

La Medida Cautelar Innovativa “Embozada”

Jorge W. Peyrano

Juez de la Cámara de Rosario (Argentina)

“Negar la verdad es un adulterio del corazón.”

San Agustín

¿Quién puede cuestionar la “verdad” de la cita -tomada (nada menos) de la Patrística- que sirve de copete? ¿Quién podría cuestionar la exactitud de esa sentencia tan hermosa -aunque de fuente menos prestigiosa que la anterior- que dice que “nunca es triste la verdad, pero lo que no tiene es remedio”? Y lo que no tiene “remedio” es el deber moral que pesa sobre todos consistente en que, de una vez por todas, seamos sinceros y nos ajustemos a la realidad que nos circunda, imponiéndonos su presencia insoslayable. Pero vayamos a lo que, presumimos, resultará más interesante al lector de una publicación de las características de la que contiene este hilván de sentimientos y razonamientos.

Por diferentes motivos, el razonamiento jurídico tiene, a veces, que seguir “caminos torcidos”. Es decir que, en ciertas ocasiones, se encuentra en la necesidad de “cerrar los ojos” ante lo evidente y así, por ejemplo, abstenerse de formular la calificación jurídica pertinente por no estar todavía maduro el entorno social para aceptarla y consumirla. No se crea que por lo expresado estamos afirmando que le echamos la culpa, exclusivamente, a los estrados judiciales por retrasarse en la recepción de novedades doctrinales. Nada de eso. También el legislador (que casi siempre llega después de lo conveniente) retrasa más de la cuenta la bienvenida a instituciones jurídicas deseables. Vayan como ejemplos - ¡y hay tantos!- lo ocurrido con las astreintes y con la

prohibición de innovar, aplicadas, reiteradamente por los jueces mucho antes que el legislador tuviera a bien incorporarlas a los cuerpos codificados.

Pero, a lo que convoca el epígrafe es a denunciar no tanto el “retraso” en aceptar la medida cautelar innovativa, sino más bien a poner sobre el tapete que se la aplica, más -eso sí- un tanto “vergonzantemente” puesto que no se la denomina por su *nomen juris*. Y lo señalado, se da tanto en el plano jurisprudencial como en el legislativo y en el doctrinal.

Antes -claro- conviene recordar qué es la medida cautelar innovativa, puesto que, al fin y al cabo, es su defensa la que nos convoca. A esta altura ya suena un poco a obvio repetir su descripción, diciendo que es una medida cautelar excepcional 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 de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan los resultados consumados de una actividad de igual tenor. Adviértase la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que la misma -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (vgr. embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.) ni tampoco impera que se mantenga el

status existente al momento de la traba de la *litis*. Va más lejos, ordenando, sin que medie sentencia firme de mérito, que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente¹. Como también consignamos que el tiempo no ha transcurrido en vano desde su primera aparición doctrinal allá por 1975², a punto tal que la susodicha descripción ya podría ser objeto de alguna “cosmética” para dar a entender que ha desaparecido (en los hechos) uno de los recaudos que primigeniamente se exigiera para su despacho favorable³.

Ahora sí, comenzaremos por allegar una muestra de “embozamiento” jurisprudencial. Se trataba de un caso en el cual una empresa de transporte público de pasajeros, por un error de imprenta, había consignado en los pasajes que emite, entre otros números telefónicos que le pertenecen el correspondiente al domicilio particular del actor. Esta circunstancia ocasionaba innumerables molestias personales y familiares, por el permanente requerimiento de horarios y detalles de los viajes. Como medida cautelar, se dispuso testar en la papelería de la demandada el número telefónico del accionante, así como también ordenar la publicación en los cinco diarios de mayor circulación en el país, de los números correctos. Este es un claro ejemplo de que el anticipo cautelar adelanta la solución misma a adoptarse en la sentencia⁴. Una lectura somera de la totalidad del fallo en cuestión (ajustado y atinado, aparentemente) permite - sin dificultades- colegir que la medida cautelar innominada emitida no era, en verdad, otra cosa que una diligencia innovativa. Ahora bien: dicho decisorio data de 1988 (casi ocho años después que la medida innovativa recibiera su espaldarazo científico en el X Congreso Nacional de

Derecho Procesal celebrado en Salta), cuando ya por entonces la cautelar innovativa era “doctrina recibida”⁵. ¿Puede siquiera pensarse por un momento que los distinguidos magistrados intervinientes desconocían su existencia? Sin embargo, se optó por lo más seguro: aplicar las concomitancias de la doctrina pero no usar su *name juris*. Generalmente no es aconsejable “elear tronos a los principios y cadalsos a sus consecuencias”, por más que -lo descontamos- el tribunal interviniente haya tenido sus buenas razones para proceder como lo hiciera, movido, quizás, por ese espíritu judicial tan poco proclive a echar mano a aquello que no cuenta con el respaldo de un texto legal. Decíamos que generalmente no es aconsejable la inconsecuencia en materia jurídica. Pruebas al canto: imagine el lector el impulso que hubiera recibido la doctrina de la medida cautelar innovativa si hubiera sido llamada por su nombre en el paradigmático caso citado y, por más, de boca de tan prestigiosos jueces.

En el nivel legislativo, podemos decir que también ha habido “embozamiento”, aunque hasta cierto punto excusable puesto que, en general, cuando se han incorporado legalmente instituciones o figuras que sin recibir el *nomen juris* de medidas innovativas son tales, las mismas databan de épocas anteriores a la irrupción de la susodicha doctrina. Ya tuvimos ocasión de estudiar diversos supuestos (englobados bajo el título “casuística legal”), respecto de los cuales apuntamos lo siguiente: “En varios ámbitos jurídicos existen supuestos en cuyo mérito el legislador ha implementado diligencias innovativas. Por supuesto que al sancionar las mencionadas normas, no se preocupó por buscar en su naturaleza jurídica. Pero lo cierto es que, sin proponérselo, sembró el ordenamiento nacional de numerosas encar-

1. PEYRANO, JORGE W. *Medida cautelar innovativa*, Bs. As. 1981, Editorial Depalma, pág. 21.

2. PEYRANO, JORGE W. *Procedimiento civil y comercial*, Rosario 1991. Editorial Juris, Tomo I, pág. 46.

3. *Ibidem*, página 46: “Quizás, a la altura de los tiempos que corren, dicha descripción podría sufrir algún leve retoque productivo, vgr., de la circunstancia consistente en que la praxis tribunalicia ha hecho desaparecer la exigencia de que ocurra el cuarto recaudo (perjuicio irreparable) que se reclamaba como requisito propio y característico para el despacho de la innovativa”.

4. La Ley 1988-D, página 12.

5. Vida, por ejemplo, *Concordancias explicadas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, (publicado en 1987), de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Editorial Rubinzal Culzoni, página 170, donde se lee lo siguiente: “De haber cambiado el estado de cosas en el ínterin y siendo necesario volver a la situación de hecho anterior, proceda la medida innovativa”.

6. PEYRANO, JORGE W. *Medida cautelar innovativa*, página 41.

7. Artículo 1071 bis Código Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo a las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

8. Artículo 2499 Código Civil: “... Quien toma que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

naduras legales de la medida innovativa”⁶. Así, por ejemplo los artículos 1071 *bis* Código Civil⁷, 2499 Código Civil⁸, 2580 Código Civil⁹ y 252 de la ley 19.550¹⁰, entre otros.

Lo que sí puede calificarse en cierto modo, de “embozamiento” es la actitud asumida por los autores intelectuales de proyectos y aún de leyes procesales civiles más recientes que pese a tener ante sus ojos la realidad de la medida innovativa, prefirieron ignorarla bajo el disfraz de la medida innominada o bastardearla, supliéndola mediante el otorgamiento de un funcionamiento irregular a la prohibición de innovar. Nos contaron que en oportunidad de proyectarse la reforma de un muy antiguo Código Procesal Civil provincial, uno de los integrantes de la comisión propuso la incorporación de la medida cautelar innovativa, mereciendo por respuesta que su sistematizador se había abjurado de la misma, y que, además, tal incorporación resultaba demasiado arriesgada. No podemos dar fe de la exactitud de la versión, pero de alguna manera gráfica el misoneísmo que aqueja a buena parte de nuestro mundillo jurídico, tan poco propenso a ensayar algo nuevo a pesar de los reclamos de la hora.

Finalmente, le toca el turno a la doctrina. En honor a la verdad, debemos admitir que la doctrina nacional he llamado, en general, a las cosas por sus nombres, en la materia. Así es que no sólo no faltan estudios dedicados a la medida innovativa, sino que habitualmente ésta ha sido denominada de tal guisa. Forman excepción los casos en los cuales voces disertadas pero aisladas se han alzado contra la viabilidad de la referida figura cautelar o la han cuestionado elípticamente sosteniendo la procedencia de una prohibición de innovar con efectos retroactivos, y afirmando que esta última figura resulta suficiente para cubrir al vacío cautelar¹¹ que pretende llenar la diligencia innovativa. Constituye esto último una inaceptable forma de “embozamiento”.

Hoy tenemos la satisfacción de comprobar que una de las susodichas voces distinguidas que inclinaban su voto en pro del mencionado “emboza-

miento”¹² ha vuelto sobre sus pasos y parece reconocer la necesaria autonomía que debe predicarse respecto de la diligencia innovativa. Digamos lo que en la actualidad sostiene sobre el particular, por lo menos ante determinadas situaciones: “Desde esta óptica, el contenido de la medida precautoria debería detenerse allí donde su materialización conlleva la concesión del objeto mismo de la demanda de mérito, porque se comprometería la propia materia debatida en la causa de conocimiento afectándose precisamente el objeto del pleito, con menoscabo de garantías constitucionales como la defensa y la igualdad. Sin embargo, con esto no siempre alcanza para abarcar la multiplicidad de supuestos que la vida presenta. Hay ocasiones en que sólo otorgando anticipadamente lo que es sustancia de la *litis*, se está haciendo rendir al servicio su máxima eficacia, mediante una decisión rápida que preserve aún provisoriamente al valor justicia y evita perjuicios irreparables¹³. También admite que: “La finalidad precautoria no siempre es meramente conservativa. La realidad revela la existencia de situaciones que, de subsistir, ocasionarían un daño irreparable al demandante, lo que requiere más que mantener el status que, lisa y llanamente alterarlo... En segundo término, recordemos que si bien en la mayoría de los casos corrientes la actividad preventiva tiene lugar de un modo conservatorio, (asegurando los medios para el cumplimiento oportuno de la sentencia), en ocasiones también puede llegar a alcanzar un rol más acentuado, si así fuere exigido según las particularidades. Concretamente, haciendo coincidir al contenido de la medida cautelar con el contenido mismo de la sentencia final a la que se aspira. En este territorio del derecho a la intimidad es donde con mayor nitidez esa coincidencia se advierte como posible. En este sentido, más que acordar preferencia a la indemnización de los perjuicios, hay que arbitrar medidas que cancelen las injerencias, las intromisiones o que neutralicen los ataques a la intimidad.

No se crea que la satisfacción a la que aludimos más arriba es la consecuencia de que se nos haya “concedido la razón” a que provenga de que tal con-

9. Artículos 2500 del Código Civil: “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”.
10. Artículo 252 de la ley 19.550: “...el juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad”.
11. GOTTHEIL, JULIO. *Un vacío en nuestros remedios procesales*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, tomo I, Año I, nº 2.
12. DE LAZZARI, EDUARDO N. *Medidas cautelares*, Tomo I, Bs. As., 1984, Editorial Platense, conf. páginas 584 y 585.
13. DE LAZZARI, EDUARDO N. *Protección cautelar del derecho a la intimidad*, en J.A., 1990-I, páginas 906 y 907.

cesión ha sido hecha por un disertado y serio jurista. Más bien, nuestra complacencia es la expresión de nuestro ánimo reconfortado al comprobar que tanta brega está cosechando algunos frutos. De todos

modos, esto recién empieza. Hacemos votos, pues, para que finiquite el "embozamiento" que, en todos los niveles, todavía soporta la medida cautelar innovativa.

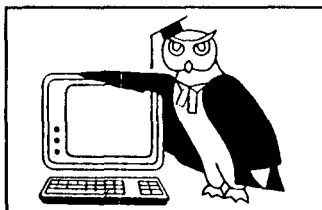
GRUPO SERFIN

SERVICIOS FINANCIEROS INTEGRADOS S.A.

CONSORCIO MINERO S.A. - CORMIN

INDUSTRIAL SELVA S.A. - INDUSEL

SERVICIOS DE INGENIERIA INTEGRADOS S.A.



MultiLex Soft

"El Fichero Legal"

MULTILEX, el Sistema Computarizado que contiene un banco de datos de toda la legislación peruana clasificada en más de 1,200 temas, a través de una completa organización de sumillas, modificaciones, concordancias y referencias. **MULTILEX-PRINT**, sistema manual de fácil acceso, puede ser utilizado en su escritorio sin necesidad de mecanismo alguno. **MULTILEX**, informes en Kikijana 338 Lima - 30 - Telf./Fax: 742615 - 744525