



“EL PODER CAUTELAR GENÉRICO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”

Alumna: Carolina Lucía Díaz

Título a obtener: Abogada

Carrera: Abogacía

Fecha: Marzo 2020

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

Resumen.....	6
Problema.....	6
Justificación.....	7
Objetivos generales.....	7
Objetivos específicos.....	7
Marco teórico.....	8
Hipótesis.....	8

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I: “El poder cautelar genérico”

1. Precisiones terminológicas.....	11
2. Conceptualización.....	11
3. La jurisdicción y el poder cautelar genérico.....	13
4. Alcances del poder cautelar genérico.....	15
5. Límites al poder cautelar genérico.....	16

CAPÍTULO II: “La tutela judicial efectiva”

1. Concepto.....	18
2. Naturaleza jurídica.....	19
3. Relevancia.....	19
4. La tutela judicial efectiva y la Constitución Nacional.....	20

5. Alcances.....	21
5.1 Acceso irrestricto al servicio de justicia.....	22
5.2 Configuración de tribunales independientes, imparciales e imparciales.....	22
5.3 Instrumentación de técnicas adecuadas para el supuesto de actuaciones judiciales atípicas.....	23
5.4 Aseguramiento de un debido contradictorio con igualdad de armas.....	23
5.5 Montaje de tutelas especiales que contemplen y regulen la incidencia de ciertos factores.....	24
5.6 Diseño de herramientas y técnicas procedimentales que mejoren el rendimiento del servicio de justicia.....	24
5.7 Estructuración de un proceso civil que asegure que las postulaciones judiciales se materialicen dentro de un plazo razonable.....	25
5.8 Debida y pronta ejecución de las órdenes y resoluciones judiciales.....	25
3.9 Activismo judicial.....	26

CAPÍTULO III: “Las medidas cautelares innominadas”

1. Precisiones terminológicas.....	28
2. Alcance conceptual.....	28
3. Objeto de las medidas cautelares innominadas.....	29
4. Presupuestos de las medidas cautelares en general.....	30
4.1 Verosimilitud en el derecho.....	31
4.2 Peligro en la demora.....	32
4.3 Contracautela.....	32
5. Presupuestos de las medidas cautelares innominadas.....	33
6. Características de las medidas cautelares.....	34
6.1 Instrumentalidad.....	34

6.2 Provisionalidad.....	34
6.3 Flexibilidad.....	35
6.4 Proporcionalidad.....	35
6.5 Urgencia.....	36
6.6 Jurisdiccionalidad.....	36
6.7 Preventividad.....	36
7. Controversia de las medidas cautelares innominadas.....	37

CAPÍTULO IV: “El poder cautelar genérico en el Derecho Comparado”

1. Desarrollo.....	41
1.1 Alemania: artículo 938 de la ZPO alemana.....	41
1.2 Bolivia: artículo 329 del Código Procesal Civil de Bolivia.....	42
1.3 Brasil: artículo 798 del Código de Processo Civil.....	42
1.4 Chile: artículo 298 Código de Procedimiento Civil de Chile.....	43
1.5 Colombia: artículo 590 del Código General del Proceso colombiano.....	43
1.6 Cuba: artículo 803 de la LPCALE de Cuba.....	43
1.7 España: artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.....	44
1.8 Guatemala: artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.....	44
1.9 Italia: artículo 700 de la Norma de Procedimiento italiana.....	45
1.10 México: artículo 509 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México.....	45
1.11 Panamá: artículo 558 del Código Procesal Civil de Panamá.....	45
1.12 Perú: artículo 632 del Código Procesal peruano.....	46
1.13 Portugal: artículo 399 del Código Procesal portugués.....	46
1.14 Suecia: artículo 3 de la sección 15 del Código Procesal sueco.....	47
1.15 Uruguay: artículo 317 del Código General del Proceso de Uruguay.....	47

1.16 Venezuela: artículo 588 del Código de Procedimiento venezolano.....	48
2. Fundamento del análisis con el Derecho Comparado.....	48

CAPÍTULO V: “Regulación legal de las medidas cautelares innominadas”

1. La medida cautelar innominada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.....	51
2. La medida cautelar innominada en el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.....	52
3. Incorporación de la medida cautelar innominada en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.....	53

CONCLUSIONES FINALES.....	57
----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	59
--------------------------	-----------

PRIMERA

PARTE

Resumen

El siguiente trabajo final se enfocó en el ejercicio del poder cautelar genérico en relación al derecho de tutela judicial efectiva. Primeramente expuse un problema, brindé mis argumentos acerca de por qué considero que es relevante darle tratamiento al objeto de estudio y elaboré una hipótesis para dar comienzo a la investigación del tema.

El primer capítulo está orientado a la conceptualización del poder cautelar genérico, tratando de determinar si se es realmente un poder o no, y entendiendo sus alcances así como también sus límites.

El segundo capítulo se basa concretamente en la tutela judicial efectiva, su vinculación con la Constitución Nacional y sus especificaciones.

El tercero, por su parte, es un análisis de lo que son las medidas cautelares innominadas, detallando sus presupuestos y explicando las cuestiones más controversiales que giran en torno al dictado de ellas.

El cuarto capítulo refleja una investigación en el campo del derecho comparado, la cual relaciona el ejercicio del poder cautelar genérico de más de quince países de América y Europa.

En el último capítulo profundicé acerca de las medidas cautelares innominadas en Argentina respecto de lo previsto en el Código Procesal Civil de la Nación y en el Código Procesal Civil de Santa Fe. Asimismo, elaboré un análisis relativo al proyecto de reforma de nuestro código procesal provincial.

Para finalizar, elaboré una conclusión en virtud de todo lo desarrollado en los capítulos acerca del objeto de estudio.

Problema

El problema principal respecto del objeto de investigación que me ha motivado a la realización de este trabajo es, por un lado, el cuestionamiento que existe por parte de un sector de la doctrina en lo relativo al ejercicio del poder cautelar genérico, el cual se materializa en el dictado de medidas cautelares innominadas y por el otro, la falta de regulación legal a nivel provincial que existe en relación a ello.

Justificación

Resulta relevante darle tratamiento al análisis acerca del poder cautelar genérico por el hecho de que hasta el momento no ha sido objeto de estudio en forma integral por la doctrina nacional, e incluso en el Código Procesal civil de Santa Fe aún no se encuentra regulado expresamente.

Asimismo, establecer en forma específica cuál es el estado de la normatividad civil nacional y provincial, en relación a la legislación procesal extranjera, particularmente respecto a los países latinoamericanos, será útil para entender de qué manera el poder cautelar genérico puede ejercerse.

Dicho trabajo pretende investigar el ejercicio del poder cautelar genérico –tan cuestionado por un sector de la doctrina– como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva ya que de ser así, el apartamiento de este por parte de los jueces importaría una vulneración a un derecho fundamental.

Objetivos generales

- Realizar una investigación acerca del poder cautelar genérico y de la tutela judicial efectiva como derecho.
- Analizar el ejercicio del poder cautelar genérico y el dictado de medidas cautelares innominadas en relación al derecho de tutela judicial efectiva.

Objetivos específicos

- Conceptualizar el poder cautelar genérico determinando su naturaleza jurídica, alcances y límites.
- Desarrollar el derecho de tutela judicial efectiva desde una mirada constitucional y convencional.
- Describir las medidas cautelares innominadas estableciendo sus presupuestos y características.
- Investigar la regulación legal de las medidas cautelares innominadas en el Derecho Comparado.

- Exponer cómo se encuentra regulado actualmente el poder cautelar genérico en la legislación nacional y provincial.

Marco teórico

Para el desarrollo del siguiente trabajo resulta necesario conceptualizar determinados temas a fin de establecer una base de la cuestión a tratar. En primer lugar, corresponde definir qué es el poder cautelar genérico, su relación con la jurisdicción, cuáles son sus alcances y por consiguiente, sus límites.

Asimismo, es de gran importancia establecer un análisis de lo que se considera hoy en día como el derecho de tutela judicial efectiva, determinando cuál es su naturaleza jurídica, qué comprende ella y cuál es su regulación legal.

Continuando con el desarrollo del trabajo, debe abordarse la materialización del poder cautelar genérico, es decir, las medidas cautelares innominadas enunciando sus presupuestos, características, beneficios y las cuestiones controversiales que en estos tiempos que acontecen giran en torno a ellas.

Es también fundamental analizar el poder cautelar genérico en el derecho comparado, a fin de determinar si el mismo es reconocido internacionalmente o si solamente se ejerce en Argentina.

Por último, resulta importante realizar un estudio del ejercicio del poder cautelar genérico tanto a nivel provincial en Santa Fe como a nivel nacional, estableciendo semejanzas y diferencias entre uno y otro.

Hipótesis

El presente trabajo parte de la hipótesis de que el ejercicio del poder cautelar genérico por parte de los jueces y su debida regulación legal son necesarios para garantizar una tutela judicial efectiva.

SEGUNDA

PARTE

CAPÍTULO I

“EL PODER CAUTELAR GENÉRICO”

1. Precisiones terminológicas

El vocablo poder, según el diccionario jurídico de la Real Academia Española, presenta dos acepciones: una de ellas es la “capacidad de una persona o de un grupo de personas de llevar a cabo su voluntad incluso con la oposición de otras personas que están participando en la acción” y la otra es la “facultad de actuación reconocida por las leyes”. En relación al objeto de estudio de este trabajo, sin dudas la que más se aproxima a él es la primera de ellas.

Es por ello que cuando se habla de poder, indefectiblemente hay que pensar en que este ha sido conferido a un órgano mediante o a través del ordenamiento jurídico.

La palabra cautelar está íntimamente relacionada con la prevención y su significado según el diccionario de la lengua español es “prevenir un riesgo, daño o peligro para guardarse de él y evitarlo”.

Por último, genérico significa “que denota el conjunto de los miembros de una clase o especie”, siendo este conjunto las medidas cautelares en general.

2. Conceptualización

A pesar de que el poder cautelar genérico ha sido objeto de estudio para numerosos doctrinarios de nuestro país, la realidad es que no se han detenido en brindar una definición concreta de este. Por tal motivo he tenido que recurrir al derecho comparado – más específicamente al uruguayo– el cual entiende que es “la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella” (Klett, 2008, pág. 1013).

Debido a la amplitud del concepto, considero que es necesario realizar algunas precisiones que a continuación desarrollaré.

La primera de ellas es en relación a “la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional”. Entiendo que se debe excluir a los tribunales arbitrales ya que si bien ejercen una función jurisdiccional, esta es limitada debido a que “poseen la notio, la

vocatio, y la iudicium, careciendo de la coertio y la executio” (Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón, 1998, p. 12); es por ello que están facultados para decretar medidas cautelares y su ejercicio se agota en el dictado del laudo arbitral. Por tal motivo, no se trata de cualquier órgano que ejerza esta función, sino específicamente de aquellos tribunales que se encuentran integrados por jueces.

La segunda tiene que ver con el hecho de “decretar de oficio o a petición de parte”. Si bien el poder cautelar genérico comprende ambas posibilidades, encuentra su límite en el ordenamiento legal, es decir, en aquello que esté previsto en el código de procedimiento del que se trate. En países como Alemania, Brasil, Uruguay, Perú, entre otros, se observa la existencia de un gran poder discrecional de los jueces a quienes se les permite en el ejercicio del poder cautelar genérico que poseen, el dictado de medidas cautelares genéricas de oficio. Por el contrario, en Portugal, Italia, Guatemala, España, e inclusive en Argentina –según contempla el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, se requiere que esta sea a instancia o petición de parte.

Cuando habla de “cualquier tipo de medida idónea” sin dudas está refiriéndose a aquellas medidas de índole cautelar, ya que no resultaría lógico que estén comprendidas dentro del poder cautelar genérico providencias cuya finalidad no sea la de “garantizar que lo que, en definitiva resuelva el tribunal tendrá efectividad, incidirá efectivamente en la realidad a la cual está referidas y, por ende no llegará demasiado tarde cuando ya aquella haya cambiado en tales términos que nada tiene que ver con la existente al iniciarse el proceso” (Gelsi Bidart, 1977, p. 157). Asimismo, el hecho de que la medida cautelar tenga que ser idónea, hace a la eficacia de la misma y se relaciona directamente con la proporcionalidad que debe haber entre la medida a decretarse y aquello que se pretende asegurar.

Respecto del concepto, cuando dice “que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos” está refiriéndose en forma implícita a uno de los presupuestos para la procedencia de una medida cautelar, el cual es el peligro en la demora. No hay medida cautelar, y mucho menos no hay ejercicio adecuado del poder cautelar genérico si no estamos frente a una situación de carácter urgente que no puede esperar los tiempos razonables de la justicia.

Por último, lo relativo a la expresión “para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella”, tiene que ver con la función del poder cautelar genérico en relación a la medida que se adopte. Se refiere concretamente

a la facultad que tiene el juez para elegir la medida cautelar genérica que ha de decretarse y todo lo que ella concierne.

Para concluir con la conceptualización, creo que sería oportuno agregar a lo expresado por Selva Klett que el poder cautelar genérico, en contraposición al poder cautelar estricto, se ejerce precisamente con la finalidad de dictar aquellas medidas cautelares que resultan idóneas para la protección de determinados derechos puestos en peligro y que no están nominadas, es decir, que no se hallan previstas en la ley ya que en caso contrario, no estaríamos hablando de una cuestión genérica sino más bien específica, y si no fuera necesario ordenar medidas cautelares atípicas, el poder cautelar genérico no tendría razón de ser.

3. Jurisdicción y poder cautelar genérico

La jurisdicción, como “la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones” (Alsina, 1957, p. 418), está integrada por los siguientes elementos: notio, vocatio, coertio, iudicium y executio.

En relación al poder cautelar genérico, aquellos que tienen incidencia directa en este son “la coertio, que es el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, y la iudicium, que es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis con carácter definitivo” (Alsina, 1957, p. 427). Esto se debe al hecho de que el dictado de las medidas cautelares es la materialización de ese empleo de la fuerza a la que se refiere la coertio cuya finalidad es precisamente llegar a una sentencia que ponga fin al litigio.

Habiendo explicado en forma breve la jurisdicción y específicamente aquellos elementos de la misma que se relacionan con el poder cautelar genérico, solo resta determinar si este último es un poder especial que le ha conferido la ley a los jueces o si se trata del mismísimo ejercicio de la jurisdicción.

En relación a esta cuestión, un sector de la doctrina entiende que “si se sostiene que por la aplicación de una norma legal expresa como la del artículo 232 del Código Procesal Nacional o tácita como ocurre en el Código Procesal santafesino que implica nada más y nada menos que el ejercicio de la jurisdicción por parte del juez, se origina un “poder cautelar genérico”, también los jueces tendrían un “poder general notificador” por

aplicación de la segunda parte del artículo 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe o del artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. O encontraría en esa misma línea un “poder probatorio general” de los jueces por aplicación del artículo 147 del código formal santafesino” (Barucca, 2012, p.19). Por tal motivo, entienden que “el poder cautelar genérico de los jueces no es nada más y nada menos que una regla interpretativa prevista en forma expresa o tácita, que permite a los magistrados, dar respuesta a las peticiones de las partes” .

Otro sector de la doctrina sostiene que, “si bien el poder cautelar no es sino un aspecto del poder jurisdiccional, resulta necesario salir del esquema tradicional de considerar que los tribunales solo pueden hacer lo que expresamente les está indicado. En tal sentido, se ha avanzado suficientemente en materia cautelar por un cambio de mentalidad, de ahí a que hoy se hable, abarcando situaciones no siempre iguales, de un poder cautelar autónomo, lo cual, en rigor, quiere decir genérico, no necesariamente requerido de especificación legal. Tomando pie en el mismo, se debe procurar ampliar el perfil tradicional y limitado del poder jurisdiccional, mencionándose la tutela diferenciada que otorgaría aquel” (Gelsi Bidart, 1968, p. 368-369).

Asimismo, Chiovenda entendía que “el derecho a la resolución de cautela es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del Derecho” (Chiovenda, 1977, p. 283). Esto quiere decir que el poder cautelar genérico encuentra su sustento no en una norma particular –o sea, no en un poder conferido por el legislador–, sino en el ordenamiento jurídico en general en razón a la necesidad existente que tiene el Estado de tutelar los derechos de los particulares.

Desde mi punto de vista, creo que el legislador al momento de redactar un artículo en donde esté presente expresa o tácitamente el poder cautelar genérico, lo que está haciendo es simplemente reconocerle al juez una potestad que ya tiene y que se la ha otorgado el marco legal. Es por ello que incluir medidas cautelares innominadas no importa un acrecentamiento de facultades a los jueces, sino que es un mero reconocimiento de esa potestad que poseen de dictar medidas cautelares atípicas ya que “debe aceptarse razonablemente que no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar” (Alvarado Velloso, 2008, p. 182).

4. Alcances del poder cautelar genérico

Para un mejor abordaje del tema, resulta imprescindible determinar el alcance del poder cautelar genérico, es decir, qué es lo que se encuentra comprendido con exactitud dentro de él.

Debido a que se trata de un poder de naturaleza cautelar, resultaría lógico que quedasen excluidas todas aquellas medidas cuya finalidad no sea la de asegurar el cumplimiento de una sentencia. Sin perjuicio de ello, un sector de la doctrina entiende que el juez puede dictar medidas autosatisfactivas en el ejercicio del poder cautelar genérico que posee.

Lo que diferencia principalmente una medida cautelar –típica o atípica– de una autosatisfactiva, es la finalidad que cada una de ellas persigue. La primera se caracteriza por su instrumentalidad; esto quiere decir que carece de un fin en sí misma y se encuentra subordinada a un proceso principal, del cual depende, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en dicho proceso. Las medidas autosatisfactivas, por el contrario, son “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados sean atendibles” (De los Santos, 2002, p. 357).

A las medidas autosatisfactivas se les atribuye y reconoce una naturaleza distinta a la de las medidas cautelares, ya que según Peyrano, “no participan de la clase de medidas cautelares y son una especie del género de los procesos urgentes” (Peyrano J, 2001. p. 14). Pese a ello, y debido a la falta de regulación de la misma, entienden que “hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica” (Peyrano M, 2001. p. 2).

El artículo 693 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe si bien prevé en forma tácita el poder cautelar genérico, es sumamente amplio y no se limita este al dictado de medidas cautelares como estipula, por ejemplo, el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por tal motivo, entiendo que sería más adecuado que el fundamento del dictado de las medidas autosatisfactivas no recaiga en el poder cautelar genérico que nada tiene que ver con las medidas cautelares, sino que se realicen atendiendo a lo previsto en el artículo 693, en relación a esta facultad amplia que le

confiere la ley a los jueces, o en su defecto, en virtud de las llamadas “atribuciones judiciales implícitas” (Peyrano J, 1979, p. 95).

5. Límites al ejercicio del poder cautelar genérico

El poder cautelar genérico debe ser entendido como un instrumento que se encuentra a disposición de los jueces y que les permite dictar las medidas cautelares que estimen indispensables para la protección de un derecho. Pero el hecho de que sea un poder amplio no significa que no posea límites; la doctrina sostiene que “esta potestad no es ilimitada, sino que se ve acotada por un conjunto de principios, constitucionales y procesales, ya generales, ya especiales, relativos al proceso, al concepto de jurisdicción y de los principios que la definen” (Klett, 2008, p. 1029). Dicho de otra forma, el ejercicio del poder cautelar genérico está restringido en cuanto “no podrá violar o hacer inobservar las garantías constitucionales y otras establecidas en las leyes” (Sardá, 2015, p. 22).

Por otro lado, el dictado de las medidas cautelares innominadas encuentra también su límite en la necesidad, la cual debe operar como una guía del juez en esta función de creación que se le ha encomendado. Es así que numerosas legislaciones entienden a la necesidad como criterio definidor del contenido de las medidas cautelares, como la ley de Enjuiciamiento Civil Española o el Código del Trabajo de Chile. Para ello, es fundamental “que el órgano jurisdiccional realice una comprobación previa de la existencia de esa necesidad, no bastando la simple conveniencia de tutela cautelar” (Calderón Cuadro, 1992, p. 15), materializándose esa comprobación en el análisis respecto de uno de los presupuestos que toda medida cautelar exige: el peligro en la demora; así, cuanto más grave sea el perjuicio que el retardo podría ocasionar, mayor será la necesidad.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si bien no se encuentra explícitamente la palabra necesidad, habla en forma concreta de un temor a que durante un tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, lo que llevaría a concluir que se aplica ante supuestos graves en donde dictar una medida cautelar sería necesario para asegurar el resultado de un proceso.

CAPÍTULO II

“LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”

1. Concepto

Según Peyrano, “la tutela judicial efectiva –más allá de ser una expresión tautológica, pero aceptada es, según se mire, un derecho fundamental que beneficia a los justiciables, un deber funcional para el órgano jurisdiccional llamado a hacerlo realidad y también un principio en el sentido de ser un portador de valores” (Peyrano J, 2014, p. 1).

La realidad es que se ha calificado a la tutela judicial efectiva justamente como el más importante de los derechos porque “constituye el derecho a hacer valer los otros derechos; siendo para algunos un derecho humano vecino al derecho natural” (Peyrano J, 2014, p. 1). Lo que sucede es que no se puede hablar propiamente de derechos si no se cuenta en el sistema legal con mecanismos apropiados, idóneos y expeditos de tutela que operen cuando estos son violados o amenazados, para lo cual ni siquiera es suficiente un simple reconocimiento formal del acceso a la jurisdicción o del derecho de acción entendidos ambos como un mero derecho a un pronunciamiento judicial. Tutela significa, una protección integral de un derecho por la vía jurisdiccional, siendo este derecho mucho más que el derecho de acción.

Es por tal motivo que además de considerarlo un derecho, se ha equiparado la tutela judicial efectiva a un principio.

Se trata, como sucede con todos los principios, de un “mandato de optimización ya que manda hacer lo mejor según fueren las posibilidades jurídicas y fácticas existentes en el caso. En función de ello es que los principios admiten y reconocen cumplimientos parciales” (Marinoni, 2007, p. 285). “De todos modos, el órgano jurisdiccional puede y debe realizar todo lo que fuere menester en demanda de que la tutela judicial efectiva se materialice en el mayor grado que resultara posible” (Peyrano J, 2014, p. 1); procurando así concretar aquella postulación chiovendiana: “el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir” (Guimaraes Ribeiro, 2004, p. 186).

Resulta importante destacar que la tutela judicial efectiva no contempla ni es solamente para quien promueve una acción, sino que además tiene como finalidad darle resguardo a la parte demandada.

2. Naturaleza jurídica

El derecho a la tutela judicial efectiva es un principio y un derecho humano que se manifiesta en el ámbito procesal. Es aquel que permite que los demás derechos humanos sean exigibles ante los órganos jurisdiccionales que deben caracterizarse por su idoneidad, transparencia e imparcialidad, a través de procedimientos preestablecidos en la ley; en ello radica la trascendencia de su rol.

Cabe destacar que es autónomo porque “su existencia y ejercicio no está subordinado al devenir de la pretensión invocada, y porque se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera afectado en sus derechos o intereses, por lo cual es simultáneamente una garantía”.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza compleja, ya que comprende derechos confortantes de su estructura tales como: el derecho de toda persona a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos; el derecho a una justicia sin dilaciones indebidas; el derecho a que se emita una sentencia que resuelva la controversia; y el derecho a la efectividad de la tutela.

3. Relevancia

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos prohíben la “justicia por mano propia”, por lo que crean órganos jurisdiccionales que cumplan la función de entender en la solución de los conflictos, ofreciendo los instrumentos que sirvan para satisfacer las pretensiones de los justiciables.

Sin embargo, a pesar de la modernidad de los ordenamientos procesales, resulta indudable que aún se advierten situaciones jurídicas con formalismos desmedidos al momento de valoración de la admisibilidad de las pretensiones y carentes de amparo suficiente, todo lo cual obstaculiza la tutela judicial efectiva, genera supuestos de indefensión y va contribuyendo a la generación de una desconfianza en el ciudadano hacia la justicia que el propio Estado le ofrece.

“De aquí la importancia de proclamar la plena vigencia de la tutela jurisdiccional efectiva como principio general y derecho fundamental del hombre, su plena aplicación aún sin texto positivo que lo explicita y el consecuente deber del Estado de ofrecer instrumentos adecuados para satisfacer las pretensiones que ante el mismo se formulan” (Rotondo Tornarí, 2008, p. 4).

Es que “la prohibición de autodefensa no puede ser prácticamente operativa sino en cuanto, como compensación de tal prohibición, el Estado ofrezca para reacciones contra el atropello medios más fuertes y eficaces que la fuerza privada” (Calamandrei, 1950, p. 225).

4. La tutela judicial efectiva y la Constitución Nacional

Es cierto que la tutela judicial efectiva no se encuentra expresamente contemplada en nuestra Constitución Nacional, “aunque se piensa que el tenor del artículo 43 de la misma permite considerarlo entre los derechos y garantías no enumeradas” (Peyrano J., 2014, p. 2).

Sin embargo, se puede hallar implícitamente en el preámbulo, más precisamente cuando este se refiere a “afianzar la justicia”. Es que si se interpreta a la tutela judicial efectiva como el rol de los operadores judiciales de dar pronta seguridad jurídica frente a una sociedad que exige respuestas urgentes “abriendo las compuertas de la jurisdicción y garantizando las libertades fundamentales a todos los habitantes” (Grillo, 2004, p. 1), no se trata de otra cosa que el hecho de hacer justicia.

Según Bidart Campos lo que hoy se conoce como “tutela judicial efectiva” es una ampliación del derecho de “acceso a la jurisdicción” que si bien no estaba reconocido expresamente en Constitución Nacional, sí lo era por la doctrina y jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha incluido dentro de las garantías del art. 18, que consideró violadas en casos donde se le impidió al actor acudir a la justicia para obtener una sentencia. Según el mismo autor, la tutela judicial efectiva se integra, entre otros, con el derecho a una sentencia justa, fundada y en tiempo razonable.

Sin perjuicio de ello, ya desde mediados del Siglo XX la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue estableciendo la doctrina según la cual tales derechos y garantías

constitucionales expresas incluían también, como un presupuesto, la existencia de otra: la de acudir y acceder efectivamente ante un órgano judicial.

En relación al Derecho Internacional, “hay cierta coincidencia al sostener que dicho derecho fundamental goza de rango constitucional por imperio del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional que entre los tratados con jerarquía constitucional enumera a la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyos textos si bien no usan la locución denominada tutela judicial efectiva utilizan términos que inequívocamente conducen a pensar que la intención es incorporarla a su ideario” (Ayarza y Peyrano M, 2012, p 286).

Resulta indudable, entonces, que corresponde reconocerle a la tutela judicial efectiva rango constitucional en el orden jurídico nacional. Más aún: “dicho derecho fundamental en lo que refiere a todos los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (lo que los torna miembros del sistema interamericano de protección de derechos humanos) puede llegar a tener eventualmente hasta jerarquía supraconstitucional porque, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que cualesquiera fueren los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ellos tienen fuerza vinculante para nuestro país; debiendo recordarse que las normas de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional gozan en nuestro ordenamiento de operatividad directa no siendo necesario su reconocimiento legal y resultando así directamente aplicables por todos los poderes del Estado” (Peyrano J, 2014, p. 2).

5. Alcances de la tutela judicial efectiva

Para lograr una tutela judicial efectiva, son muchas las exigencias que deben ser satisfechas. Siguiendo un orden lógico y cronológico el contenido del derecho comprende: el acceso irrestricto al servicio de justicia, la configuración de tribunales independientes, imparciales e impartiales, la instrumentación de técnicas adecuadas para el supuesto de actuaciones judiciales atípicas, el aseguramiento de un debido contradictorio con igualdad de armas, el montaje de tutelas especiales que contemplen y regulen la incidencia de ciertos factores, el diseño de herramientas y técnicas procedimentales que mejoren el rendimiento del servicio de justicia, la estructuración de un proceso civil que asegure que las postulaciones judiciales se materialicen dentro de un

plazo razonable, la debida y pronta ejecución de las órdenes y resoluciones judiciales, y el activismo judicial.

5.1. Acceso irrestricto al servicio de justicia

En su acepción general, “el acceso a la justicia supone la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base en el ordenamiento jurídico” (Casal, 2005, p. 11). Asimismo, se entiende que comprende también el derecho a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional, sin restricciones que sean irrazonables y con una interpretación amplia de las leyes procesales respecto de la legitimación ya que “el rechazo de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista importa una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva” (Grillo, 2004, p. 2).

Ello quiere decir que estructuralmente deben existir órganos disponibles cuya finalidad sea la de proteger los derechos de los particulares, promoviendo la resolución de conflictos. La disponibilidad de ellos no es una cosa menor, puesto que si existen pero no les resulta posible cumplir con su función de forma eficaz –ya sea por falta de recursos humanos, materiales o económicos– no se estaría hablando de un verdadero acceso a la justicia.

En relación al hecho de que el acceso sea “sin restricciones irrazonables”, se refiere a que la admisibilidad acerca de la acción respecto de la legitimación de quien la promueve, no debe ser arbitraria. Además, en caso de que existan dudas acerca de ella, debe interpretarse en favor de quien inicia la acción, a fin de evitar que se vulneren su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es que si, como se ha dicho, el Estado ha proscrito la violencia y la justicia por mano propia, reservándose para sí el poder de solucionar los conflictos que se susciten entre las personas, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso a la jurisdicción a todo aquel que considere que su derecho ha sido afectado, violado, amenazado o negado, para que el Estado responda a su planteamiento y dé la solución prevista en el ordenamiento jurídico.

5.2. Configuración de tribunales independientes, imparciales e imparciales

Los principios de imparcialidad, imparcialidad e independencia de los jueces indudablemente deben estar presentes si se habla de tutela judicial efectiva.

“La imparcialidad es el carácter de no parte que debe revestir el verdadero juez, y este debe actuar independientemente (vale decir, no reconociendo subordinaciones de ningún tipo) e imparcialmente (que significa procurar abstraerse de todo prejuicio o influjo que pudiera torcer su recto juicio)” (Peyrano J, 2014, p. 3).

No habría tutela judicial efectiva si el órgano jurisdiccional fuera parte en el pleito, si su independencia estuviese viciada por existir una subordinación respecto de un tribunal superior o de algún otro poder –ejecutivo o legislativo–, o si tuviera alguna clase de interés en el litigio.

5.3. Instrumentación de técnicas adecuadas para el supuesto de actuaciones judiciales atípicas

Aquí se está refiriendo a aquellos casos que no tienen que ver con la actuación ordinaria de los órganos jurisdiccionales, como lo son los procesos colectivos. Ellos tuvieron origen con la reforma constitucional de 1994 que habilitó la tutela procesal colectiva de los derechos de incidencia colectiva con la finalidad de crear una herramienta para poner límites a políticas públicas y empresariales abusivas.

Ante los diferentes cambios que van surgiendo, los cuales reflejan las necesidades sociales del momento, resulta importante que se instrumenten técnicas tendientes a lograr una tutela judicial efectiva, más que nada en los supuestos en los que no existe una regulación adecuada.

5.4. Aseguramiento de un debido contradictorio con igualdad de armas

En este caso se está refiriendo, nada más y nada menos que al tradicional ámbito del “debido proceso”.

Uno de sus elementos es el derecho a la igualdad entre las partes, lo cual tiene que ver con el igual trato dentro del proceso para la debida protección del ejercicio de sus derechos.

Resulta fundamental destacar que esto no implica que tenga idénticos derechos procesales, cuestión que, por antonomasia, serán diferentes por la distinta posición que ocupan las partes en el proceso. Lo relevante es que se verifique el equilibrio procesal necesario otorgando igualdad de armas al interior de un procedimiento.

El Tribunal Constitucional de Chile ha señalado que "la igualdad ante la ley o en el ejercicio de sus derechos, no puede consistir en que las partes que confrontan pretensiones en un juicio tengan idénticos derechos procesales. En efecto, desde el momento en que uno es demandante y el otro demandado, tendrán actuaciones distintas; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden ser idénticas, pues las actuaciones reguladas no lo son" Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008, p. 8, 9 y 11).

5.5. Montaje de tutelas especiales que contemplen y regulen la incidencia de ciertos factores

“La tutela judicial efectiva exige no solo un juez activo sino uno dotado de facultades que le posibiliten una actividad profiláctica más interesada por prevenir entuertos que por deshacerlos” (Peyrano J, 2014, p. 4).

Cuando se habla del montaje de tutelas especiales que contemplen y regulen la incidencia de ciertos factores, un claro ejemplo de este son las técnicas anticipatorias de decisiones de mérito; ellas encuentran legitimación también en la tutela judicial efectiva.

Se entiende que “existe tutela anticipada cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho prevé que normalmente la sentencia de mérito se deberá emitir en un tiempo bastante distante y, sin embargo concurren factores aceleradores de los tiempos del procedimiento que posibilitan una decisión provisoria con mucha antelación a lo que sería pronosticable” (Peyrano J, 2014, p. 4).

5.6. Diseño de herramientas y técnicas procedimentales que mejoren el rendimiento del servicio de justicia, aún a despecho de omisiones legislativas

Se considera que “forma parte de la tutela judicial efectiva el deber funcional de los jueces de proveer, en su caso, las herramientas y técnicas procesales adecuadas para realizar el

derecho material en juego frente a la hipótesis de la imprevisión legislativa” (Marinoni, 2007. p. 231).

En relación a ello, se ha dicho que: “si la técnica procesal es imprescindible para la efectiva tutela de los derechos, no se puede suponer que ante una omisión del legislador el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve solo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita. Como consecuencia de ello, es que entendemos que el ciudadano no tiene simplemente el derecho a la técnica procesal evidenciada en la ley, sino un derecho a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar una regla procesal acorde con las necesidades del derecho material y con los casos concretos. Como es obvio, no se pretende decir que el juez debe pensar el Derecho según sus propios criterios. Lo que se desea evidenciar es que el juez tiene el deber de interpretar la legislación procesal conforme son los valores de la Constitución” (Peyrano J, 2014, p. 5).

Es por ello que existe llegado el caso, una facultad-deber jurisdiccional de configurar un procedimiento adecuado en orden a la realización de los derechos materiales debatidos.

5.7. Estructuración de un proceso civil que asegure que las postulaciones judiciales se materialicen dentro de un plazo razonable

Esta característica encuentra sustento constitucional en el artículo 8 de la Convención

Americana de Derechos Humanos, el cual establece en su primer párrafo que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

De esta forma, la convención Americana de Derechos Humanos le reconoce, entre otros derechos, el de obtener una resolución sin dilaciones indebidas y en un plazo coherente.

5.8. Debida y pronta ejecución de las órdenes y resoluciones judiciales

No caben dudas que la efectiva y oportuna puesta en marcha de las órdenes y decisiones judiciales integra el conjunto de recaudos requeridos para que un ordenamiento jurídico pueda brindar una tutela judicial efectiva. Es por ello que existen diversos mecanismos que resultan útiles a la hora de la ejecución.

Uno de ellos es la medida conminatoria que sería una suerte de astreinte no pecuniario. “Su aplicación, presupone la desobediencia a una orden judicial y la imposición por parte del tribunal de una conducta con consecuencias aptas para persuadir al desobediente acerca de la conveniencia de que deponga su rebeldía” Peyrano J., 2014, p. 6).

Asimismo se puede mencionar también a las llamadas “sentencias mandamentales” del derecho brasileño, a través de las cuales “no se condena” sino que “se ordena”; su cumplimiento es de manera inmediata y bajo prevenciones penales y la aplicación de sanciones graves. Esta tutela de tipo mandamental actúa sobre la voluntad del destinatario y no sobre su patrimonio.

5.9. Activismo judicial

La obtención de una tutela judicial efectiva reclama la injerencia del llamado activismo judicial, el cual es una corriente de pensamiento que otorga a los jueces un papel más protagónico durante el devenir del proceso civil. Se los considera a ellos como limitadores de los demás poderes del Estado por medio de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales.

El activismo judicial, exige inexorablemente un mayor protagonismo de los tribunales y se encuentra en la constante búsqueda de que las sentencias sean creadoras de derecho, con la intención de generar un cambio: ya sea en la legislación, en la jurisprudencia o en la sociedad misma.

CAPÍTULO III

“LAS MEDIDAS

CAUTELARES

INNOMINADAS”

1. Precisiones terminológicas

Sin perjuicio de que la palabra “medida” tiene en el diccionario de la lengua española numerosas acepciones, la más próxima al objeto de estudio de este trabajo es sin dudas la de prevención. Asimismo, esta última se podría conceptualizar siguiendo al mismo diccionario como “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”, “anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción”, “disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo”, lo cual deja entrever que la palabra medida ya contiene por sí misma valores semánticos que son propios de una decisión de tipo cautelar.

La palabra “cautelar” significa precaver, y dentro de un mismo ámbito semántico se la podría definir como la acción de “prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo.

Es cierto que analizando las conceptualizaciones de ambas palabras el adjetivo “cautelar” podría tornar redundante al sustantivo “medida”, pero creo que la adjetivación de ella la califica y le otorga individualidad, haciendo que desde un aspecto tanto semántico como jurídico, indudablemente se pueda saber que se está refiriendo a este tipo de medida y no a otra.

En relación al concepto, por último, quedaría definir el vocablo “innominada”, el cual significa “que no tiene nombre especial”, haciendo referencia a la ausencia de denominación.

2. Alcance conceptual

La medida cautelar innominada, también conocida como genérica o atípica, “es la que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existe en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento (...) cumple la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales” (Podetti, 1956, p. 47).

Se trata entonces, dicho de otro modo, de medidas cautelares atípicas ya que carecen de regulación normativa propia y por consiguiente no se encuentran previstas, específicamente, en nuestro ordenamiento procesal civil. Sin embargo, son medidas que

se puede solicitar y conceder teniendo como única condición que aseguren del modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva.

En relación al hecho de considerarla genérica, autores como Pérez Ríos han criticado esta conceptualización entendiendo que “más que genéricas son inespecíficas, puesto que no representan al género sino a la ausencia de denominación y regulación normativa específica. Empero, desde el momento en que son postuladas y amparadas, se convierten en específicas y nominadas, manteniendo, es verdad, su carácter atípico, pero que por analogía muy bien podrían ser ubicadas o adscritas a determinadas medidas específicas. Decimos que se convierten en específicas porque no pueden ser postuladas de modo genérico, su postulación implica la adopción de alguna manifestación concreta coincidente o distinta de las medidas reguladas normativamente como específicas.” (Pérez Ríos, 2010, p. 130).

Sin perjuicio de ello, lo que resulta fundamental entender respecto de las medidas cautelares innominadas –más allá de su conceptualización y los argumentos de la misma– es que sin dudas son la materialización del poder cautelar genérico, aquellas que dicta el juez en ejercicio de esa potestad.

Por tal motivo, la finalidad de las medidas cautelares innominadas encuentra una estrecha relación con aquellos fundamentos que motivaban la existencia y necesidad del poder cautelar genérico, debido a que “como el legislador no puede prever todos los presupuestos que se pueden presentar en la variedad de la vida, nuevamente los sistemas procesales modernos incluyen una medida cautelar abierta, atípica” (Hotham Richard, 2011, p. 34), la cual viene a hacer frente a la insuficiencia de las medidas cautelares típicas.

3. Objeto de las medidas cautelares innominadas

A pesar de que genéricamente las medidas cautelares han tenido por objeto la protección del derecho sustancial y la efectividad de la sentencia estimatoria de las pretensiones cuando la misma sea emitida, específicamente para la cautela innominada se entiende que esta obedece a diversos supuestos.

El primero de ellos es que el juez encuentre otra medida razonable para la protección del derecho objeto del litigio, otorgando a más de las tradicionales cautelas, la posibilidad de

innovar en los mecanismos de protección que permitan por medio de un juicio de valor establecer cuál será el más idóneo, en virtud de un espectro de configuración tutelar amplio y que ha de ser debidamente sustentado.

El segundo, atiende al hecho de impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, enunciación con tinte constitucional, que es similar a los mecanismos de protección que se encuentran en la acción de tutela, para el caso en estudio ya no solamente están en contienda la vulneración de derechos fundamentales, sino la protección directa de derechos de cualquier orden y que se encuentren íntimamente relacionados con el objeto del litigio.

El tercer supuesto, tiene que ver con prevenir daños, hacer o cesar los que se hubieren causado, igualmente con fundamento constitucional similar a las acciones de grupo o populares, el poder cautelar del juez viene enmarcado en la facultad protectora hacia el potencial o permanente daño que afecte el derecho en litigio y que su declaratoria en el tiempo lo haría ilusorio.

Finalmente, el último de ellos es asegurar la efectividad de la pretensión o del objeto del litigio.

La función de las medidas cautelares –nominadas e innominadas– nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva.

Se entiende que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien, por lo que aquí aparecen las medidas cautelares para lograr una conciliación entre dos exigencias de la justicia: la de celeridad y la de ponderación. “Entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación en las formas del proceso ordinario” (Calamandrei, 1945, p. 43).

4. Presupuestos de las medidas cautelares

Como resulta lógico, no es posible conceder una medida cautelar con la simple petición del solicitante. “Es necesario que el órgano jurisdiccional confirme la concurrencia de una serie de requisitos que van a justificar la injerencia que la medida supone en la esfera

jurídica del sujeto pasivo” (Jové, 1995, p. 29). Se requiere que el planteamiento del actor esté envuelto por una apariencia de seriedad y la medida resulte idónea, para lo cual se establecen una serie de presupuestos necesarios para conceder una cautela que a continuación desarrollaré.

4.1. Verosimilitud en el derecho

La verosimilitud en el derecho es un requisito de las medidas cautelares consistente en la exigencia por parte del juez a quien la solicita, de que acredite que “existe una posibilidad razonable de que la sentencia definitiva reconozca el derecho en que se funda la pretensión, y no la certeza absoluta, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad CSJN, 1995, p. 20).

Hay que tener en cuenta, siguiendo a Calamandrei, que “lo que se le exige al solicitante de la medida son documentos o comprobantes que permitan al juez tener como muy probable la existencia del derecho cuya tutela se reclama, pero en ningún caso se debe exigir certeza, porque de ser así se desnaturaliza la función de la medida cautelar ya que se realizaría un examen que haría innecesaria la sentencia definitiva, pues ya estaría resuelta la procedencia de la demanda. Valdría más la pena esperar sentencia definitiva y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud” (Calamandrei, 1945, p. 70).

Por otro lado, si solo fuera exigible y bastara con la afirmación de una situación jurídica cautelable, sin necesidad de comprobar la misma, o sin demasiada acreditación de dicha probabilidad, las medidas cautelares podrían convertirse en instrumentos peligrosos para litigantes temerarios.

Es así que en esta cuestión que versa entre la mera declaración del actor y la plena certeza del derecho invocado, aparece como parámetro intermedio “lo razonablemente exigible”. Para dar con ello, la doctrina ha empleado términos como “apariencia”, “probabilidad” y “verosimilitud”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la resolución adoptada respecto de una medida cautelar no debe de ninguna forma influir en la decisión que en definitiva adopte el tribunal, ya que implicaría una forma de prejuzgar.

4.2. Peligro en la demora

Este presupuesto tiene que ver con “la constatación de un peligro de daño derivado del propio retraso de la administración de justicia es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar” (Jové, 1995, p. 57).

Asimismo, se ha definido al peligro en la demora como “el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del proceso ordinario” (Calamandrei, 1945, p. 42). Ello genera una convergencia entre dos elementos interrelacionados: por un lado, se encuentra la demora en lo que sería la obtención de una sentencia con carácter definitivo; y por el otro, ese perjuicio o daño que podría ocasionar el retardo de la misma.

Según Calamandrei, para acreditar el peligro en la demora “no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro para tratar de prevenir un daño, con lo cual la providencia se torna urgente, sino que además es necesario acreditar que el daño que se teme se transformaría en efectivo, o bien que se agravaría el ya ocurrido” (Calamandrei, 1945, p. 41). Esto quiere decir que para solicitar una medida cautelar, no sería suficiente invocar que existe un riesgo y la necesidad de preverlo, sino que el solicitante debe demostrar que en caso de no evitarlo, se efectivizaría o se agravaría.

4.3. Contracautela

Este presupuesto tiene que ver con que sea posible responder a los perjuicios que se originen con ocasión de la adopción de una medida cautelar.

Mediante el término contracautela designan aquella garantía prestada por una de las partes del proceso –en virtud de la cual se vincula un conjunto de bienes de carácter patrimonial al resultado del mismo–, con la finalidad de que le sea otorgada una medida que por sí misma puede ocasionar un daño a la parte contraria. Así pues, el objetivo de la contracautela no es otra que asegurar la satisfacción de las responsabilidades de contenido económico que origina su adopción, si al finalizar el litigio se demuestra que la medida fue concedida ilegítimamente.

En relación al demandado, la contracautela será la concreta garantía del eventual derecho a la indemnización que pudiera obtener de lograr esta una sentencia favorable por los daños ocasionados.

El fundamento de este presupuesto tiene lugar desde el punto de vista que la concesión de una cautela a una de las partes, la ubica en una situación privilegiada a quien la ha solicitado, y en contrapartida a ese desequilibrio provocado se exige la constitución de una fianza, para que de alguna forma, “se restablezca el status quo existe en principio entre las partes” (Jové, 1995, p. 31).

5. Presupuestos de las medidas cautelares innominadas

Para que el juez conceda una medida cautelar innominada o atípica, exige que se reúnan los mismos presupuestos necesarios para el dictado de una nominada. Esto es así porque en esencia, solo difieren en el hecho de que una se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico procesal y la otra no.

Así las cosas, es tarea del juez a quien se le solicita una medida cautelar innominada la de examinar las circunstancias, debiendo determinar si hay verosimilitud en el derecho invocado por quien pretende la concesión de la medida, y peligro en la demora de que el retardo de la misma ocasione un daño.

En relación a la contracautela, cabe destacar que va a quedar a discrecionalidad del juez el hecho de ordenarla. En sí no es un presupuesto necesario, ya que puede existir o no; pero lo que sí resulta necesario es cumplir con esa garantía –si es que el juez la exige– para el despacho de la medida.

El fundamento de la no exigencia de la contracautela, y de la exigencia de los otros dos presupuestos, reside en el hecho de que estos últimos –la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora– son los que justifican la necesidad del dictado de la medida cautelar. La contracautela, por el contrario, no es más que una garantía para quien no ha solicitado la medida cautelar, de la cual se podría prescindir ante, por ejemplo, una fuerte probabilidad en el derecho invocado.

6. Características de las medidas cautelares

6.1. Instrumentalidad

El vocablo “instrumentalidad” deriva de la palabra “instrumento”, que según el diccionario de la Real Academia Española significa, entre otras acepciones, “cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin”.

En el derecho procesal la instrumentalidad constituye el rasgo más importante de las medidas cautelares debido a que su objeto es servir de medio para la actuación de la ley; no constituye un fin en sí mismo. Estas providencias están siempre subordinadas al destino de la pretensión cautelada, supeditadas al fallo definitivo incluso cuando se trate de ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

Para Calamandrei, “las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente” (Calamandrei, 1945, p. 72). Dicho de otra manera, se encuentran subordinadas a un proceso principal del cual dependen, en miras de que se asegure el cumplimiento de la sentencia en dicho proceso.

6.2. Provisionalidad

La palabra provisional refiere a todo lo “que se hace, se halla o se tiene temporalmente”. Se trata de aquello no tiende a prolongarse en el tiempo y que no es definitivo, concluyente ni irreversible.

Las medidas cautelares se caracterizan por su duración temporal, ya que subsistirán hasta el momento en que la sentencia definitiva se encuentre firme o mientras duren las circunstancias fácticas que las justificaron.

El carácter de provisorio atribuido a las medidas cautelares significa en esencia que los efectos jurídicos de estas no solo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que debe transcurrir entre el dictado de la medida cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Pérez Ríos, 2010, p. 109). La provisoriedad de las medidas cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia.

6.3. Flexibilidad

Una de las principales características de las medidas cautelares es su flexibilidad o mutabilidad. Ello “permite al solicitante la posibilidad de pedir su ampliación, sustitución o mejora probando que la medida vigente no cumple adecuadamente con su función de garantía” (Kielmanovich, 2002, p. 47).

Por otro lado, esta flexibilidad propia de las medidas cautelares no debe verse solo desde la perspectiva de quien la solicita, ya que la parte que la soporta, puede asimismo requerir la sustitución de ella por una menos gravosa, el reemplazo de bienes cautelados por otros de igual valor o la reducción del monto por el que aquella fue trabada.

Resulta lógico que si la situación de riesgo que motiva y justifica la tutela cautelar varía, ya sea aumentando o disminuyendo dicho riesgo, esta también debe modificarse.

Ello está íntimamente vinculado con la instrumentalidad, debido a que si las circunstancias relativas a la cuestión principal que fundamentaron la necesidad de cautela se modifican, la tutela también podrá variar –por ser excesiva o insuficiente–.

6.4. Proporcionalidad

Esta característica tiene que ver con la relación entre el objetivo perseguido por el actor y la medida cautelar. “Lo que sin dudas se busca es el equilibrio entre el derecho que le asiste a todo demandante a la seguridad en el cumplimiento de una eventual sentencia favorable y los derechos del sujeto pasivo a quien afecta la medida” (Lizaso Solís, 2005 p. 11).

Debido a que la imposición de una medida cautelar es una determinación sumamente de la esfera jurídica de la parte que la soporta, debe ser lo menos gravosa posible. Asimismo, debe ser también suficiente para asegurar la efectividad de la sentencia definitiva.

“Es por ello que la extensión de la orden cautelar debe ser la estrictamente necesaria, para así evitar perjuicios innecesarios al demandado, teniendo en consideración que estamos frente a una apariencia de derecho y no frente a una certeza” (Lizaso Solís, 2005 p. 12).

6.5. Urgencia

Dada la imposibilidad de obtener la protección por otros medios, debido a la eminencia del peligro que podría provocar un daño en el derecho o la situación por la cual recae la medida, se respalda la adopción de las tutelas cautelares procesales.

La urgencia está íntimamente relacionada con la inmediatez, es decir, con “la rapidez necesaria para conjurar el peligro de insatisfacción del derecho de quien solicita la aplicación de la medida”.

“Se ha avalado la urgencia en las medidas cautelares, al manifestar que los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es necesario pensar que algunas personas están dispuestas a no acatar esas pautas normativas” (Corte Constitucional de Chile, 2000, p. 34).

6.6. Jurisdiccionalidad

“Partiendo del principio de que la eficacia de la función jurisdiccional del Estado radica en la utilidad que reporten las cautelas procesales, es necesario que su determinación y práctica se encomienden exclusivamente a quienes ejercen dicha función”. Esto quiere decir que los únicos facultados para dictar medidas cautelares son los jueces.

Pese a ello, en algunas legislaciones se le ha otorgado dicha facultad –con carácter de excepción- a árbitros, como es el caso de Uruguay.

6.7. Preventividad

Ella se traduce en la “protección de un derecho sustancial o de una situación jurídica del daño que pueda sobrevenir sobre el retardo en el cumplimiento eficaz de la justicia” (López, 1998, p. 9). Es así que el objeto de las cautelas consiste en eliminar la posibilidad de un daño o impedir que por acción u omisión se produzca el daño temido; de esta forma, el peligro se previene con el ejercicio oportuno del remedio, que deriva de la aplicación de un efectivo instrumento que contraataque preventivamente el daño ocasionado.

7. Controversia de las medidas cautelares innominadas

Se ha dicho que los instrumentos cautelares, por la naturaleza preventiva que poseen, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso en la medida en que restringen un derecho de una persona antes de que ella sea condenada en un juicio. Es por ello que se entiende que existe una clase de tensión o puja entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea vencido en el proceso principal. Es precisamente por esa tensión que la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados.

La medida cautelar innominada ha sido aún más criticada que cualquier otra de esta índole porque además de que entienden que podría llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso como el resto de las medidas cautelares, en el caso de ellas los jueces deben crearlas, excediendo así sus funciones jurisdiccionales.

Asimismo, otro cuestionamiento que surge en relación a las medidas cautelares innominadas es el hecho de que el legislador al regular en el ordenamiento jurídico el dictado de ellas, lo que estaría haciendo es traspasar parte de su función legislativa al juez para que determine las medidas cautelares.

En relación al supuesto de que las medidas cautelares podrían afectar el derecho de defensa y el debido proceso, entiendo que ello no es así por lo siguiente:

En primer lugar, cabe destacar que el juez no está resolviendo sobre el fondo de la cuestión, sino que el objetivo de ellas es, como ya he dicho, la de asegurar el resultado de un proceso para que pueda darse cumplimiento a una futura sentencia. La restricción del derecho a la parte demandada encuentra su fundamento en la necesidad de eficacia de los procesos.

En segundo lugar, entiendo que dictar una medida cautelar no importa un prejuzgamiento y así lo ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el fallo “Serú Giran SA c/ Grinbak, Daniel Ernesto y otro. s/ Incidente de recusación con causa” al indicar que “si bien el prejuzgamiento importa emitir opinión que permita entrever la decisión final de la causa, fuera de su debida oportunidad, tal situación no

queda configurada cuando el juez se ha visto obligado a emitir opinión acerca de algún punto vinculado al fondo de la cuestión para decidir acerca de la admisibilidad de una medida cautelar solicitada.”

En tercer lugar, hay que tener en cuenta una de las características más importantes de las medidas cautelares que es su provisionalidad. Esto quiere decir que estarán vigentes desde su dictado hasta el momento en que la sentencia definitiva se encuentre firme o mientras subsistan las circunstancias fácticas que las justificaron. Es por ello que si cesan las razones que la motivaron, en cualquier momento del proceso, la misma podría cesar también.

En cuarto lugar, resulta fundamental tener en consideración que las medidas cautelares bajo ningún punto de vista se dictan de forma arbitraria, sino que se exige para el despacho de las mismas los presupuestos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, los que deben estar debidamente fundados.

Igualmente, el juez puede ordenar que para que sean despachadas la parte solicitante preste una contracautela, a fin de opere como una garantía del eventual derecho a la indemnización que pudiera obtener la parte demandada de lograr una sentencia favorable por los daños ocasionados. Ello lo que trata de hacer es en cierto modo subsanar el desequilibrio que genera el otorgamiento de una medida cautelar.

Respecto del supuesto que “legislador al regular en el ordenamiento jurídico el dictado de las medidas cautelares innominadas, lo que estaría haciendo es traspasar parte de su función legislativa al juez”, entiendo que no es así porque el poder cautelar genérico ha sido conferido al juez no por una regla o artículo específico del Código Procesal, sino por el marco legal, ya que el Estado demanda tutelar el derecho, y para hacerlo, este resulta imprescindible. El legislador al prever en el texto de la norma de procedimiento el dictado de las medidas cautelares innominadas, no está haciendo otra cosa que reconociendo ese poder cautelar que tiene el juez y delimitando su ejercicio y alcance; de ninguna manera se lo está confirmando, puesto que ya lo tiene.

Por último, en referencia al hecho de que el juez al dictar una medida cautelar innominada está creando derecho, entiendo que lo que está haciendo es más bien garantizando el derecho que tiene todo ciudadano “a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar una regla procesal acorde con las necesidades del derecho material y con los casos concretos” ya que sería no solo ilógico sino también sumamente injusto que

el juez no tenga la posibilidad de tutelar un derecho solo porque el legislador no previó en el texto de la ley una medida cautelar acorde a la necesidad del caso.

CAPÍTULO IV
“EL PODER CAUTELAR
GENÉRICO EN EL
DERECHO
COMPARADO”

1. Desarrollo

“En el derecho extranjero se verifica la existencia de dos sistemas. En primer lugar, aquellos ordenamientos que contemplan el poder cautelar general del juez y los restantes, que regulan las medidas cautelares típicas. En el primer grupo, se encuentran el derecho anglosajón y el alemán” (Martínez Álvarez, 2002, p. 113).

En el derecho anglosajón, se puede observar el hecho de que existe un enorme poder discrecional de los jueces, natural en un sistema de creación y de derecho por el Poder Judicial. Cualquier tentativa de obstaculizarlo se evita con el conocido “desacato al tribunal” que reprime actos que representen impedimentos a la correcta actuación de la función jurisdiccional.

En Bélgica, el sistema de tutela cautelar es concedido antes de iniciado el proceso de conocimiento y ocurre igual con la medida incidental.

El derecho suizo, por su parte, está compuesto por 26 códigos, correspondientes al número de cantones. En principio, todos reglamentan el poder general de cautela haciendo referencia a las medidas conservatorias y anticipatorias aunque luego cada uno de ellos contempla cuestiones específicas.

En el derecho austríaco, el carácter genérico es aún mayor, lo que posibilita al juez adaptar las medidas cautelares a las necesidades del caso concreto. Es aplicable a cualquier situación de derecho sustancial y cabe tanto en la relación de la tutela de conocimiento como en la ejecutiva.

Habiendo realizado una introducción general, a continuación expondré la cuestión respecto de algunos países en particular.

1.1. Alemania

El Código Procesal Alemán prevé en su artículo 938 que “el Tribunal determinará, a su arbitrio, las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate...”. Ello deja entrever el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano jurisdiccional para el dictado de medidas cautelares, tanto es así que algunos doctrinarios alemanes afirmaban que “el Tribunal no está sujeto en esto a limitaciones, pues resuelve de acuerdo con su libre arbitrio” (Rosemberg, 1995, p. 283).

Sin perjuicio de ello, el Código Procesal Alemán contempla los “Einstweilige Verfügungen” (los cuales se tratan de instrumentos que representan una forma de protección legal prevista en la ZPO alemana) cuya finalidad es preservar el derecho de la parte, amenazado por los actos practicados por la obra.

1.2. Bolivia

El Código Procesal Civil de Bolivia contempla el poder cautelar genérico en su artículo 329, el cual dice que “fuera de los casos previstos en los artículos que siguen, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

No caben dudas que la redacción de este artículo es la misma que la del artículo 232 de nuestro Código Procesal Civil de la Nación, el cual permite que el juez a pedido de parte puede dictar medidas que tengan como finalidad asegurar en forma provisoria el cumplimiento de la sentencia.

1.3. Brasil

En nuestro continente, el Código Procesal Civil brasileiro en su artículo 798 autoriza al juez a “determinar las medidas provisionales que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes, antes de la sentencia definitiva, cause al derecho de la otra una lesión grave o difícil de reparar”.

El marco de discrecionalidad que tienen los jueces en Brasil es más limitado que en Alemania, pero ello no quita que puedan dictar medidas cautelares innominadas en el supuesto que se cumplan con el requisito que el artículo exige: que hubiere temor fundado de que una de las partes antes de que termine el proceso, cause al derecho de la otra una lesión, la cual debe ser grave o de difícil reparación.

1.4. Chile

El Código de Procedimiento Civil de Chile, prevé en el artículo 298 que "...Podrá también el Tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen". Sin duda alguna que en este artículo "se introduce una cláusula general cautelar, en virtud de la cual el juez puede ordenar medidas que no se encuentran descritas en la ley" (Lizaso Solís, 2005 p. 13).

Este artículo da origen a las medidas cautelares innominadas, cuya creación está encargada al juez que sustancia la causa.

1.5. Colombia

El Código General del Proceso de Colombia, establece en su artículo 590 que "desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: [...] c) cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, para impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión."

Asimismo, "el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada [...]."

Aquí se puede ver que para dictar una medida cautelar innominada, el juez encuentra como limitación el hecho de que no la puede dictar de oficio, sino que debe ser a petición de parte. Sin embargo, el marco de discrecionalidad se amplía al momento de modificar, sustituir o hacer cesar la medida que se ha adoptado, pudiendo hacer ello de oficio.

1.6. Cuba

En Cuba no existe en materia de procedimiento civil un proceso cautelar, ni siquiera un régimen cautelar propio y específico para esta rama, solo hay regulaciones dispersas. Sin embargo, por extensión, se aplica en sede civil el régimen cautelar previsto en la Ley de

Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) para el procedimiento económico, la cual dispone en su artículo 803 que “el Tribunal podrá acordar como medida cautelar, entre otras, las siguientes: [...] g) cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso.”

1.7. España

La Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 5, posibilita a “... los tribunales – que sean competentes y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida – la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que este expresamente prevista por la ley”, principio que se ratifica en la disposición de su artículo 70, cuando a instancia de parte, le permite “adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave o irreparable”.

Anteriormente al dictado de este artículo en el año 2001, la legislación procesal española ya contemplaba el poder cautelar genérico en el artículo 1428 posibilitando al juez “la adopción de medidas que, según las circunstancias del caso, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de este”.

Cabe destacar que el Código Procesal Civil anterior preveía la adopción de una medida cautelar innominada “bajo la responsabilidad del demandante”, por lo que resulta lógico pensar que para el despacho de la misma se le exigía a este una caución, lo que actualmente no sucede.

1.8. Guatemala

Guatemala, por su lado, considera el poder cautelar genérico en el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, cuyo contenido resulta similar a los desarrollados con anterioridad. Es así que establece que “fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias que,

según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

1.9. Italia

La Norma de Procedimiento Italiano en la sección IV correspondiente a las “providencias de urgencia” prevé el poder cautelar genérico del juez a través de su artículo 700, el cual establece que “fuera de los casos regulados en las secciones anteriores de este artículo, quienes tengan razones fundadas para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho de manera ordinaria, este se verá amenazado por un daño inminente e irreparable, puede solicitar al juez las medidas de emergencia que, según las circunstancias, resulten más adecuadas para garantizar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.”

1.10. México

El artículo 509 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México establece que “antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno.”

Si bien el artículo no dice específicamente que se trata de medidas cautelares, no caben dudas que se está refiriendo a ellas cuando indica que la finalidad de las mismas es mantener la situación de hecho existente. Asimismo, cuando dispone que pueden decretarse “todas las medidas”, entiendo que implícitamente está contemplando a las medidas cautelares innominadas al no limitarse a las que el código enuncia.

1.11. Panamá

El artículo 558 del Código Procesal Civil de Panamá dispone que “además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos

de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios.”

Al igual que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil española, aquel que solicita una medida cautelar innominada debe cumplir con una contracautela, a fin de que esta opere como una garantía del eventual derecho a la indemnización que pudiera obtener de lograr este una sentencia favorable por los daños ocasionados. Asimismo, el artículo no parece prever la posibilidad de que la medida cautelar sea ordenada de oficio, ya que es claro cuando dice “puede pedir al juez [...]”

1.12. Perú

El artículo 632 del Código Procesal Peruano, con énfasis formal contempla la potestad de dictar medidas cautelares innominadas al legislar con carácter excepcional y con este alcance: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista por la ley”.

A diferencia de otras legislaciones, el Código Procesal Peruano le otorga el carácter de excepcional al dictado de esta clase de medida. Esto quiere decir que como presupuesto para la procedencia de la medida cautelar innominada se exige el elemento de la subsidiariedad. Sin embargo en el artículo no se indica si puede ser despachada de oficio o a pedido de parte, por lo que en principio –salvo estipulación en contrario–, otorga al juez un amplio marco de discrecionalidad al momento de dictarla, encontrando su limitación en el hecho de que puede hacerlo solo si la ley no prevé otra medida para el caso.

1.13. Portugal

El Código Procesal portugués, por su parte, establece en su artículo 399 que "cuando alguien muestre un temor fundado de que otra persona, antes de que se presente la acción o esté ella pendiente, cause lesiones graves en su derecho y difícilmente se pueda reparar, puede solicitar, si el caso no se ajusta a ninguno de los procedimientos regulados en este capítulo, las medidas adoptadas para esta situación, a saber, la autorización para realizar

ciertos actos, la citación para que el acusado se abstenga de cierta conducta, o la entrega de bienes muebles o inmuebles, que sea el objeto de la acción, a un tercero, su depositario fiel".

A diferencia de lo desarrollado en otras legislaciones, el Código Procesal de Portugal en cierta forma limita el dictado de las medidas cautelares innominadas a través de la determinación de aquellas que puede adoptar. No parece que el artículo tenga carácter enunciativo, sino más bien me hace pensar que en el supuesto de que una de las partes tenga un temor fundado de que se cause un daño difícilmente reparable a su derecho, el juez puede dictar otras medidas cautelares que no se ajusten a las ya previstas, siempre y cuando sea la autorización para realizar ciertos actos, la citación para que la otra parte se abstenga de realizar cierta conducta o la entrega de bienes que sean objeto del litigio a un tercero.

Asimismo, el hecho de que puede dictar medidas cautelares innominadas "si el caso no se ajusta a ninguno de los procedimientos regulados en este capítulo" deja entrever que las mismas son de carácter excepcional y subsidiarias, al igual que en Perú.

1.14. Suecia

El artículo 3 de la sección 15 del Código Procesal sueco dice que "si una persona muestra causa probable para creer que tiene un reclamo contra otro que es o puede ser la base de procedimientos judiciales, y si posee razonable sospecha de que la parte contraria, al realizar una determinada actividad, dificultará el ejercicio o realización del derecho de ella o reducirá sustancialmente el valor de ese derecho, el tribunal puede dictar una orden de medidas adecuadas para asegurar el derecho del solicitante."

1.15. Uruguay

Por su parte, Uruguay, contempla las medidas cautelares innominadas a través de tres artículos.

El primero de ellos es el 312, el cual expresa que "podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho emerge y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso".

Este se refiere al presupuesto que el Código General del Proceso exige en Uruguay para decretar una medida cautelar, siendo este el peligro en la demora

A su vez, el art. 316 dispone que “el tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables”, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar.

Por último, el artículo 317 dispone que “fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo”.

1.16. Venezuela

En Venezuela, su Código de Procedimiento establece en el artículo 588 que “además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.”

2. Fundamento del análisis con el Derecho Comparado

El desarrollo y abordaje del objeto de estudio en diferentes legislaciones ha sido útil para demostrar que, en numerosos países de Latinoamérica como así también en varios de Europa, ha habido un reconocimiento de la existencia del poder cautelar genérico del juez, el cual se ha plasmado en un artículo de su norma de procedimiento.

Es cierto que no todos lo contemplan de la misma forma: están los que permiten despachar una medida cautelar innominada de oficio, y otros solo a pedido de parte; algunos le otorgan carácter subsidiario y excepcional al ejercicio del poder cautelar genérico, mientras que el resto lo admiten en la medida que sea idóneo; unos indican cuáles son

aquellas medidas que pueden dictarse, mientras que otros se limitan a permitir que se ordenen.

Sin perjuicio de ello, de una forma u otra todos los países analizados entienden que ha sido imposible que el legislador al momento de redactar un código procesal pueda prever todos y cada uno de los supuestos existentes en relación al dictado una medida cautelar, por lo que el reconocimiento del poder cautelar genérico y su regulación legal ha venido a brindar una solución frente a la necesidad de asegurar un derecho y la inexistencia de una medida cautelar que lo tutele.

CAPÍTULO V

“REGULACIÓN LEGAL

DE LAS MEDIDAS

CAUTELARES

INNOMINADAS”

1. La medida cautelar innominada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

El artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

En él, se le reconoce el poder cautelar genérico al juez y se le otorga la facultad de dictar medidas cautelares innominadas. Pero para ello, es necesario que se cumplan determinados supuestos que desarrollaré a continuación.

El primero de ellos es el hecho de tener “fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable”. Indudablemente, el legislador quiso establecer que como presupuestos para el despacho de las medidas cautelares innominadas debía haber verosimilitud en el derecho –por ello dice fundado motivo- y peligro en la demora –de que pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable-.

El segundo de ellos se relaciona con el requisito de que sea a pedido de parte, ya que el código es claro cuando dice “podrá solicitar las medidas urgentes”. Debido a que en ningún momento indica que el juez podría también dictarlas de oficio, entiendo que para el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no resulta posible hacerlo de tal modo, debiendo ser la parte interesada quien la solicite.

El tercer supuesto digno de análisis es el de la evaluación de las circunstancias por parte del juez. Este tiene la tarea de determinar si el derecho invocado es verosímil y si realmente existe un peligro de que el retardo ocasione un daño inminente o irreparable. Asimismo, debe examinar si la medida cautelar innominada es idónea para cautelar lo que se pretende, a los fines de que cumpla su función de forma eficaz.

El último supuesto, tiene que ver con la finalidad de aquella medida urgente que el juez puede dictar a pedido de parte, que no es otra que la de “asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”. Por tal motivo, se está refiriendo específicamente a las medidas cautelares y no a otras.

2. La medida cautelar innominada en el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe

A diferencia de lo que dispone el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la provincia de Santa Fe no existe artículo alguno que prevea expresamente la medida cautelar innominada. Sin embargo, en el título octavo donde se hallan las disposiciones complementarias está el artículo 693, el cual establece que “en caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen en materia procesal.”

En relación a ello, un sector de la doctrina entiende que “el artículo 693 le permite al juez decidir en cada situación concreta el procedimiento por el que deberá tramitar la pretensión deducida, cuando esta se sale de los parámetros tradicionales y es necesario arbitrar los medios a tales fines. Y se lo admite sin límites ni restricciones, al solo resguardo de los principios que rigen la materia y al amparo de la conjunción armónica con el resto de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Y ello así porque ante una verdadera necesidad de justicia, no puede haber silencio, desinterés o excusas como respuesta” (Lépori White, 2006, p. 534).

Es así que mediante una interpretación bastante amplia del artículo, la doctrina le ha dado lugar a las medidas cautelares innominadas entendiendo que cuando hay una necesidad de cautelar un derecho, y no existe ninguna medida prevista en el código que resulte idónea para tal fin, hay sin dudas silencio de la ley y son los jueces quienes tienen que suplir esa falta de regulación para poder dar una respuesta a la pretensión esgrimida por una de las partes.

El problema de la falta de regulación expresa en lo que concierne a las medidas cautelares innominadas es el hecho de que en cierta forma puede generar inseguridad a los jueces que tienen que decidir si otorgarla o no. Lo que sucede es que al no contemplar el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe dicha medida explícitamente, podrían negarse a despacharla argumentando que hacerlo importaría un apartamiento manifiesto de la ley que nada dice sobre ellas. Y allí surgiría el problema mayor, que es la denegación al derecho de tutela judicial efectiva.

La cuestión de la falta de regulación de las medidas cautelares innominadas resulta un problema, también, porque no encuentra delimitación alguna más que la Constitución Nacional y los principios que rigen en materia procesal, generando así un estado de

incertidumbre respecto de hasta dónde llega el poder cautelar genérico y cuáles son sus límites.

¿Se puede otorgar de oficio? ¿Siempre tiene que ser a pedido de parte? ¿Debe ser subsidiaria a las demás medidas cautelares? ¿Qué sucede si hay otra medida que podría cumplir la función de cautelar pero no es tan eficaz como una innominada? Deben ser algunas de las muchas preguntas que se hacen constantemente los jueces santafesinos, porque la regulación legal actual resulta tan genérica que no responde a ninguno de estos interrogantes.

3. Incorporación de la medida cautelar innominada en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Legislación General de la provincia de Santa Fe, en el proyecto de ley n° 34433 que reforma el Código Procesal Civil y Comercial, previó en su articulado a las medidas cautelares innominadas a través del artículo 296, que dice: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, ante un perjuicio inminente e irreparable, y con carácter residual, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente por este Código, aplicando al respecto las normas que mayor analogía presenten con lo peticionado”.

En relación a dicho artículo, resulta importante destacar las siguientes cuestiones que hacen al texto de la norma:

La primera de ellas es el límite que claramente le ponen a los jueces para ejercer el poder cautelar genérico dictando medidas cautelares innominadas. Ello se refleja en la parte que dice “prudencial y excepcionalmente”. Es así que determina que no se puede otorgar una medida cautelar de este tipo en forma ordinaria, siendo ellas medidas de excepción. Asimismo, cuando indica que pueden decretar en forma prudencial, se refiere específicamente a la cuestión de pensar sobre los riesgos posibles que conlleva otorgar dicha medida, y adecuar o modificarla con la finalidad de no producir perjuicios innecesarios.

La parte que dice “ante un perjuicio inminente e irreparable” no trae nada nuevo en relación a las legislaciones que contemplan a las medidas cautelares innominadas, pero sí

resulta sumamente novedoso respecto de lo que se encuentra previsto hoy en día en el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, ya que actualmente solo se habla de “silencio u oscuridad”.

Cuando dice “con carácter residual”, se está refiriendo a que el poder cautelar genérico “debe ser ejercido solo para los supuestos no contemplados, tipificados o previstos expresamente” (Simons Pino Adrián, 2008, p. 834).

Asimismo, en relación al carácter residual, se ha discutido acerca de la ubicación de la norma que prevé las medidas cautelares innominadas. Autores como De los Santos o Peyrano sostienen que debe conservar la ubicación prevista al final del capítulo correspondiente a las medidas cautelares –tal como se encuentra ubicado en el proyecto de reforma expuesto–. “En la vereda de enfrente, Rivas sostiene que por el contrario, dicha norma es la llave que permite la apertura a todo el sistema cautelar, propugnando que la misma origina el poder cautelar general, siendo el resto de las cautelas especiales, excepciones a ese principio general” (Barucca, 2012, p.27).

En lo referente al hecho de que se pueden decretar “medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente”, surge una cuestión diferente a lo normado por el Código Procesal provincial vigente y por el nacional, ya que no solamente permite que se dicten medidas cautelares innominadas, sino que además prevé el otorgamiento de cualquier otra que sea urgente. Un claro ejemplo de ello sería el supuesto de las medidas autosatisfactivas.

Esto es así porque el artículo no indica la finalidad que debe perseguir el dictado de la medida, como sí establece el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que dispone el dictado de medidas urgentes que “fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”. Esta última parte sin dudas está condicionando al juez, indicándole en forma explícita para qué debe dictar la medida, y excluyendo aquellas que no persiguen dicha finalidad.

Por último, pero no por ello menos importante, quedaría analizar de qué forma han de otorgarse las medidas cautelares innominadas. Como ya he expuesto, en algunas legislaciones en las que el juez tiene un amplio margen de discrecionalidad puede decretarlas de oficio; en otras el código de procedimiento limita la actuación del órgano jurisdiccional, permitiendo que solo tramiten a instancia o petición de parte; y asimismo hay legislaciones que nada dicen acerca de ello.

El proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe nada dice acerca de ello, por lo que presumo que podrían decretarse tanto a pedido de parte como también de oficio.

Además, si el juez está facultado para dictarlas sin que sea solicitada por ninguna de las partes, podría igualmente sustituirla por una más idónea si la cuestión se modifica o incluso en caso de que soliciten una medida cautelar nominada que no sea la adecuada para tutelar un derecho, tendría la facultad para decretar una innominada siempre que ella resulte más eficaz.

CONCLUSIONES FINALES

Partiendo de la hipótesis ya enunciada de que el ejercicio del poder cautelar genérico es necesario para lograr una tutela judicial efectiva, he podido concluir lo siguiente:

En primer lugar, el poder cautelar genérico es una potestad que le ha sido conferida al juez no por una norma específica, sino por el marco legal, debido a que el Estado demanda tutelar el derecho y para ello, resulta imprescindible que se le brinden herramientas que posibiliten dicha tutela, como es el caso de las medidas cautelares.

En segundo lugar, como el legislador al redactar la norma de procedimiento no ha podido prever todos y cada uno de los supuestos dignos de cautelar, es fundamental que el juez tenga la posibilidad de crear medidas cautelares que resulten adecuadas según el caso concreto, a fin de asegurar el resultado de la sentencia. El rol de los jueces ante estas situaciones es, básicamente, arbitrar los medios necesarios para tutelar un derecho cuando las medidas cautelares resultan inidóneas o insuficientes en relación al objeto de la demanda.

En el supuesto de que los jueces no tengan permitido decretar medidas cautelares innominadas, podría ocurrir que aquella persona a quien le han hecho lugar a la pretensión que ha esgrimido, no pueda lograr la ejecución de la sentencia que reconoce su derecho, o sea, hacer que se cumpla. Es así que se generaría una doble insatisfacción de su pretensión: una extrajudicial –por parte del demandado– y otra judicial –ocasionada por el Estado–. En tal caso, se estaría nada más y nada menos que frente a una vulneración al derecho de tutela judicial efectiva.

Asimismo, es innegable la importancia del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva ya que constituye el derecho a hacer valer los otros derechos. Si el Estado no les garantiza a los particulares, al menos, un acceso irrestricto al sistema de justicia y un proceso como es debido, ¿qué confianza tendrían en el órgano judicial para solucionar sus conflictos o satisfacer sus pretensiones?

A su vez, resulta fundamental que dicho ejercicio del poder cautelar genérico se encuentre regulado expresamente en la norma de procedimiento a fin de que establezca los alcances y límites del mismo, tal como lo han hecho numerosas legislaciones internacionales e incluso todas las provincias de Argentina.

Por último, cabe destacar que no se puede hablar de una tutela judicial efectiva sin la regulación de instrumentos como las medidas cautelares innominadas que sean apropiados, idóneos y expeditos ante la vulneración de derechos de los particulares, ya

que la urgencia no puede esperar los tiempos razonables de la justicia, y en definitiva, “la justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta” (Barbosa, 1920, p, 9).

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA Hugo. “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 1957.
- ALVARADO VELLOSO Adolfo. “Cautela procesal” – “Crítica a las medidas precautorias”, 2008.
- AYARZA Soledad y Marcos PEYRANO, “Dimensiones del principio de tutela judicial efectiva y su proyección como acción preventiva”.
- BARBOSA Ruy. “El deber del abogado”. 1920.
- BARUCCA Mario César, “El poder cautelar de los jueces: ¿existe realmente o es una forma activista de violar el derecho de defensa de las partes?, XXIV encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 2012.
- CALAMANDREI Piero – “Derecho Procesal Civil”. p 225.
- CALAMANDREI Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. 1945.
- CALDERÓN CUADRO María Pía. “Medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”. Madrid, 1992.
- CASAL Jesús M. “Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia”. Venezuela, 2005.
- CHIOVENDA, José. “Principios del Derecho Procesal Civil”. Madrid, 1977.
- Corte Constitucional de Chile, sentencia C490, 2000
- CSJN, 30-5-95, ‘Baliarda SA c/ Mendoza, Prov. de s/ acción declarativa’. 2011.
- DE LOS SANTOS Mabel. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar”. 2002.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L.; LEONARDI DE HERBÓN Hebe M. "El Arbitraje, 1998.
- GELSI BIDART Adolfo. “Medidas cautelares”, curso de Derecho Procesal, FCU, Montevideo. 1977.

- GUIMARAES RIBEIRO, Darci. “La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva”, Barcelona 2004.
- GRILLO Iride. “El derecho a la tutela judicial efectiva”. SAIJ 2004.
- HOTHAM Richard “El proceso cauto (Contribución al Estudio sistemático de las Providencias cautelares) en Biblioteca de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales.
- JOVÉ María. “Medidas cautelares innominadas en el proceso civil”. 1995.
- KIELMANOVICH Jorge. “Medidas cautelares”. Buenos Aires, 2002.
- KLETT Selva. “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay”, Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal.
- LIZASO SOLÍS Oscar. “Las medidas cautelares innominadas en el Proceso Civil”. Valdivia, 2005.
- LÓPEZ Gregorio. “Extinción del dominio, alterabilidad y medidas cautelares en el proceso penal”. 1998.
- MARINONI, Luiz. “Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”, Lima 2007.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo. “Poder Cautelar Genérico Jurisdiccional”. 2002.
- PÉREZ RÍOS Carlos. “Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano”. 2010.
- PEYRANO Jorge W. “Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido”.
- PEYRANO Jorge W. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, 2001.
- PEYRANO Jorge W. “Medida cautelar innovativa”.
- PEYRANO Marcos. “Los Procesos Urgentes y el Derecho de Defensa”, 2001.

- PODETTI, José. “Tratado de las medidas cautelares”.
- ROSEMBERG Leo. “Tratado de Derecho Procesal Civil”. 1995.
- ROTONDO TORNARÍA Felipe. “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración”. 2008.
- SARDÁ María Jesús. “Medidas cautelares innominadas: análisis en el proceso laboral”. Valparaíso, 2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 977, de 8 de enero de 2008.
- SIMONS PINO Adrián. Poderes Jurisdiccionales: El dilema entre el Juez activo y el Juez autoritario.