios o poseedores de agua se oponen al desmante que pretende efectuar el propietario del fundo dominante en la cabecera del río que se la suministra, invocando disminución del agua que utilizan y exigen que provisionalmente tome el juez las medidas que impidan la realización del desmante.

“9. El dueño del predio superior demanda al propietario del predio inferior por los perjuicios ocasionados con motivo de la construcción de una obra que estanca el arrastre de las piedras por el agua, solicitando que se provea de inmediato a eliminar el daño.

“10. Demandado el arrendador por haber sido negligente en el cumplimiento de su obligación atinente a las reparaciones mayores del inmueble, y ante la necesidad evidente de las mismas para evitar males más graves a los ocupantes del mismo, pide el arrendatario que se tomen las medidas provisionales del caso”.

En lo que específicamente atañe a la República de Panamá, dicha figura procesal fue experimentando una gradual pero firme consagración legislativa, quedando establecida desde hace más de 16 años. En primer término, fue incorporada al Código de Trabajo de 1972 (artículo 716); luego fue trasladada al ordenamiento procesal marítimo (artículo 203 de la Ley 8 de 1982) y finalmente se adoptó en el Código Judicial vigente desde abril de 1987. Este último ordenamiento la consagra en su artículo 558, así:

Artículo 558: Además de los casos regulados, a la persona a quien asista u motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios.

“La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este título”.

Del texto de la disposición transcrita se aprecian los siguientes caracteres:

- a) La medida tiene la ventaja de que puede adaptarse a las particularidades de cada situación concreta.
- b) Requiere la presentación de una prueba sumaria que acredite “prima facie” la legitimación del peticionario y la necesidad y urgencia de la medida (“Fumus boni iuris” y “Periculum in mora”).
- c) Se exige la consignación de una caución cuyo monto señalará el juez a fin de garantizar la eventual responsabilidad por los perjuicios que pudiere irrogar la medida.

Con estos dos últimos elementos (prueba sumaria y caución) quedan plenamente garantizados los derechos de las personas que pudieran ser afectadas.

Cabe apuntar que algunas legislaciones establecen como presupuesto de procedibilidad de la medida cautelar genérica el elemento de la subsidiariedad. Conforme a ese requisito la medida innominada puede adoptarse siempre que no hubiera otra medida cautelar más específica para conseguir el efecto deseado. En relación con esa exigencia, conceptuamos que la misma puede resultar en algunos casos inconveniente, ya que los tribunales podrían estimar que otra figura cautelar de las contempladas en la ley es más idónea que la innominada, con lo cual se afectarían desfavorablemente los intereses procesales del demandante quien es, en definitiva, el mejor conocedor de las circunstancias que rodean la controversia y está en condiciones de ponderar con mayor exactitud cuál es la medida más apropiada para asegurar los resultados de su pretensión. Lo anterior no significa que el juez automáticamente puede decretar la medida innominada que se le pida sin entrar en mayores consideraciones. Por el contrario, el juez tiene

el deber de evitar que con la adopción de las medidas cautelares se causen molestias y daños irreparables a los afectados sin que ello implique poner en peligro los intereses del demandante. En ese sentido, el Código Judicial panameño en su artículo 521, numeral quinto autoriza al juez para sustituir de oficio y bajo su personal responsabilidad la medida cautelar decretada siempre que con tal proceder se mantengan plenamente garantizados los intereses del actor.

En Panamá la figura ha tenido resultados positivos, habiéndose empleado también en numerosos casos que, a manera de ejemplo, nos permitimos citar, entre otros, los siguientes:

a) **En materia laboral:** La medida cautelar innominada fue sumamente útil en el siguiente caso:

Dentro de un proceso laboral en el que se perseguía la obtención de una autorización de despido de un dirigente sindical, el demandante solicitó al Tribunal que, en ejercicio de la potestad cautelar genérica, decretara la suspensión del trabajador mientras se surtía el proceso de remoción de fuero sindical, toda vez que el mismo se desempeñaba como cajero y había sido sorprendido apropiándose de dineros de la empresa. Luego del cumplimiento de las formalidades pertinentes, el Juzgado Segundo de trabajo decretó la medida mediante Resolución N°. 167 de 30 de septiembre de 1983.

b) **En materia marítima:** De igual forma, la medida cautelar genérica fue empleada por el Tribunal Marítimo de Panamá en un proceso donde se pretendía salvaguardar los derechos de propiedad y uso respecto a una nave que se encontraba anclada en el puerto de Bangkok, Tailandia. En ese caso, la medida consistió en hacer cesar las actividades del capitán de la nave, de manera que no se comprometiera la responsabilidad del buque con terceros mientras se ventilara el proceso. La solicitud se formuló acompañada de un Acta de la Junta Directiva donde la entidad demandante, propietaria del buque, había dispuesto remover de su cargo al capitán de la nave debido a su conducta ilegal. (Resolución de 14 de noviembre de 1982 dentro del proceso Compañía Marítima de San Agustín, S.A. vs. Alfredo Aboc Saab).

Asimismo, la medida fue decretada por esa jurisdicción en el proceso Btsh Zona Libre, S.A. vs. Distribuidora Naviera del Caribe, S.A. (Resolución de 11 de marzo de 1983).

c) **En materia civil:** La institución también ha tenido aplicación eficaz en la jurisdicción común en aquellos procesos donde se ha pretendido la anu-

lación de acuerdos sociales tomados en violación de la ley y estatutos de corporaciones mercantiles. A través de la medida se ha logrado ordenar a la sociedad demandada que por conducto de su representante legal, directores y apoderados se abstengan de ejecutar cualquier acto judicial o extrajudicial que persiga, con base en los acuerdos impugnados, afectar o menoscabar los derechos de la sociedad demandante.⁽³⁾ Vale indicar aquí que en nuestro ordenamiento jurídico si la demanda de impugnación de acuerdo social se presenta a través del proceso sumario, el Tribunal puede, a pedido del demandante, y sin necesidad de caución, ordenar la suspensión del acuerdo mientras se surte el proceso. Esta ventaja en cambio, no se ofrece cuando el demandante ha enderezado su pretensión por la vía ordinaria, de suerte que, en esos casos, la cautela innominada ha resultado muy útil para obtener iguales fines.

La experiencia que hemos tenido en Panamá con la potestad cautelar genérica ha sido positiva, eficaz y no se han suscitado abusos. Empero, se han registrado en ese sentido las siguientes experiencias:

a) En primer lugar, la circunstancia de que nuestros tribunales al aplicar la medida cautelar genérica —a diferencia de lo que en ocasiones ha acontecido con las medidas tradicionales— han procedido con prudencia. En efecto, usualmente los tribunales de nuestro país han estado acostumbrados a emplear los dispositivos precautorios corrientes, lo cual ha provocado en la práctica que dichas medidas se decreten en forma casi que automática una vez se les formula la petición y se consigna la caución señalada. Esta situación, repetimos, no se ha dado en el caso de la medida cautelar innominada. El contraste anotado obedece a que, en el caso de la medida cautelar genérica, los jueces por virtud de que tienen que realizar un examen previo de la prueba aportada y una evaluación del motivo y de los posibles perjuicios que pueden causarse si se decreta, (deber que toma forma en

3. En este sentido pueden citarse, entre otras, las siguientes resoluciones:

a) Auto de 25 de febrero de 1988 dictado por el Juzgado Segundo del Primer Circuito Judicial de Panamá dentro del proceso ordinario **JEAN GREEN INVESTMENT CORTP. VS. FINANCIERA INTEROCEANICA, S.A.**

b) Auto de 1º. de julio de 1988 dictado por el Juzgado Primero del Primer Circuito Judicial de Panamá dentro del proceso ordinario propuesto por **FINANCIERA GERMANO AMERICANA, S.A. vs. CORPORACION LARASAN, S.A.**;y

c) Auto de 4 de julio de 1988 dictado por el Juez Séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro del proceso ordinario propuesto por **CIA INTEROCEANICA, S.A. vs. JEAN GREEN INVESTMENT CORP.**

el señalamiento del monto en la caución) perciben con mayor claridad el grado de responsabilidad que asumen por sus actos.

b) En segundo lugar, se ha observado también la tendencia de los jueces a señalar cauciones elevadas cuando se pretende obtener alguna medida cautelar innominada. Este comportamiento se debe quizás al hecho de que la ley no señala parámetros para la fijación de la caución y también porque los funcionarios, al adoptar este tipo de medidas no tradicionales, se inclinan a ponderar con más detenimiento el alcance de sus poderes y la responsabilidad personal que asumen cuando hacen uso de ellos.

Para finalizar es conveniente señalar que el anteproyecto del Código Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal incorpora en su articulado la medida cautelar genérica. Sobre el particular, el referido anteproyecto establece en su artículo 280 lo siguiente:

“Artículo 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”.

Las razones y circunstancias antes expuestas deben motivar una seria reflexión sobre las ventajas que ofrece esta institución con miras a concretar su incorporación en todos los códigos procesales latinoamericanos.