

LA BATALLA POR LA MEDIDA CAUTELAR

INNOVATIVA II¹

por Jorge W. Peyrano

Nos ha parecido adecuado echar mano a tan llamativo epígrafe -inspirado en una obra de García de Enterría²- porque en lo íntimo, hemos experimentado la sensación de haber librado una verdadera batalla para hacer prevalecer en nuestro medio el ideario de la medida cautelar innovativa ³, contienda iniciada hace ya bastantes años ⁴. Durante el devenir de ella, sumamos aliados y adherentes (el sector de la doctrina que nos acompañó), triunfamos en algunos combates (vgr. La medida cautelar innovativa fue aceptada por la comunidad científica en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Salta en 1979 y de modo más terminante en el seno del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal acaecido en Santa Fe en 1995), y también hemos asimilado la permanente derrota (si es que es la puede llamar así) que significa que sólo recientemente algún código procesal civil argentino ha tenido la valentía de llamar las cosas por sus nombres y, así, regular expresamente la medida innovativa, ***nomen iuris incluido*** ⁵.

Ayer bregábamos por la aceptabilidad de la cautelar innovativa, hoy, en cambio, la lucha se centra en la recepción (o no) de la equiparación total entre medida innovativa y tutela anticipada urgente. Dicha equiparación es rechazada, terminantemente, por doctrina autoral reconocida⁶. La opinión vertida por Luiz Marinoni es ilustrativa sobre el particular en cuanto señala que “La tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material. Por esta razón, se caracteriza por la instrumentalidad y por la referibilidad. La tutela cautelar es un instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida en que busca garantizar su fructuosidad. Además, la tutela cautelar siempre se refiere a una tutela satisfactiva del derecho, que desde luego puede

¹ Publicado en Columna de opinión de LL el 2.6.2020

² GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, “La batalla por las medidas cautelares” 2ª edición, Editorial Civitas.

³ PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Depalma Buenos Aires, 1981.

⁴ Data de 1975 nuestro primer trabajo sobre lo que, con el tiempo, llegaría a ser la medida cautelar innovativa. Nos estamos refiriendo a “Una revolución procesal inadvertida”, en Revista de Estudios Procesales, N° 23, ps. 23 y ss.

⁵ PEYRANO, Jorge W., “La medida cautelar innovativa embozada” en “Procedimiento civil y comercial”, Juris, Rosario 1994, t. 3, ps.59 y ss.

⁶ MITIDIERO, Daniel, “Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, Editorial Marcial Pons, passim.

ser exigida o que, dependiendo de la ocurrencia de ciertas circunstancias, podrá ser exigida. La tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización -y no su seguridad- mediante una cognición sumaria o verosimilitud. En realidad, la tutela anticipatoria, dejando de lado hipótesis excepcionales, tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que se origina mediante verosimilitud y, por ello, no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria”⁷. Igualmente, y ya en el plano local merece ser recordado el criterio sentado por Berizonce en cuanto afirma que: “la tutela anticipatoria en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos”⁸.

Urge que las cosas vuelvan a su quicio clásico y que así la innovativa sea verdaderamente una cautelar, resultando inepto para transmitir provisoriamente derechos; y que la tutela anticipada de urgencia sea lo que es, un incidente o contingencia que permite que, llegado el caso, el magistrado pueda transmitir al requirente todo o parte de lo que se le pide. Lo que no se puede ya aceptar es que se le siga haciendo asumir a la innovativa el papel de tutela anticipada de urgencia. En la actualidad constituye un verdadero anacronismo tal postura cuando se cuenta con un sólido armazón de conocimientos, prácticas y precedentes que convalidan, ampliamente, el despacho de tutelas anticipadas de urgencia aún en defecto de texto legal expreso sobre el particular.

En Argentina, a falta de una regulación específica del instituto, con la que Brasil sí cuenta, sucede que en la mayoría de las provincias y en el plano nacional se ha echado mano pretorianamente a la medida cautelar innovativa para hacerla funcionar como motorizadora de una tutela anticipada de urgencia: ello luego de que la Corte Federal abriera rumbos en los conocidos casos “Camacho Acosta”⁹ y “Pardo”¹⁰. Recalcamos que únicamente se puede hablar de tutela anticipada cuando existe un factor acelerador (la urgencia, por

⁷ MARINONI LUIZ Guilherme, “Tutelas urgentes y tutelas preventivas” Editorial Comunitas, página 33

⁸ BERIZONCE, Roberto, “Tutela anticipada y definitiva”, en *La Ley*, cita On Line 0003/001255

⁹ Vide el texto de dicha sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comentado por Roland Arazi, en *Revista de Derecho Procesal* N° 1, Editorial Rubinzal Culzoni, página 385 y siguientes.

¹⁰ Puede consultarse “Pardo” y la evolución registrada en la materia, en nuestro comentario publicado en “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*” de febrero de 2012, Editorial La Ley, página 189 y ss.

ejemplo) de los tiempos normales de duración del proceso civil en cuestión.

En tanto, la innovativa es una cautelar 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 juez en la esfera de libertad a los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder de igual tenor. En ningún caso, como sucede con cualquier precautoria, su material puede coincidir con el objeto de la futura sentencia de mérito. Tampoco puede transmitir provisoriamente derechos. Es hartamente conocido el brocárdico "la materia de lo cautelar no puede coincidir con el posible contenido de una sentencia futura".

No es cierto que la tutela anticipada de urgencia reclame un mucho mayor número de recaudos que para despachar una innovativa. En verdad y en los tiempos que corren el único agregado que exige un despacho favorable de una tutela anticipada de urgencia es la debida sustanciación del pedido; exigencia que resulta hartamente explicable.

Si algo distingue a la tutela anticipada diferenciándola claramente de la cautelar innovativa es que para despachar a la primera se debe observar la situación del requirente, mientras que si se trata de una cautelar innovativa la atención debe recaer en el destinatario. En el primer supuesto se trata de verificar si concurre urgencia o ***periculum in damni*** mientras que en la segunda se debe tener en cuenta primordialmente la situación del destinatario. Mientras el ***periculum in mora*** observa la relación procesal, su connatural insuficiencia para formar prontamente cosa juzgada y así pasar al trámite de ejecución y la consiguiente necesidad de conjurar la posible insolvencia sobreviniente del demandado, el ***periculum in damni*** implica algo distinto, porque involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral a la relación litigiosa que viene a aquejar al actor a punto tal que se encuentre justificado otorgar incontinenti todo o parte de la pretensión de mérito porque en caso contrario el proceso respectivo no será "efectivo". Comprobar que existe ***periculum in damni*** equivale a sostener que media "peligro de infructuosidad" en el proceso de que se trate.

Hemos presenciado la profusa aceptación legislativa de la medida innovativa que es citada por el Código Procesal Civil y

Comercial de Corrientes, el de Río Negro, el de Santa Cruz y por el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil de Santa Fe. Asimismo, el reciente Código Procesal Civil modelo para la Justicia de Familia de la ciudad de Buenos Aires también lo incorpora. Igualmente, entre otros, los Códigos Procesales Civiles de San Juan y de Chaco regulan por separado y detalladamente a la tutela anticipada de urgencia, lo que también sucede con el artículo 403 del Anteproyecto del Nuevo Código Procesal Civil de la Nación.

El título "marcial" del presente obedece a que, realmente, todo lo relacionado con la medida cautelar innovativa y sus aledaños ha sido objeto de encendidos debates.

En cuanto al II que abre este trabajo tiene por motivo subrayar que se trata de una lucha distinta, inserta en un marco diferente. En la actualidad se combate para evitar que se confundan las cosas y se malogre lo hasta aquí obtenido.

Creemos que la tarea ha concluido. La primera batalla ha sido ampliamente ganada pese a la menguada tropa que inicialmente apoyaba a la innovativa. Es sorprendente comprobar que varios de quienes la impugnaban, hoy la defienden y usan sin rubores. Es que no se puede impugnar exitosamente un instituto que aleja la posibilidad de los "hechos consumados", siempre tan deletéreo respecto de la adecuada atribución de los derechos en pugna. Confiamos en que la segunda batalla también tendrá resultado favorable para quienes pensamos que se debe avanzar por la senda prevaleciente.