

## JUSTICIA CAUTELAR

por JORGE W. PEYRANO

Desde esta columna de opinión, intentaremos, periódicamente, ponernos en contacto con los lectores para examinar juntos lo singular, lo actual, lo diferente o lo nuevo en materia procesal civil. Lo haremos mediante un formato un tanto aligerado de los perfiles habituales de un trabajo de doctrina; aliviando el discurso de citas y referencias obvias que suelen oscurecer lo medular del mensaje que se pretende comunicar.

Establecida nuestra fe de propósitos, pasamos a comentar la expresión *Justicia cautelar* en boga en estos días. En verdad, sorprende el tono despectivo con la que hoy se la utiliza cuando se memora que el terreno de lo precautorio es también el ámbito del derecho de acción, es decir el del derecho de todos y cada uno a reclamar Justicia y el restablecimiento de derechos conculcados. Sobre el particular, se ha señalado que “La acción es un derecho subjetivo público, abstracto, autónomo de que goza toda persona, física o jurídica, para postular el ejercicio de la actividad jurisdiccional” (1). Desde una perspectiva más llana, también puede decirse que es el derecho de cualquiera a demandar a cualquiera lo que fuere y cualquiera fuera la dosis de razón que le asistiera. Se ha dicho y repetido que una restricción severa del poder cautelar importa una merma inaceptable de la garantía constitucional de gozar de un debido proceso (2) o, más modernamente, de disfrutar de una tutela jurisdiccional efectiva (3).

Para ser gráficos, la potestad de solicitar y obtener medidas asegurativas sigue al derecho de acción “como la sombra al cuerpo”, y por ello es que únicamente se reconoce la facultad de postular diligencias precautorias a quien es el titular del derecho de acción que puede ser la actora que demanda o el demandado que reconviene (4). El demandado, pues, carece de la facultad de petitionar una precautoria cuando no reconviene, excepción hecha de los casos en los cuales actor y demandado se encuentran relacionados entre sí por una comunidad de intereses, (vg.r. una división de condominio, una disolución

de sociedad conyugal), supuestos en los cuales sí puede el demandado no reconviniente requerir una tutela cautelar (5).

Cierto es que existiendo una emergencia económica-financiera se han admitido restricciones temporarias de la potestad cautelar, pero tales cortapisas deben ser razonables y no implicar en los hechos una erradicación absoluta de la facultad asegurativa con la que cuentan los justiciables (6). Y ya que estamos rozando el ámbito de las restricciones cautelares, señalamos que -partiendo de la premisa que siempre se presume que el Estado es solvente- no es reprochable que se decrete (tal como lo han hecho varias regulaciones provinciales) la inembargabilidad y la prohibición de trabar la libre disponibilidad de fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución de presupuestos estatales (7). Tampoco es enjuiciable adversamente la repulsa -que ya ha tenido aceptación jurisprudencial- respecto de la embargabilidad, en ciertos casos, de contenidos de cajas de seguridad bancarias, a pedido del Fisco (8), aunque cuando no se trata de dicho postulante la cuestión es más compleja. En verdad, la doctrina judicial y autoral se encuentra dividida. Bien apunta Carbone que “La doctrina se ha pronunciado por la factibilidad de embargar los contenidos de las cajas de seguridad como los fondos obrantes en las cuentas bancarias, pero también con enjuicia por la negativa señalando, entre otros fundamentos que el contenido de la caja es confidencial y secreto, que el banco no es titular de los bienes contenidos; sólo es el guardián del local y del espacio cedido al titular, y el cliente titular de la caja tiene derecho a que no se viole su intimidad” (9).

Sí, en cambio, creemos que sería motivo de censura jurídica y jurisprudencial, todo intento irrestricto de obstruir el despacho y materialización de medidas cautelares de máxima energía -como son la innovativa y la prohibición de innovar- que pudieran entorpecer el accionar estatal. No se nos escapa la existencia del caso muy especial de la postulación de cautelares que persiguen suspender temporariamente la aplicación de una ley a la que se imputa la tacha de inconstitucionalidad. Es que también debe

mensurarse en la especie la presunción de validez y constitucionalidad que adorna a toda ley. Pensamos que todo debe ponderarse a la hora de conceder o denegar la cautelar de la que se trata. Lo que no se puede ni debe es negar vestibularmente toda posibilidad de que una ley no sea aplicada, a raíz de una cautelar fundada y exitosa. Cabe recordar, al paso, que, reiteradamente, se ha declarado judicialmente que procede el despacho de una prohibición de innovar “a los efectos de obtener la suspensión de normas legales impugnadas de inconstitucionalidad” (10). Lo que corresponde es ejercitar el arte de distinguir, tan propio del arte jurídico, y así no arremeter ciegamente y sin practicar distingos.

Tenemos clara percepción de que son numerosos los abusos cautelares perpetrados por justiciables inescrupulosos (11), pero -como enseñaba Sentís Melendo- el mal uso que pueda darse a un instituto jurídico no lo descalifica por siempre y en todos los supuestos. De todos modos como el abuso cautelar abunda, resultan bienvenidos la aparición de “anticuerpos” tendientes a contrarrestarlo. Tal el caso de las llamadas medidas anticautelares (12).

Desde otro ángulo, somos de la idea de que no merece objeción la tesis consistente en que cuando se trata de cautelares que tienen por afectado al Estado, se le corra a éste un traslado para escucharlo. La referida práctica -que hemos propiciado (13) respecto de cualquier diligencia precautoria de máxima energía (innovativa y prohibición de innovar) tuviere o no por beneficiario al Estado- no encierra una discriminación condenable y tiene la virtud de “poner en autos” de lo que se avecina a la burocracia estatal permitiéndole hacer oír su voz y sin que todo ello acarree el riesgo de eventuales maniobras tendientes a insolventarse puesto que el Estado es y será solvente.

En los tiempos que corren mucho se ha escrito y debatido sobre la existencia de una suerte de “explosión cautelar” (14) caracterizada por la aparición de nuevas herramientas cautelares (medida innovativa) y paracautelares (medida autosatisfactiva), y justificada por el fracaso del

proceso contencioso para dar una respuesta pronta y efectiva a las expectativas de quienes demandan Justicia. Como tal estado de cosas no ha cesado sino que más bien se ha agravado, los jueces deberán, insoslayablemente, seguir impartiendo Justicia cautelar y no creemos que ello constituya un baldón. Por el contrario, muchos de ellos merecen ser elogiados por haber tenido -en momentos difíciles- el coraje civil de hacerlo, poniendo en juego su carrera judicial y hasta su honra. Despachar favorablemente una cautelar, sea quien fuere su destinatario, no puede ser motivo automático de sospechas acerca de la imparcialidad del magistrado interviniente. Si así, lamentablemente, sucediera, estaríamos asistiendo a un penoso espectáculo impropio del grado de desarrollo alcanzado por la cultura jurídica nacional. Deseable sería, entonces, que cesaran los embates contra un aspecto del quehacer judicial necesario e impostergable, respaldado por una tradición jurídica de imposible refutación.

– NOTAS-

- (1) PEYRANO, Jorge W., “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Editorial Zeus, pág.17.
- (2) PEYRANO, Jorge W., “Apuntes urgentes sobre la ley 25.453, llamada de déficit cero” en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales” Editorial Juris, tomo 1, página 261 y siguientes.
- (3) PEYRANO, Jorge W., “Importancia de la consolidación del concepto de tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido”, en Revista del Colegio de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, entrega del año 2012, páginas 259 y siguientes.
- (4) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias Pretorianas” en “Problemas y Soluciones procesales”, Editorial Juris, página 205.
- (5) *Ibidem*, página 205.
- (6) Conf. trabajo citado en nota 2, página 264
- (7) Vide la Ley 12036 de la Provincia de Santa Fe
- (8) PEYRANO, Jorge W., “Apuntes sobre la procedencia del embargo sobre

los contenidos de las cajas de seguridad bancaria” en “Medidas cautelares”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, página 541 y siguientes.

(9) CARBONE, Carlos, “Embargo”, en la obra colectiva citada “supra” página 504.

(10) KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, Buenos Aires 2005, Editorial LexisNexis Abeledo Perrot, tomo 1, página 376.

(11) CARBONE, Carlos, “Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva” y “La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios ¿preclusión o prescripción? por Anna Inés Fluck, en “Abuso procesal” obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, página 353 y página 383 y siguientes.

(12) PEYRANO, Jorge W., “Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar” en Jurisprudencia Argentina, Boletín del 7 de marzo de 2012 “Ahora bien: ¿de qué se trata cuando hablamos de la medida anticautelar del epígrafe? Pues de una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria. Apunta a prevenir un abuso cautelar probable, anticipándose a su consumación merced al dictado de una autosatisfactiva que le ordena a su destinatario que no trabe determinada cautelar (una inhibición general, por ejemplo) que puede redundar en que se le “corte” al requirente su crédito comercial y financiero indispensables para el giro de sus negocios o que cautele ciertos bienes (cuentas bancarias de una entidad aseguradora) porque su indisponibilidad conspira contra el flujo monetario que signa su actividad”.

(13) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en

“Problemas y Soluciones Procesales”, página 201

(14) Conf, “Diálogos de doctrina sobre medidas cautelares” en La Ley, Boletín del 29 de noviembre de 2012, *passim*.