

*Factores para determinar la
verosimilitud del derecho invocado
en las medidas cautelares*

Sergio R. Salas Villalobos

Ex-Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Vocal Titular de la Corte Superior de
Justicia de Lima. Profesor de Derecho Judicial – Universidad de Lima.

Lex



El Tribunal Correccional

La concesión de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil, implica la materialización de la prevención que ejerce el órgano jurisdiccional a través de la tutela procesal efectiva. Es la respuesta inmediata que da el Juez ante un pedido en el cual se prefiere mantener el estado de las cosas ó modificarlas, ante el surgimiento de dos posiciones contrapuestas que adquieren ribetes de orden jurídico y que deben ser solucionadas por el Derecho. Por tanto, es aquí en donde se da inicio al tratamiento de un conflicto de situaciones y derechos que deberán ser solucionadas preventivamente a través de las medidas cautelares, por el órgano judicial competente.

No es propósito de este trabajo, hacer un estudio de la integridad de las medidas cautelares en general, ya sea su composición, naturaleza, efectos, clases, etc. Hemos preferido analizar precisamente el punto de partida de las medidas cautelares; ello con dos objetivos: el primero ubicar jurídicamente el tema dentro del campo de la razonabilidad judicial, esto es la justificación interna de la concesión de las medidas cautelares; y el segundo, como consecuencia de ello, identificar algunos factores igualmente razonables que alcancen a determinar un grado apropiado de la verosimilitud del derecho que se invoque para la justificación precisamente de la medida. No consideramos por tanto el presupuesto del *periculum in mora* ni la contracautela, por estimar que ellos son consecuencia del primer elemento; aún cuando el peligro en la demora en resolver sea un complemento de *fómus bonis iuris*. En suma, se trata de establecer algunos rangos jurídicos para la satisfacción del primer requisito, el que por ser la puerta de ingreso a la tutela procesal efectiva, exige la justificación debida de ello.

Un aporte complementario, es también la reflexión ante la forma como en los últimos tiempos haciéndose una interpretación errónea de las facultades jurisdiccionales que posee un Juez, se han venido concediendo medidas cautelares de manera singular, esto es, sin que exista una suficiente justificación interna en las resoluciones judiciales y de esta manera de favorezcan

indebidamente intereses ocultos bajo cierta apariencia jurídica, pero que en muchos casos tienen su origen propio en la corrupción. Conocidos son los casos de otorgamiento de medidas cautelares otorgadas por jueces de distintos distritos judiciales que bajo el amparo de la norma procesal de determinación de los domicilios, otorgan medidas cautelares que en el común de los casos no se hubieran concedido en su plaza original; y todo ello por no seguirse los pasos del razonamiento jurídico en la primera oportunidad del acceso a la tutela procesal, es decir, por una inadecuada determinación en cuanto a la verosimilitud del derecho que se invoca.

CONCEPCIONES CLÁSICAS DEL *FOMUS BONIS JURIS*.

Al efecto se tiene que la fórmula procesal de la *verosimilitud del derecho invocado*, tiene su forma normativa en el primer párrafo del artículo 611º del Código Procesal Civil, el cual establece que el Juez podrá conceder la medida cautelar en la forma que se solicite, siempre que de lo expuesto y prueba anexa, considere **verosímil el derecho invocado**; además de los subsiguientes presupuestos formales¹. Esta cláusula abierta del Código procesal peruano, permite al juez precisamente realizar un ejercicio de razonamiento en cuanto considera la probable presencia de razones justificables en la concesión de la medida. Es decir, incorpora una determinación de razonamiento y otra de justificación; con lo cual el juez deberá a su vez efectuar una justificación interna igualmente razonada en su decisión.

No obstante, la doctrina ha intentado dar un sentido más práctico a la fórmula normativa y se centra en conceptos clásicos. Así Quiroga León, considera que resulta suficiente la apariencia jurídica de que el derecho que se reclama, existe, de modo tal que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho². Tal definición es la fórmula básica del concepto del tema tratado. Sin embargo, considera un elemento a tener en cuenta; el referido al cálculo de probabilidades que permita anticipar la certeza del derecho que se reclama. No obstante, dicho autor no menciona con precisión cuales serían esos factores de determinación de certeza del derecho invocado para anticiparlo en vía cautelar; que es de lo que se trata este trabajo. Entendemos no obstante, que ese juego de probabilidades, debe estar sujeto a los factores que concurran para arribar a un juicio razonado.

Por su parte, el jurista Yaya Zumaeta la considera como una primera etapa en el orden de atención prioritario en la calificación y concesión de las medidas cautelares, al igual que la

¹ Necesidad de la decisión preventiva, peligro en la demora u otra medida justificable. La primera puede considerarse una consecuencia del objeto natural de las medidas cautelares, en tanto que la tercera tiene relación directa con la verosimilitud, en tanto esta debe poseer suficiente justificación interna.

² Quiroga León, Aníbal. *El proceso cautelar constitucional: singularidades*, Lima, abril del 2006.

irreparabilidad en la demora del proceso principal y adecuación; mencionado a la contracautela, como una segunda etapa del proceso³. Al respecto, como se ha indicado en las notas preliminares, consideramos que el peligro en la demora en todo caso forma un complemento de la verosimilitud; ya que si esta no existe, nada de lo demás es atendible. Es decir, si se produce un conflicto jurídico y se solicita una cautelar, si no se aprecia certeza de la existencia del derecho que se invoca, simplemente es inoficioso apreciar el peligro en la demora, así se inicie el juicio respectivo. En todo caso, ante la deficiencia de la certeza aparente, será en el principal en donde aquella puede ser subsanada é intentar un nuevo petitorio cautelar.

Para el autor nacional Martell Chang, la verosimilitud no exige comprobación de certeza, sino solamente humo de derecho, esto es, de probabilidad⁴. Al efecto, citando a Monroy Palacios refiere que la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible⁵.

En esa misma línea de probabilidades, de encuentra la ponencia del autor Castro Marcelo, quien califica la verosimilitud, como la probabilidad de la existencia del Derecho, lo cual en algunos casos bastaría la enunciación clara y lógica de la petición, por lo que en algunos casos serían suficientes las circunstancias fácticas del caso y en otros se necesitaría de elementos probatorios. En ambos casos, sugiere el autor, se forma la clara convicción del juez para la admisión de la cautelar⁶.

La jurisprudencia peruana, tampoco ha aportado mucho para dar una definición más clara de lo que por verosimilitud debe entenderse en el ámbito jurídico. Así en la Ejecutoria del 13 de octubre de 1994 dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, se expone que *constituye requisito sustancial para la dación de cualquier tipo de providencia cautelatoria la verosimilitud del derecho invocado*⁷. Peor aún, la Ejecutoria del 20 de febrero de 1995 de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el expediente 230 – 95, estableció que *para hacer lugar a una medida cautelar, el Juzgador no necesita de «acreditación meridiana», solo requiere que de lo que se exponga y de la prueba en que se sustente puede inferir la «verosimilitud» del derecho invocado*

³ Yaya Zumaeta, Ulises. «La contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares», *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, Centro de Investigaciones del Poder Judicial, Perú, p. 102.

⁴ Martell Chang, Rolando, *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el Proceso Civil*.

⁵ Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002. p. 173.

⁶ Castro Marcelo, Daniel, *Medidas Cautelares*, Universidad Nacional de Córdoba. Argentina, 2000

⁷ Ledesma Narváez, Mairanella, *Ejecutorias*, Cultural Cuzco, Lima 1995, T.1, pp.- 179 – 180.

y la necesidad de la decisión preventiva»⁸. En esta última ejecutoria, se aprecia una seria contradicción de orden conceptual. Por un lado indica que el juez no debe efectuar una acreditación meridiana –sin indicar en que consiste ello– mientras que concluye que la decisión preventiva debe ser producto de lo expuesto en el pedido y de la prueba que se sustente. Obvio es pues, que el juez deberá hacer precisamente un análisis «meridiano» de ambos elementos para arribar a una conclusión; entendiéndose la «meridianeidad» en la conjunción de los juicios de razonamiento del pedido con la prueba aportada.

Por su parte, la jurisprudencia argentina enfoca la concepción de la verosimilitud, acogién-dose a la escuela del cálculo de probabilidades, en el sentido de su existencia y no como incues-tionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite. Indica la jurisprudencia platense, que las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho preten-dido, sino solo su verosimilitud. Como se aprecia, esta escuela de apariencia del derecho es igualmente sucinta y simple, no exigiendo mayor juicio de razonamiento y justificación interna en la determinación de la apariencia. Incluso excluye la certeza sobre la existencia del derecho pretendido. Precisamente, el sentido de esta ponencia es determinar la determinación de certeza de la *apariencia del derecho*, y no necesariamente la *certeza sobre el fondo* del derecho reclama-do; lo que se determinará en el principal.

Consecuentemente, podemos concluir que la fórmula clásica empleada en este extremo es que las medidas cautelares podrán concederse, siempre que se acredite la certeza de que el dere-cho que se reclama ó invoca, existe real, legal y jurídicamente; además de la presencia de algún peligro en la demora y la adecuación referida a la proporcionalidad de la medida a concederse en relación al derecho que aparenta ser afectado. Sin embargo, esta fórmula no nos remite alguna idea de determinación de la certeza de la existencia real ó jurídica de apariencia del derecho que se invoca. Por consiguiente, deberemos emplear los mejores métodos de razonamiento jurídico para intentar identificar algunos factores de determinación de certeza de verosimilitud.

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN EL DEBIDO PROCESO Y EN LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

Toda resolución judicial, requiere una base sólida de motivación. No solo en cumplimiento del mandato constitucional⁹ sino como exigencia que distingue al debido proceso como princi-pio jurisdiccional de primer orden. La motivación judicial en la vigencia de la nueva doctrina jurídica del neo constitucionalismo, ha pasado de ser un mera formalidad a una exigencia nece-

⁸ Ledesma Narváez, Mairanella. *Ejecutorias*, Cultural Cuzco, Lima, 1995. T.i, pp. 177 – 178.

⁹ Inc. 5) del artículo 139º de la *Constitución Política del Perú*.

saría que garantice la adecuada validez de un proceso judicial para evitar que este sea arbitrario. En un escenario deontológico, Igartúa destaca que el mandato constitucional relativo a la motivación, representa un principio jurídico – político y que, en la profundidad de su sentido, expresa la exigencia de controlabilidad; lo que no significa revalidar simplemente el control institucional (apelación casación), sino la apertura a un control generalizado y difuso¹⁰. Está claro pues, que cualquier resolución judicial al estar sujeta a su control jurídico, debe tener una alta dosis de convencimiento igualmente jurídico, única manera de garantizar el debido proceso. Con mayor razón, la concesión de medidas cautelares, deberá ser el producto del convencimiento de la verosimilitud.

Tam Pérez recoge esta tendencia al referir que se pone de especial manifiesto el margen de libertad interpretativa del Juez (no absoluta por cierto, sino regida por ciertas reglas lógicas formales y la tópica) que no es sinónimo de discrecionalidad, injusticia y arbitrariedad, etc¹¹. Nada más preciso. El juez en consecuencia, debe convencerse así mismo de la razonabilidad de su decisión, pero además, debe convencer a los demás con ello.

Para Espinosa - Saldaña Barrera, la dimensión sustantiva del Debido Proceso o Debido Proceso Sustantivo, implica impedir el comportamiento arbitrario de quien cuenta con autoridad¹². Vale decir, que postula la manifestación del razonamiento sustantivo en el derecho procesal a través de las resoluciones judiciales, lo cual indudablemente implica no solo el desarrollo de esta disciplina, sino la mejor forma de garantizar la transparencia del proceso y evitar la arbitrariedad.

Finalmente, el autor León Pastor propone toda una metodología para desarrollar en un proceso consolidado de interpretación y razonamiento jurídico para la toma de decisiones judiciales, coincidiendo con Espinosa – Saldaña en el sentido que la argumentación es dar razones **sustantivas** (el subrayado es nuestro) que apoyen una decisión. Refiere León Pastor, que las razones justificativas están dirigidas a presentar argumentos para hacer aceptable la decisión y mostrar su adecuación al marco jurídico vigente¹³.

Consideramos acertadísima esta última apreciación de León Pastor. Las resoluciones judiciales no solo precisan de motivación en cuanto se refieren a sentencias ó resoluciones que definen ó deciden un derecho como tema de fondo. En el ámbito procesal, la concesión de medidas

¹⁰ Igartúa Salvatierra, Juan, «La motivación de las sentencias y su ubicación en el texto constitucional», en *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. CEC. Madrid, España, 2003. p. 24.

¹¹ Tam Pérez, José, «El Poder general de la cautela» como máxima expresión del poder jurisdiccional en sede cautelar. En *Derecho Procesal II Congreso Internacional*, Fondo de Desarrollo, editorial de la Universidad de Lima, Perú 2002, p. 173.

¹² Espinosa – Saldaña Barrera, Eloy, *Derecho al Debido Proceso*, Academia de la Magistratura, Perú, 2005, p. 33.

¹³ León Pastor, Ricardo. ¿Cómo Fortalecer una Decisión Judicial?, Academia de la Magistratura, Perú, 2005.

cautelares contienen en esencia un alto grado de razonabilidad; entendido ello dentro de un marco garantista como consecuencia de la aplicación de la teoría de la ponderación judicial. Obviamente, la concepción clásica omitía esta consideración, de ahí su generada arbitrariedad. Es importante destacar en consecuencia, que como producto de todo un ejercicio de razonabilidad, el Juez deberá arribar a un convencimiento básico y sustancial de que existe forma aparente del derecho que se pretende. Por tanto, no deben admitirse dudas en la conclusión del razonamiento, ya que de ocurrir ello obvio es que no concurre el convencimiento y por tanto, se duda también de la certeza; debiéndose rechazar la medida solicitada.

En consecuencia, el razonamiento no solo concurre en forma positiva, esto es, para la concesión, despejando toda duda probable; sino también en forma negativa; es decir, cuando no existe manera posible de otorgar grado mínimo de certeza aparente al derecho invocado.

FACTORES METODOLÓGICOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA VEROSIMILITUD.

A estas alturas, llegamos al convencimiento que la fórmula clásica para la concesión de medidas cautelares en cuanto a la verosimilitud, debe ser modificada por un verdadero ejercicio de razonamiento judicial para determinar los grados de certeza en la existencia del derecho que se invoca.

Ahora bien, es cierto que dicho ejercicio es mayormente desarrollado cuando se trata de resolver una controversia de fondo. Sin embargo, y como hemos comentado en el apartado anterior, la motivación de las resoluciones judiciales es extensiva a todas aquellas que crean cierto estado de situaciones jurídicas que adquieren un rango de permanencia ó transitoriedad. Por tanto, tratándose de la concesión de medidas preventivas, la exigencia de motivación es igualmente recurrente; aún cuando en todo caso serán de menor grado que las sentencias ó resoluciones que tratan de una mayor extensión de derechos y controversias. Ello sin embargo, no le resta importancia al ejercicio de motivación y razonabilidad; más aún, sin como hemos referido en el inicio de este ensayo, la apreciación de verosimilitud, abre la puerta a la tutela procesal efectiva a las medidas cautelares é inicia el debate jurídico de los conflictos de derecho en sede judicial.

En este orden de ideas, y ante la ausencia de pautas metodológicas que aporte la doctrina, la jurisprudencia ó la ley, sostenemos que es necesario identificar cierto orden de factores que puedan ser útiles para identificar la presencia de certeza en la existencia de los derechos que se invoquen al solicitar una medida cautelar, y que en alguna medida puedan ser útiles, tanto para plantear alguna medida, como para los operadores del derecho.

Un primer factor que podemos identificar, es la base legal del derecho invocado. Es decir, lo sustancial de un derecho positivo, tiene su basamento en la ley. Por tanto, será la adecuación normativa de las situaciones fácticas que den un primer atisbo de la legalidad del derecho invocado. Sin embargo, y en la medida que este factor es eminentemente positivista, no hay que perder de vista el grado de constitucionalidad que contenga la norma específica. Nos referimos pues, a los derechos positivos, todos los cuales están contenidos en cierto marco normativo de derecho positivo.

Sin embargo y con la vigencia del neo constitucionalismo como nueva teoría del derecho, se tiene que los principios constitucionales modernos, a su vez originan derechos no positivos; esto es, los reconocidos en los tratados internacionales que adquieren la condición de derechos fundamentales. Estos derechos no escritos en la Ley, serán tan válidos como los positivos. En tal sentido, se presentan hasta tres situaciones. La sustentación de la medida cautelar basada en un derecho positivo, es decir, en la ley. En este aspecto, deben determinarse dos posibilidades. Una que se aprecie carácter constitucional en la norma; en cuyo caso la base legal tendrá relación directamente válida para la determinación del proceso para establecer la certeza del derecho invocado. Ello no quiere decir que la medida se otorgará por la sola satisfacción de este presupuesto, sino que servirá para continuar con el proceso de razonamiento. La otra posibilidad, es que la norma no guarde compatibilidad constitucional. Este caso no implica mayor complejidad, ya que al ser inconstitucional la base legal sobre la cual se ampara el derecho que se invoca, este corre el mismo destino; por lo que el proceso de razonabilidad no llegará a impulsarse.

En cuanto a los derechos fundamentales, -los no escritos- ellos también poseen cierto grado de legalidad en cuanto aparezcan de tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento legal nacional, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, los que sean consecuencia de la cláusula abierta del artículo Tercero de la Carta Magna, deberán sustentarse en una adecuada base doctrinaria de orden eminentemente constitucional. Es en este aspecto, en que el razonamiento jurídico exige una mayor atención, ya que deberá recurrirse a todas las fuentes de los principios constitucionales existentes, que se refieran al derecho invocado.

Determinada adecuación constitucional de la base legal del derecho invocado, se accede al siguiente paso metodológico, cual es la confirmación de la *ultima ratio* cautelar. Este factor, está referido a determinar que solo una medida cautelar en la forma que se solicite ó en todo caso adecue el Juez, es la única existente y posible para la atención de una prevención de orden judicial. La *ultima ratio*, implica la última razón ó recurso para acceder a algo. En materia constitucional, las acciones de garantía son por eminencia jurídica, la última razón para reparar un derecho vulnerado, siempre que no exista una vía previa y apropiada para ello. En el mismo

sentido, las medidas cautelares son el último recurso para adoptar una medida con carácter coercitivo cuando no existe otro medio posible con igual característica.

Las ejecuciones forzadas en virtud del ejercicio de la función jurisdiccional, se practican en virtud de las cualidades de *coertio* y *ejecutio* que posee el órgano judicial. Estas facultades, son exclusivas y solo pueden ser ejercidas por el órgano jurisdiccional. Por tanto, la *ultima ratio* implicará el impulso de las facultades del *coertio* y *ejecutio* que disponga el Estado a través del Poder Judicial.

Otro factor identificable, es la confirmación de la alteración del orden natural del derecho invocado, a través de la prueba aportada. Al efecto, una de las características sustanciales de las medidas cautelares civiles y patrimoniales, es la *instrumentalidad*, es decir, que son sustentadas documentariamente en títulos ciertos ó instrumentos que siendo válidos y legales, acrediten dos cosas: el título que alega el peticionante y que es supuesto de derecho y la constancia del acto que altera el estado natural del derecho proveniente de dicho título ó constancia válida.

A tal propósito, precisamente el art. 611º del Código Procesal Civil, se refiere al mérito de las pruebas que se presenten con el petitorio para la determinación de verosimilitud. Sin embargo, no debe entenderse que las pruebas que sean aparejadas al pedido cautelar deberán ser objeto del contradictorio; esto en razón de la naturaleza procesal de la medida cautelar que es *inaudita pars*, es decir, se ejecuta y tramita de sorpresa para evitar la mala fe del deudor. En un proceso de ejecución de título – valor, no existirá mayor complejidad, por cuanto bastará la presencia de dicho título con las formalidades y exigencias de la ley de la materia, para establecer la prueba de determinación correspondiente. El problema mayor se presenta en los pedidos no ejecutivos ni de acreencias, sino en aquellos en que los derechos concurrentes sean mayormente de carácter personal ó real.

También se aprecian pruebas instrumentales que dan mérito a la prueba en vía cautelar, en la sede contencioso administrativa, en donde el carácter formal que lo distingue, sumado al de la legalidad, exigen la presencia permanente de instrumentos que determinen la presencia de conflictos de derechos.

Por tanto, se colige que el valor instrumental de la prueba en las medidas cautelares, servirá para reforzar la titularidad del derecho que se presenta, así como la alteración de su estado natural por acto de tercero, destacándose ello, en el derecho administrativo, dado que la acción de la autoridad siempre requiere de instrumento que la respalde, dado su carácter eminentemente formal.

Finalmente, otro factor a tomar en cuenta, puede ser la concreción del daño aparente ocurrido; esto es, que sea identificable de manera concreta y directa. No debemos dejar de tener en cuenta, que las medidas cautelares son concretas y obedecen por su naturaleza jurídica, al establecimiento de un estado de situaciones debidamente determinado, que sea identificable y realizable; de ahí su simplicidad. Una medida cautelar, aún cuando el debate de fondo sea complejo, cuando se puede identificar el daño aparente de manera concreta y simple, es fácilmente determinable. Sin embargo, cuando el daño contiene una serie de apreciaciones y su solución se torna compleja, se complicará el grado de identificación del mismo; corriéndose el riesgo de establecer una serie de medidas que desnaturalizarían la simplicidad que debe caracterizar a las medidas cautelares.

Un caso conocido en nuestro medio fue la discusión de la transferencia de acciones de una conocida empresa de telecomunicaciones entre dos grupos empresariales igualmente conocidos y que se referían al origen denunciado como ilícito por el transferente, lo que fue materia de posterior conocimiento por este y por el que pretendía la anulación de dicha transferencia para recuperar la empresa. El tema es complejo de por sí, por cuanto se refiere a la nulidad de actos jurídicos con incidencia en el derecho mercantil y por consiguiente se objetaban una serie de actos mercantiles y societarios. Tal variedad de situaciones públicamente conocidas, merecían una atención de fondo en el proceso principal, volviéndose imprecisa la determinación del objeto materia de daño y las características propias de este. En tal caso, la complejidad es evidente, con lo que la determinación se vuelve imprecisa.

CONCLUSIONES

Consideramos que luego de estas breves reflexiones, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. La doctrina y la jurisprudencia, no han desarrollado teóricamente la evolución de la verosimilitud del derecho adquirido para la concesión de medidas cautelares.

2ª No existe una identificación claramente desarrollada y precisa de los elementos a tener en cuenta para determinar la verosimilitud del derecho adquirido.

3ª. La nueva teoría del derecho de la ponderación judicial con la escuela del neo constitucionalismo, exige un elevado grado de desarrollo de razonabilidad en la justificación interna de las resoluciones judiciales, cualquiera que sea su finalidad.

4ª La determinación de verosimilitud, implica el acceso de la tutela jurisdiccional para el tratamiento de las pretensiones cautelares. Por tanto, ante su inexistencia, dicho acceso cesa de modo inmediato sin pasar a las siguientes etapas de calificación.

5ª Es necesario pasar a la identificaciones de ciertos factores que hagan mas confiable y segura la calificación de determinación de verosimilitud en los pedidos cautelares. Dichos factores, implicarán una fórmula metodológica que puede facilitar el establecimiento de la certeza del derecho que se invoque.

Cabe añadir, que las reflexiones precedentes de alguna manera intentan complementar los criterios de razonamiento judicial para un mejor tratamiento de las medidas cautelares y evitar con ello la arbitrariedad en su concesión ó rechazo.