

## **Teoría cautelar**

### **La medida de no innovar fuera de proceso**

**Enrique Palacios Pareja**

Profesor asociado de Derecho Procesal Civil en la PUCP.  
Socio del estudio Jorge Avendaño V. Abogados

El artículo 687 del Código Procesal Civil precisa que la medida cautelar de no innovar está destinada a conservar la situación de hecho o derecho "al momento de la admisión de la demanda". Por esta razón, se han producido algunas resoluciones en los juzgados de Lima, afortunadamente pocas, que declaran improcedentes las medidas de no innovar solicitadas fuera de proceso, pues, afirman que sólo pueden ser expedidas en el curso de un proceso ya iniciado, no antes de él, en tanto aún no existe demanda que contenga las pretensiones principales que se quieren garantizar con la medida.

Intento demostrar a continuación que, de cara a la norma citada, no puede limitarse la medida cautelar de no innovar a los casos en que la demanda principal haya sido interpuesta y que, por tanto, nada impide que sea planteada como medida cautelar fuera de proceso.

#### **I. CUESTIÓN DE SISTEMÁTICA**

En primer lugar, el artículo 636 del Código Procesal Civil, que regula la medida cautelar fuera de proceso, se encuentra dentro del Subcapítulo 11 (Procedimiento Cautelar) del Capítulo I (Medidas Cautelares) del Título IV del Código Procesal Civil, que regla el procedimiento cautelar a base del cual se tramitan todas las medidas cautelares previstas en el código. En ese sentido, de una Interpretación sistemática se desprende claramente que el mencionado artículo es aplicable a todas las medidas cautelares, salvo a la temporal sobre el fondo, que por su propia naturaleza, al ser coincidente con el pedido que se formula con la demanda principal, diferenciándose tan sólo en el momento u oportunidad en que se obtiene la tutela, requiere obviamente la preexistencia de la pretensión principal cuya satisfacción anticipada se solicita; por ejemplo, la asignación anticipada de alimentos. Obviamente, en el caso de la medida de no innovar no tiene por qué existir esta coincidencia con la pretensión principal que signifique una tutela anticipada: se trata tan sólo de tomar medidas para proteger a las personas y bienes comprendidos en el proceso iniciado o por iniciarse, ante la inminencia de un perjuicio irreparable; verbigracia, ordenar al demandado que se abstenga de demoler el inmueble cuya titularidad reclama el demandante. Por lo tanto, si el legislador hubiera querido limitar o restringir la tutela cautelar de no innovar a los casos de procesos en trámite, lo hubiera manifestado expresamente.

## II. EFICACIA DE LA MEDIDA

En segundo lugar, carece de todo sentido exigir la interposición de la demanda principal para la procedencia de la medida cautelar de no innovar pues ello significa restarle eficacia y razón de ser a este tipo de medida, que por su propia naturaleza responde a una especial situación de urgencia "ante la inminencia del perjuicio irreparable" que se trata de evitar.

Las medidas cautelares para futura ejecución forzada, como por ejemplo los embargos, exigen tan sólo el peligro en la demora, en cuyo caso el solo transcurso del tiempo constituye de por sí un estado de amenaza que merece tutela de tipo cautelar<sup>1</sup>. Mientras que la medida de no innovar exige un *periculum in mora* calificado; es decir no basta la sola invocación del transcurso del tiempo, sino que debe tratarse de un perjuicio irreparable e inminente. Efectivamente, el artículo 687 del Código Procesal Civil establece: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación con personas y bienes comprendidos en el proceso... "

Entonces, no tiene justificación alguna sostener que para proteger situaciones de excepcional y grave perjuicio, como es el caso de las medidas de no innovar, se exija la presentación de la demanda principal previa; mientras que para la protección del simple y general peligro en la demora no se establece tal exigencia.

Además, resultaría incomprensible esta exigencia de la demanda principal previa para las medidas de no innovar; en tanto que para las medidas innovativas que tienen también como presupuesto la inminencia de un perjuicio irreparable se permite solicitarla sin que preexista la demanda principal, pues la ley procesal fija que con ellas es posible reponer un estado de hecho o derecho cuya alteración "vaya a ser" o es el sustento de la demanda<sup>2</sup>. Recordemos que la única diferencia entre la medida de no innovar y la innovativa consiste en que "toda modificación o transposición, sea activa o pasiva, que enfrente los efectos normales y corrientes de la relación jurídica de que se trate, cualquiera sea el tiempo en que se ha operado, se neutraliza en el área cautelar mediante la prohibición de innovar. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de sobrepasar, rebasar, desbordar y exceder aquel esquema vinculatorio originario, porque de su mantenimiento se sigue un daño que la demanda de fondo aspira a corregir, el camino precautorio

---

<sup>1</sup> "El *periculum in mora*, que constituye la base de las medidas cautelares (...) es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que deriva del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario". CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 42.

<sup>2</sup> Así lo establece el artículo 682 del Código Procesal Civil, luego de su modificación por el Decreto Ley N° 25940, pues antes de su cambio establecía que las medidas innovativas estaban destinadas "a reponer un estado de hecho o derecho cuya alteración por el demandado es el sustento de la demanda".

es la medida innovativa"<sup>3</sup>. En consecuencia, la medida de no innovar, al igual que la innovativa, procede dentro y fuera de proceso.

### **III. CONCEPTO DE DEMANDA**

En tercer lugar, cuando el citado artículo 687 del Código Procesal Civil utiliza la palabra "demanda" no se refiere al concepto procesal estricto que reserva dicha palabra al acto inicial de la relación procesal, sino al concepto amplio del vocablo, que entiende por demanda "toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés"<sup>4</sup>. En efecto, se distingue entre "... demanda principal introductiva de instancia y demanda incidental (...).la primera es la que da nacimiento al proceso y emana por consiguiente del actor (...), la demanda incidental supone, en cambio, un proceso ya iniciado con relación con el cual es un accesorio (...). Puede emanar del actor (embargo preventivo), del demandado (excepciones previas) o de un tercero (tercerías)"<sup>5</sup>.

En consecuencia, debe entenderse que el artículo 687 del Código Procesal Civil dispone que la medida cautelar de no innovar está destinada a conservar la situación presentada al momento de la admisión del pedido cautelar.

### **IV. DERECHO COMPARADO**

En Argentina se presentó un debate similar a propósito del artículo 230 del Código Procesal y Comercial de la Nación, según el cual: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio ..." En la línea que sostengo, Kielmanovich (al igual que Morello, Sosa y Berizonce), pese a esa redacción, opina: "la ley no impone la carga de promover la demanda en forma previa o simultánea a su solicitud (solicitud cautelar de no innovar) aun cuando algunos aislados precedentes lo hayan exigido sobre la base de una interpretación del vocablo juicio que contiene el artículo 230 del Código Procesal, tesis que, al menos sobre tales bases no podemos compartir"<sup>6</sup>.

En efecto, si bien el artículo 230 del Código Procesal Argentino insta que "podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio", esto no implica que para ello deba haberse promovido un juicio, sino, simplemente, que dicha medida cautelar procederá en "toda clase" de juicios, contenciosos o no contenciosos, singulares o universales, comunes o especiales, de conocimiento o de ejecución, declarativos, de amparo, etcétera, sin que para ello deba

---

<sup>3</sup> PEYRANO Jorge W. Pasado y Presente de la Medida Cautelar Innovativa. En Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires 2003. Pág. 28-29.

<sup>4</sup> ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. Buenos Aires, Diar, 1965, p. 23-24.

<sup>5</sup> Ibid. Loc. Cit.

<sup>6</sup> KIELMANOVICH, Jorge. Op, cit, p. 374.

interponerse una demanda.

Por eso, concluye el propio Kielmanovich, comentando la norma argentina: "De más está decir, por otra parte, que la exigencia de que se hubiese promovido una demanda con carácter previo al pedido de la prohibición de innovar implicaría dejar de lado al mismo tiempo la procedencia de la medida de no innovar para procesos extracontenciosos en los que cabe su adopción, así, por caso, en el sucesorio, en el que, obvio es, no cabe hablar de pretensión o demanda."

## **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

La conclusión a que arribamos y que tratamos de sostener se sustenta en el valor de eficacia del proceso, el que "aparte de 'eficaz' (...) debe ser 'efectivo' y para que ello ocurra se requiere de mucho más que el respeto escrupuloso y ascéptico de ciertos ritos, términos y trámites"<sup>7</sup>. Los recientes acontecimientos de llave, Azángaro y Juliaca nos revelan la clamorosa necesidad de contar con un proceso con el que los justiciables sientan que efectivamente se protegen sus derechos, evitando así que la justicia se busque por mano propia.

---

<sup>7</sup> PEYRANO Jorge W. Ob. Cit. Pág. 24.