

Las medidas anticautelares, una cuestión de principios

por Adrián Morea

Sumario: 1. Introito. 2. Fundamentación jurídica del instituto. 2.1. Principio de interdicción del abuso del derecho. 2.2. Principio preventivo. 2.3. Colofón.

1. Introito.

El objetivo de este trabajo apunta a desentrañar el fundamento jurídico de las medidas anticautelares. Nos referimos sin más a la fuente desde la cual emana la existencia, validez y exigibilidad de este instituto.

Como toda figura jurídica novedosa y huérfana de legislación expresa, presenta una arquitectura de perfiles difusos e indeterminados.

Esta falta de predeterminación legal, sumado a un escaso tratamiento jurisprudencial, aumentan el grado de incertidumbre de los operadores del derecho, en punto a su efectiva admisión en la praxis jurídica, a los alcances y efectos de la figura, como a la forma en que debe desarrollarse su trámite.

Las exigencias de plenitud sistémica del ordenamiento jurídico colocan al legislador, a los jueces e, incluso, a la doctrina, en la responsabilidad institucional de brindar respuesta a los problemas vinculados a la prevención anticautelar.

Pensar en términos de que lo que no está regulado no existe, es desconocer la función integradora de los principios jurídicos como fuente de derecho. Naturalmente, la ausencia de soluciones legales expresas complejiza enormemente la labor del intérprete a la hora de identificar el régimen jurídico aplicable al instituto.

Empero, la complejidad del desafío no debe ser motivo para abdicar a esta empresa, sino para asumirla con renovado esfuerzo y creatividad jurídica.

Desde este lugar, estudiaremos la vigencia del instituto pese a la falta de legislación específica.

2. Fundamentación jurídica del instituto

A partir de una perspectiva global del orden jurídico, advertimos que el fundamento de las medidas anticautelares radica en la proyección conjunta del principio

jurídico que proscribe el abuso del derecho y el principio preventivo.

2.1. Principio de interdicción del abuso del derecho.

Abusa de los derechos quien por acción o por omisión y dentro de los límites externos de su derecho, lesiona el contenido esencial del mismo, es decir, subvierte el fin de bien común, (sea éste individual o social), por el que le fue reconocido y causa un daño injustificado¹. Ya lo ha dicho Louis Josserand: “... *Los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse...*”².

Del concepto que enunciamos se deduce que el ejercicio abusivo de una prerrogativa jurídica, resulta intolerable para el Derecho, sólo si de él se deriva un daño injustificado a otro sujeto. Tal daño debe evaluarse en cada caso y, a nuestro criterio, debe exceder los límites de la normal tolerancia requerida para esa circunstancia en particular para que el abuso se tenga configurado como tal.

La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que: “*en el estado actual de nuestra cultura no se conciben los derechos subjetivos (públicos o privados), de carácter incondicional, esto es, sin limitación o sin más acotación que la soberana voluntad de su titular*”, o, “*no hay derechos autónomos en el sentido que agoten su contenido en sí mismos, sino que todos encuentran su razón de ser o su finalidad, fuera del ámbito de su propia definición...*”³.

Si bien el primero aparece reconocido en el art. 10 del Código Civil y Comercial, no podemos soslayar que el radio de eficacia del instituto del abuso del derecho trasciende los límites del derecho privado residual.

Nuestra tradición legislativa se ha acostumbrado a regular en los códigos iusprivatistas cuestiones jurídicas que no son exclusivas de un cuerpo normativo civilista, sino de una teoría general del derecho.

Acaso como un resabio del positivismo jurídico, las teorías generales se han

¹ BALESTRO FAURE, Myriam, El abuso de los derechos procesales. Publicado en: Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 11/10/2005, 12.

² JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, Tomo 2, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía. Editores Buenos Aires, pág. 226.

³ T.S.J. de Córdoba, Sala Civ. y Com., 30/5/91, "Bisjo de Gotusso c. Zurbriggen", LA LEY Córdoba, 1991-772, citado por Aída Kemelmajer en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 16, p. 211, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998.

venido consagrando explícitamente en el Código Civil y Comercial, debido a la prevalencia de esa rama frente a las restantes. Y también a la circunstancia de que otrora la Constitución, más que como una fuente de derecho o norma jurídica, era concebida como un programa político dirigido al legislador que tenía la responsabilidad de traducirla jurídicamente según los criterios de oportunidad y conveniencia⁴. Los tiempos jurídicos han cambiado pero las metodologías legislativas aún no han asimilado ese cambio⁵.

En lo referente a la doctrina del abuso del derecho, no vemos particularidades específicas que nos conduzcan a pensar en que el instituto gravita únicamente dentro del ámbito material del Derecho Privado. En rigor, el art. 10 del código mencionado alude al “*ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal*”, circunstancia que haría extensible este principio a los derechos y obligaciones no civiles y comerciales *strictu sensu*.

El segundo párrafo del artículo precisa el sentido y alcance del instituto: “*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. En este aspecto, el derecho argentino se enrola en la concepción objetiva del abuso del derecho, según la cual el abuso del derecho (y, por derivación, el procesal y cautelar) no exigen la concurrencia de culpa o dolo, sino tan sólo la desviación de un instituto de sus fines técnicos específicos.

Recapitulando, consideramos que la proscripción del abuso del derecho es un principio general del derecho que está receptado en el ordenamiento jurídico argentino. En virtud de tal calidad, entendemos que la figura debe proyectar su influencia sobre todas las ramas de nuestro sistema jurídico, adaptando sus ejes conceptuales a la realidad específica de cada ámbito particular.

En esta tónica, la Sala 5 de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba afirmó que: “*el abuso del derecho constituye la instrumentación normativa de un principio general que inspira el sistema legislativo, afirma la preeminencia de la regla moral y tiene aplicación en todo los ámbitos del ordenamiento, en planos funcionales y éticos*”.⁶

Cuando transbordamos la figura del abuso del derecho al ámbito del derecho

⁴ VIGO, Rodolfo, Consideraciones Iusfilosóficas sobre el Abuso del Derecho. Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 16, p. 310, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998.

⁵ A mayor abundamiento, cabe referir que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, la Comisión Legisladora se ocupó de aclarar que en el objetivo del Título Preliminar es captar las reglas generales de todo el sistema jurídico.

⁶ Cámara 5ª Civil y Comercial de Córdoba, “*Dal Poggetto c. Banco Río de la Plata*”, del 9/11/87.

procesal, aparece el denominado abuso procesal. Con mayor rigor técnico, debemos puntualizar que el abuso del derecho es el “género”; y el abuso del proceso es la “especie” que resulta de la traslación lógica y práctica del primero al campo del derecho procesal.

Sobre la base de que el art. 10 del Código Civil y Comercial contiene un principio general que pertenece al ordenamiento jurídico en su totalidad, y siendo tal ordenamiento una unidad formal y material, deviene casi forzoso concluir que el abuso del derecho es también un principio general del proceso.

En su faz particular, entendemos que el artículo 10 es de aplicación preferente al proceso por cuanto, siendo éste es un instrumento para lograr el uso o ejercicio del derecho sustantivo que en él se invoca, adquiere especial importancia que las facultades procesales no se desvíen de sus específicos fines, so riesgo de frustrar los derechos que tienden a proteger⁷.

Desde una óptica bifronte, Gelsi Bidart nos enseña que el principio que prohíbe el abuso del derecho “*se expresa naturalmente en el ámbito del proceso*”, porque es allí donde se produce su modo habitual de manifestación: sea porque por este medio, se hace valer el derecho sustancial del que se abusa o porque se abusa del proceso, sin sobrepasar los límites del derecho sustantivo⁸.

Además, el sistema procesal inviste a los litigantes de derechos que se ejercitan en el proceso. Y, aquí, el modo de ejercerlos cobra una importancia fundamental, habida cuenta de que el proceso judicial tiene una estructura teleológica clara y definida, cuya plasmación efectiva hace preciso que los derechos, facultades, cargas, deberes y obligaciones procesales sean realizados en sinfonía con la función que el proceso les asigna⁹.

Dentro de la categoría del abuso procesal, podemos reconocer una sub-especie, cuál es el abuso cautelar. Es decir aquel que se verifica en un ámbito específico del proceso, aquel que se vincula al ejercicio de la potestad cautelar. Se trata de un “*uso indebido o impropio que un sujeto procesal principal hace o pretende hacer de una medida precautoria, debido a que por su intermedio se estaría contrariando el específico*

⁷ MOREA, Adrián Oscar, La doctrina del abuso procesal en el Derecho Argentino, Ed. Infojus, Id SAIJ: DACF120195.

⁸ GELSI BIDART, Adolfo, Abuso del Proceso, p. 211, en Libro de Ponencias del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata 1981.

⁹ Conf. PEYRANO, Jorge Walter, El proceso civil, principios y fundamentos, p. 7, Bs. As., Ed. Astrea 1978.

fin que la legislación de forma le reconoce”¹⁰

El abuso cautelar no consiste en pretender una medida cautelar ilícita, sino en utilizar una medida permitida con la finalidad de extorsionar al adversario, más que de asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

La lógica jurídica del abuso cautelar aparece ínsita en el texto del artículo 208 del CPCCN que dispone: “*cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado*”. Es decir que ya en ese momento, el legislador previó que el requirente podría llegar a hacer un ejercicio abusivo del derecho que le asiste, en tanto solicitar una medida de estas características, dejando la puerta abierta para la aplicación de sanciones si así fuera el caso¹¹.

2.2. Principio preventivo.

El otro principio que termina de fundamentar y definir la identidad específica del instituto es el principio de prevención.

Tanto desde el punto de los sujetos de una relación jurídica como de la sociedad en general, la prevención del daño siempre es preferible a su reparación¹². Como peor que cuidar es reparar, “*siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se indemnice*

¹⁰ FIORENZA, Alejandro Alberto - MAINOLDI, María Soledad, La denuncia antecautelar de bienes. Publicado en: LA LEY25/11/2014, - Sup. Act. 25/11/2014, 25/11/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/4149/2014.

¹¹ EL HALLI OBEID, María Valentina, Medidas cautelares: la justa prevención, el nuevo desafío, en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Silvia L. Esperanza, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2016, pag. 669. Refiere la autora que: “*nuestro Derecho ha comenzado a dar un giro en las últimas décadas, a partir de la incorporación de la figura del abuso del derecho, por lo que hemos dejado de ver al “deudor” como “culpable”, para pasar a verlo como un individuo vulnerable ante aquél, que anteriormente imaginábamos como el tenedor absoluto de derecho, el acreedor, que hoy sabemos, en su deseo de cobro legítimo, puede agravar aún más la situación, si no se avanza con ninguna actividad tendiente a recaudar la deuda que ejecuta, desvirtuándose el propósito que debe tenerse en miras para hacer uso de la jurisdicción en esta clase de juicios. Esto en concurrencia con la premisa de saber que, si bien el Estado ha otorgado la posibilidad de acción a los individuos, ello no significa que el ordenamiento jurídico los haya reconocido a éstos el derecho para que lo ejerciten cuando quieran, por el motivo o finalidad que quieran, o en la forma que quieran, es decir, sin limitación de ningún tipo*”.

¹² AGUIAR, Henoch, Hechos y actos jurídicos, t. IV, Tipográfica Argentina, p. 172 citado ALTERINI, Atilio Anibal, Foresight de la responsabilidad civil, RCyS, 2010-II, tapa. Con visión admonitoria, el autor puso de relieve la injusticia de permanecer sin reacción cuando se afronta una fuente que ha generado y seguirá produciendo daños; mantener semejante solución, con “*subsistencia del hecho capaz de dañar*”, significaría “*crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir*”.

*bien*¹³.

Alterini plantea un recorrido evolutivo en cuyo inicio las soluciones fueron *ex post*. Se indemnizó a la viuda, a la conviviente, al ciego, al postrado. Pero no se puso el acento en evitar la muerte, la ceguera o la amputación. Esta tendencia ha empezado a revertirse gradualmente. En los tiempos que vienen, vaticina el autor, prevalecerán las soluciones *ex ante*, de evitación del daño, mediante los criterios de prevención y de precaución¹⁴.

En tal dirección, Zabala de González señala: “... *el Derecho de daños no versa únicamente sobre los perjuicios y sus consecuencias jurídicas, sino que se ha expandido como un Derecho sobre los derechos que no deben ser dañados: es un derecho a la preservación y no únicamente un Derecho de la reparación*”. Y sabido es que preservar, *ab initio*, es más aconsejable y consecuente que la misma reparación, la que no puede desviar la verdadera atención del Derecho, que no debe conformarse con una solución *ex post*, existiendo opciones *ex ante*, pródigas en equilibrio y justicia¹⁵.

En esta inteligencia, Llamas Pombo proclama: “(...) *ya no es admisible el viejo mito del monopolio preventivo del Estado y el Derecho administrativo. El derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un «derecho a perjudicar [...]»*”¹⁶.

El Código de Vélez se ocupaba de la problemática vinculada a la prevención del daño, aunque de manera inorgánica (art. 43 de la CN.NC.; art. 11 inc.3º, Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 1071 y 1071 bis del Código Civil, art. 1710 y ctes. del Código Civil y Comercial, art. 79 de la ley 11.723, arts. 39 y 40 de la ley 21.541; arts. 1 y 3 de la ley 23.589, art. 55 y ss. de la ley 24.240)¹⁷.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2011, la Comisión N° 3 sobre “*Derecho de Daños: Principios de prevención y precaución*” concluyó: “*el deber de*

¹³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones. Publicado en Revista de Derecho de daños, 2008-2, Prevención del daño, pag. 193 y ss.

¹⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, Foresight de la responsabilidad civil, RCyS, 2010-II, tapa.

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.

¹⁶ POMBO, Eugenio Llamas, “Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones”, Madrid, La Ley, 2010, pág. 40.

¹⁷ Cf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, pag. 588 y ss.

prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento”¹⁸.

El nuevo Código Civil y Comercial le confirió un marco regulatorio sistémico a la problemática de la prevención del daño, al reconocerla como una función autónoma de la responsabilidad (art. 1708). La inclusión explícita y en pie de igualdad de la función preventiva a la par de la tradicional y no discutida función sancionatoria de la responsabilidad civil es un progreso de la nueva regulación¹⁹.

Con mayor especificidad, podemos señalar que el art. 1710 del Código Civil y Comercial precisa el marco jurídico de la prevención del daño: *“SECCION 2º. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva. Art. 1710.- Deber de prevención del daño: Toda persona tiene el deber de, en cuanto de ella dependa: a) Evitar causar un daño no justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste les reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño si ya se produjo”²⁰.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es obligatoria para los Estados Parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²¹ ha resuelto: *“El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir [el] deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana”²².* Aclara la Corte que esta función

¹⁸(XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 3: “Derecho de Daños: Principios de prevención y precaución”, San Miguel de Tucumán, 2011).

¹⁹ Cf. MEDINA, Graciela; RIVERA, Julio, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, pág. 989.

²⁰ La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Capítulo I. Responsabilidad civil, 1. Sistema y Funciones. pag. 215).

²¹ C.I.D.H., in re “Almonacid Arellano y otros c. Gobierno de Chile”, (26/11/06), “La Cantuta c. Perú” (29/11/06), “Boyce y otros c. Barbados”, (20/11/06), “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú” (24/11/2006).

El Código Civil y Comercial refuerza la vinculatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al postular en los arts. 1 y 2 a los Tratados de Derechos Humanos como fuente de interpretación e integración legal. Lo cual, sin duda, aumenta las proyecciones normativas de las decisiones de la Corte Interamericana en cuanto intérprete final de dichos instrumentos.

²² CIDH, in re “Ximenes Lopes c. Brasil”, (04/07/06)

preventiva se extiende tanto al Estado como a los particulares, como así también a otro tipo de derechos distintos de la vida y la integridad personal.

Trasladándonos al ámbito del abuso procesal, el principio preventivo viene a denunciar la insuficiencia de la sustitución cautelar como mecanismo adecuado para tutelar la situación del destinatario de la medida, y reclamar una acción profiláctica para evitar que el abuso cautelar lleve a concretarse en la práctica.

En efecto, la sustitución cautelar lleva tiempo y dinero, lo que no sobra al deudor, quien termina finalmente por allanarse a la voluntad leonina del acreedor, lo que también va en contra del principio civil de que ante la duda siempre debemos estar por lo menos gravoso para el deudor²³. Y, lo que es más grave, el incidente de sustitución es posterior a la traba efectiva de la medida, con lo cual resulta ineficaz para conjurar todos aquellos daños que pueden ocasionarse durante el lapso temporal que transcurra entre la efectivización de la medida y su levantamiento respectivo.

La medida anticautelar viene a materializar, en el plano procesal, el deber de prevención *ex ante* previsto en el art. 1710 inc. a del Código Civil y Comercial, por cuanto precisamente apunta a evitar la causación de un daño no justificado.

Como señalan Trigo Represas y López Meza, la prevención presenta dos momentos claramente diferenciados: *“La función preventiva (...) involucra dos diversas facetas que cargan sobre las espaldas de dañadores y dañados dos diferentes deberes jurídicos que no deben descuidarse: la evitación del daño y la reducción de sus consecuencias. Toda persona, sea sujeto activo o pasivo del daño, carga sobre sí con estos dos deberes jurídicos”*²⁴.

El carácter preventivo *ex ante* de la medida anticautelar se evidencia en el hecho de que orienta sus efectos propios sobre una fase temporal previa al acaecimiento del hecho dañoso (la traba efectiva de la cautelar) con el fin de que la eventual medida no se concrete en la realidad. Como bien señala Peyrano, la consigna ínsita en la medida anticautelar es *“evitar el daño evitable (desde la perspectiva del juez) o, si se prefiere,*

²³ Op. Cit. EL HALLI OBEID, María Valentina.

²⁴ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MEZA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pag. 131 y 132. *“[...] las dos vertientes de la funcionalidad preventiva de la responsabilidad civil confluyen en cuanto a las consecuencias de su desobediencia: quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta. La responsabilidad civil tiene una función preventiva básica o fundamental que se cumple al establecer claramente elevadas exigencias de diligencia y previsión. Quien tiene sobre sí una carga de previsión de cierta importancia, está obligado a agudizar la imaginación para evitar posibles y futuros daños, de modo de no ser responsabilizados por ellos”*.

ahorrarse el perjuicio insoslayable (desde la mirada del justiciable)”²⁵.

Cabe aclarar también que la aparente justificación del daño causado por una medida cautelar lícita queda automáticamente desvirtuada no bien se comprueba la antijuridicidad material que supone el ejercicio abusivo de la potestad cautelar.

La convergencia armónica del principio que veda el abuso del derecho y el principio preventivo, como fundamentos jurídicos de las medidas anticautelares, encuentra plena realización normativa en el art. 10 tercer párrafo: *“El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”*.

El artículo llama, en primer término, a adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la perduración o concreción de los efectos de tal ejercicio abusivo, sea que este provenga de un acto concreto o se presente como una situación jurídica abusiva (art. 1120 CCyC). La disposición constituye un supuesto específico de ejercicio de la función preventiva regulada en los arts. 1710 inc. a²⁶.

A mayor abundamiento, el CPCCN establece en su art. 34 inciso 5°, apartado d, que son deberes de los jueces: *“prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”*. En virtud de dicha fórmula, los magistrados pueden y deben hacer todo lo posible para conjurar el quebrantamiento de tipo ético durante la marcha del proceso.

Y de modo más específico, el artículo 204 de dicho cuerpo ritual prevé, *“para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes”*, la facultad del juez de disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger. Entonces, si el magistrado tiene atribuciones expresas para modificar el alcance de una medida cautelar solicitada no advertimos óbice alguno para que también pueda anticiparse a su eventual pedido y dictar una orden limitativa respecto a una cautelar específica frente a la solicitud del eventual destinatario de la misma que acredite encontrarse en una situación de vulnerabilidad cautelar y pueda demostrar también una fuerte verosimilitud del derecho en relación a su pretensión anticautelar.

²⁵ PEYRANO, Jorge W., Recibimiento jurisprudencial de la prevención del abuso cautelar, en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Runbinzal Culzoni, 2016, pag. 719-650.

²⁶ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, 1° edición, Buenos Aires, Ed. Infojus, 2016, pág. 38.

3. Colofón

Las medidas anticautelares son una expresión de la tutela procesal inhibitoria. Constituyen una herramienta útil al activismo judicial, tan interesado en la prevención de daños como en la erradicación de la malicia procesal.

El estado de la cuestión revela que las medidas anticautelares constituyen una figura procesal en plena formación. Actualmente, existe un terreno fértil para su desarrollo en el derecho argentino, pródigo en principios jurídicos, abierto a la novedad del caso y promotor de una labor interpretativa judicial que desborda los confines de la norma jurídica.

La mora del legislador para incorporar expresamente el instituto al sistema procesal no debe ser motivo para negar su vigencia, sino verdadera exigencia para que los jueces arbitren pretoriamente los medios adecuados para garantizar su funcionamiento en la realidad tribunalicia.

Los fundamentos que sustentan su vigencia residen en el principio que proscribe el abuso cautelar como expresión específica de la teoría del abuso del derecho y en el principio preventivo. El primero determina el contenido jurídico-axiológico que justifica el dictado de una medida anticautelar. El segundo sustenta la modalidad *ex ante* en que opera este tipo de tutela.

En fin, lo cautelar ya no puede verse como un aspecto privativamente adjetivo, propio de prácticos, supuestamente huérfano de la científicidad del teórico o del dogmático. Hoy las medidas precautorias en general, y los despachos anticautelares en particular, son patrimonio iuris; piedra sillar del Derecho y de sus principios capitales; instituto de enorme riqueza y penetración jurídica, consustancial a la ciencia del derecho procesal pero también con inescindible connotación sustancial.