

LAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES

I-Introducción

El filósofo francés contemporáneo, de raíces estructuralistas, Gilles Deleuze -autor, junto a otros muchos libros, de “Diferencia y repetición” (1968)- es conocido como el pensador “de la diferencia”. Aprovecharemos sus enseñanzas –algunas de ellas compartidas con Félix Guattari- utilizándolas como herramientas para mejor comprender ciertas peculiaridades que muestra el sistema cautelar nacional actual , que lo distinguen, grandemente, del canon cautelar prevaleciente durante décadas en la materia.

En “El anti-Edipo”, escrito en colaboración con Guattari, Deleuze explica su difundida noción sobre la “línea de fuga”, diciendo que es una suerte de válvula de escape de un sistema u orden establecido. Expresa así que “abrir una línea de fuga es zafar de las codificaciones y ejercer lo inédito. Todo acontecimiento que pueda ser una línea de fuga cuestiona la fortaleza del orden establecido. La creación siempre se produce sobre una línea de fuga, que es una huida por la cual se abandona lo que debía ser en pos de algo diferente. Tal huída no constituye una renuncia a la acción porque es un movimiento absolutamente activo”. Y es cierto porque la aparición de una “línea de fuga” conlleva algo nuevo y creativo, diferente a lo que existía hasta entonces.

Extrapolaremos, cuidadosamente, dicha concepción al ámbito del dogma precautorio, conforme el cual, por ejemplo, no puede otorgarse por vía cautelar lo que es un tema de la futura sentencia de mérito (1)

Aparece como “línea de fuga” del referido dogma cautelar, el precedente “Camacho Acosta” (2), donde existió la necesidad de generar, pretorianamente ,una nueva herramienta (la tutela anticipada), que es una tutela coincidente (3) porque la necesidad del justiciable (de obtener precautoriamente una prótesis bioeléctrica para su antebrazo seccionado dado que la demora impediría colocarla en el futuro), legitimó el abandono de la ortodoxia en el referido caso otorgándose precautoriamente lo que era materia de la sentencia de fondo.

Las percepciones de que el canon cautelar no puede reclamar plena vigencia en la especie, de que las herramientas cautelares con que se cuenta resultan inadecuadas en un supuesto dado para prestar una protección cautelar idónea y de la necesidad de adoptar nuevas medidas de

implementación respecto de las precautorias existentes, son las causas próximas del surgimiento de las denominadas “medidas cautelares diferentes” o heterodoxas.

II- Percepción de la necesidad de flexibilizar el canon cautelar

A renglón seguido enumeraremos sólo algunas de las hipótesis en las cuales no se ha podido preservar a todo trance el ideario cautelar clásico,

1- *Acentuación del análisis de la verosimilitud del derecho material alegado.*

Aquí aludiremos al fenómeno consistente en el surgimiento de instrumentos cautelares que requieren la concurrencia de una dosis mayor de verosimilitud de la habitual; es decir de un *fumus boni iuris* denso para que se despache favorablemente una precautoria. Así, en algunas hipótesis y seguramente por influencia de las características del derecho de fondo debatido y/o del volumen de los intereses involucrados, se reclama del órgano jurisdiccional –habitualmente poco atento en lo que concierne al rubro – un proceder más vigilante. Buena muestra de este tipo de heterodoxias lo proporcionan las leyes 24.481 y 25.859 (4) que, claramente, exigen acreditar con intensidad la verosimilitud del derecho material alegado; constituyendo un requerimiento especial y superior a la media exigible para la generalidad de los casos.

Igualmente, sirve de ejemplo el presente ítem la tutela anticipada porque la medida cautelar innovativa que invariablemente la motoriza en la Argentina, luego de “Camacho Acosta”, reclama una fuerte intensidad de apariencia de buen derecho en cabeza de la actora (5)

2- *Las medidas cautelares con alguna sustanciación previa.*

Sin perjuicio de la existencia de algunos regímenes legales de dudosa constitucionalidad, que en materia de cautelares contra entidades estatales imponen un previo traslado a los destinatarios, se está abriendo paso – pretoriana y legalmente- la idea de no hacer funcionar, a pleno y en todos los casos, al *nemo audiatur et altera par* en terreno cautelar. No es inusual que estrados judiciales en hipótesis de precautorias de máxima energía (medidas innovativas o prohibiciones de innovar) concedan un traslado o fijen una audiencia para darle la chance de ser oído previamente al destinatario de la cautelar. Ya nos hemos preguntado acerca de “¿por qué seguir ciegamente observando el modelo cautelar clásico, cuando,

palmariamente, no existe tal riesgo de insolvencia en cabeza del beneficiario de la cautelar correspondiente? Por qué, por ejemplo, se lo priva al destinatario de una innovativa de la posibilidad de ser oído antes de su despacho cuando, a todas luces, las circunstancias del caso indican que no se cierne el peligro de la insolvencia en virtud de plurales motivos (calidad extramatrimonial) del debate, notoria y abultada solvencia del destinatario, etc.)”(6).

También aquí, la protección cautelar en materia de patentes de invención presenta una heterodoxia, que contempla “la designación previa de un perito oficial para que se expida sobre la validez de la patente y la existencia de la infracción como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar en dicha materia” (7).

3-Visualización de los presupuestos cautelares (apariencia de buen derecho, peligro en la demora y contracautela) como interrelacionados entre sí y recíprocamente influyentes.

El epígrafe se refiere a la doctrina pretoriana de los vasos comunicantes que considera a los tres presupuestos cautelares como interrelacionados y recíprocamente influyentes (8). Así, por ejemplo: a) si la actora exhibe una muy fuerte verosimilitud del derecho material alegado, suelen aminorarse las exigencias en materia de contracautela y llegar hasta la dispensa de ésta; b) si la demandante invocare y demostrara *prima facie* la concurrencia de un grave riesgo para su persona y/o patrimonio, pueden dejarse un tanto de lado las exigencias en lo que atañe a la verosimilitud del derecho.

4-La desjudicialización de las medidas cautelares.

Dejamos para el final, este preocupante apartamiento - que se da en el marco de lo que se ha dado en llamar “apoderamiento del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo” (9)- del canon cautelar. Forma parte de éste, claro está, el monopolio de los jueces sobre la potestad cautelar. Sin embargo, tal concepción presenta signos de crisis. Veamos.

La conocida ley 25.329 (10) de reforma tributaria autoriza que, luego de presentada la demanda, un cobrador fiscal con su sola firma y sin participación judicial, embargue y desembargue bienes de los contribuyentes. Más grave aún y con ribetes indudablemente inconstitucionales, es la resolución normativa N° 14/09 dictada por la Agencia Recaudatoria de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) que sin

ninguna intervención judicial puede formular (y lo hace) una “determinación administrativa de lo adeudado” y ejecutarla de inmediato merced al “régimen de retenciones bancarias” que instaura; retenciones que pueden concretarse sobre fondos depositados en entidades bancarias existentes dentro y fuera de la Provincia de Buenos Aires. Por fortuna, en fecha reciente, el tribunal cimero nacional *in re* **“Asociación de Bancos de la Argentina c /Buenos Aires- Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”**, declaró inconstitucional dicho régimen en lo atinente a depósitos efectuados en bancos existentes fuera de la Provincia de Buenos Aires.

También contemporáneamente han aparecido las llamadas medidas preventivas administrativas (11) o medidas policiales de consumo, que si bien no son estrictamente cautelares (12)- porque no son accesorias ni dependientes de otras actuaciones administrativas o judiciales y se limitan a decretar el cese de un accionar violatorio del régimen de orden público tutelar del consumidor y del usuario (13)-, de todos modos se emplazan en un confín próximo que podría llamarse paracautelar. Estamos aludiendo a las mencionadas medidas preventivas administrativas que son resoluciones de organismos administrativos que poseen contenido jurisdiccional y que ordenan, básicamente, abstenerse o cesar en determinadas conductas reñidas con los derechos de consumidores y usuarios. Vaya un ejemplo: decretar el cese de una publicidad comercial engañosa. Y cuáles son los órganos administrativos que pueden dictar tales medidas preventivas administrativas? La regla es que las autoridades de aplicación (o alguna dependencia delegada) de las leyes que de un modo u otro protegen a derechos de consumidores y usuarios (que son los derechos susceptibles de ser tutelados por el dictado de medidas preventivas administrativas), son las habilitadas para despachar medidas preventivas administrativas. Así, en el ámbito nacional la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y del Consumo y la Dirección Nacional de Comercio Interior han decretado medidas del tipo que venimos estudiando. Siempre en el orden nacional cabe acotar que el Tribunal de Defensa de la Competencia (autoridad de aplicación de la ley 25.156) está plenamente habilitado para emitir lo que también constituyen medidas preventivas administrativas. En algunas provincias (Buenos Aires, San Juan), se han dictado leyes locales

autorizando el despacho de medidas preventivas administrativas a autoridades de aplicación lugareñas.

Finalmente, debe consignarse lo siguiente: a) la estructura normativa central de las denominadas medidas administrativas preventivas está dada por el artículo 45 de la ley 24.240 reformado por la ley 26.361 y por el artículo 35 de la ley 25.156; b) por supuesto que las medidas obtenidas merced al régimen paracautelar establecido en defensa del consumidor y del usuario, se encuentran sujetas a un contralor judicial “suficiente y efectivo”(por lo común, asegurado por vía recursiva) después del precedente “Fernández Arias” (14).

III. Percepción de la falta en la panoplia cautelar de una herramienta idónea para el caso o de la necesidad de adoptar nuevas modalidades de implementación

Puede acontecer –y de hecho acontece- que las particularidades del caso determinan que las medidas cautelares nominadas resulten inidóneas. Es menester, entonces, recurrir al poder cautelar genérico (15) y así diseñar una nueva herramienta cautelar diferente de las existentes. Ello sucedió, verbigracia, en ocasión del nacimiento de la medida cautelar innovativa. Se trató del caso “Bortulé Néstor c/ Jockey Club de Rosario” (16). En dicha causa, un jockey había sido inhabilitado para ejercer su profesión durante varios años. Disconforme, promovió un juicio de conocimiento postulando la nulidad de la sanción, pero, además, solicitó una prohibición de innovar tendiente a que se le permitiera seguirse desempeñando como jinete profesional mientras se sustanciara (seguramente, durante varios años) el juicio principal (17). En primera instancia, se denegó la cautelar solicitada diciendo que una prohibición de innovar no es retroactiva en Santa Fe (y en muchas otras provincias) y puesto que la sanción ya estaba aplicada, no correspondía levantarla cautelarmente.(18) En segunda instancia e invocando principios constitucionales, se acordó la referida protección cautelar a Bortulé. Tal proceder judicial dio pie a que luego la doctrina autoral descubriera en dicho fallo el germen de la medida innovativa –que se caracteriza por su retroactividad (19)- que hoy es una realidad legislativa (20) y pretoriana indiscutible en nuestro país.

Asimismo, puede darse que se perciba la necesidad de adoptar nuevas modalidades de implementación (21) a medidas con afinidades cautelares.

Es el caso, verbigracia, de lo acontecido en “Fregiati” (22), donde se impuso a un padre (residente en el extranjero y sin casi contacto con su hijo) la obligación de adquirirle una computadora a su vástago y mantener un contacto electrónico con él de manera periódica, en determinados horarios y en sesiones de video chat para que ambos “puedan verse y hablar por Internet con uso de cámaras”.

IV. Cierre.

Las susodichas percepciones señaladas más arriba son la antesala de “líneas de fuga” que han importado alguna suerte de apartamiento del canon cautelar y que ha derivado en la aparición de “medidas cautelares diferentes” a las tenidas en cuenta por el ideario prevaleciente.

Siempre siguiendo a Deleuze, destacamos que todo se “codifica” para un mejor y más fácil consumo, y de tal manera se van construyendo los canones que gobiernan los distintos sectores de la sociedad y a sus quehaceres. No escapa a dicha constante el Derecho Procesal Civil donde también se ha procurado “codificar” (usando, su sentido sociológico) todo para un mejor y más fácil consumo por parte de los operadores del sistema. Empero, ello no descarta que concurriendo una válida “línea de fuga” o válvula de escape del canon respectivo, corresponda apartarse de éste.

Las “medidas cautelares diferentes” son las consecuencias de “líneas de fuga” que han venido a oxigenar y a actualizar al sistema precautorio (23).

JORGE W. PEYRANO

- NOTAS -

- (1) **KIELMANOVICH, JORGE**, “Tutela urgente y cautelar” en J.A. 1999-IV-1030: “Por otra parte, no concebimos a la pretensión o acción cautelar como la misma acción o pretensión de fondo deducida en el proceso, no sólo porque no necesariamente se verifica la presencia de la segunda en el proceso principal, sino porque aquélla, si bien apunta a la tutela de otro derecho, no se confunde con éste ni por su objeto ni por su causa: el “derecho” a solicitar el embargo de un bien no “es” ni se identifica con el derecho a obtener, por caso, la escrituración prometida (el cumplimiento del contrato), por más que aquél dependa del segundo, hasta el punto de que se puede tener derecho a la cosa prometida pero no a obtener su embargo, vgr.si no se acreditase el peligro o la demora o si el bien hubiese ya salido del patrimonio del deudor” También Carlos Camps –en su trabajo “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada” en J.A. 1999-III-1091 –señala lo siguiente: “Ocurre que, para la jurisprudencia tradicional, el objeto de la cautela- al ser vista como una medida meramente conservatoria-no podía coincidir con la cosa reclamada y que sería dada recién mediante la sentencia”.
- (2) Puede consultarse en Revista de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, N° 1, página 385 y siguientes.
- (3) **PEYRANO, Jorge W.**, “A propósito de una medida innovativa usada para conceder una tutela anticipada” en El Derecho, boletín del 14 de octubre de 2009 página 1: “El despacho favorable de una verdadera tutela anticipada involucra el otorgamiento de parte (o de todo) de lo pretendido por el actor antes de que se hubiera consolidado una cosa juzgada en su favor. Dicho anticipo implica la prestación de una tutela coincidente porque el contenido de la cautela pedida y obtenida concuerda con la materia que podrá tener en un futuro la sentencia de mérito”
- (4) **CASSAGNE, Juan Carlos**, “Sobre la protección cautelar y las patentes medicinales” en La Ley 2007-C página 200 y siguientes.
- (5) Desde el precedente “Camacho Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los posteriores, igualmente han exigido una intensidad de verosimilitud en la apariencia de buen derecho, mayor

en la tutela anticipada que en la autosatisfactiva (conf. “Escolio sobre los *leading cases* cordobés y platenses en materia de tutela anticipada”), por Jorge W. Peyrano, en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, página 163 y siguientes).

- (6) **PEYRANO, Jorge W.**, “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en “Problemas y Soluciones Procesales” Rosario, 2008, Editorial Juris, página 201.
- (7) **PEYRANO, Jorge W.**, “Influencias del Derecho de fondo sobre el régimen cautelar” en Revista de Derecho Procesal n° 2009-2, Editorial Rubinzal Culzoni, página 37.
- (8) **PEYRANO, Jorge W.**, “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, página 201: “En la actualidad, muchos estrados judiciales enfrentados a situaciones de excepción consideran que no deben concebirse a los susodichos recaudos como compartimientos estancos sino cual si fueren “vasos comunicantes”, vale decir, como si se tratare –como enseña el Diccionario de la Real Academia Española –de “recipientes unidos por conductos que permiten el paso de un líquido de unos a otros”, lo que entraña que cuando asciende el contenido de uno desciende en otros y viceversa. Cuando se traduce dicha concepción a lo concreto se tiene que si, por ejemplo, se registra una acentuada verosimilitud del Derecho, se podrá ser menos exigente a la hora de graduar la contracautela y hasta a dispensar la prestación de ella”
- (9) Dicho “apoderamiento” no sólo se registra en lo concerniente a la usurpación de facultades judiciales por parte del Poder Administrador, sino también en otros muchos aspectos relacionados con la independencia judicial. Sobre el punto, puede consultarse con provecho la excelente investigación de Alfredo Di Iorio titulada “Apuntes para el estudio del apoderamiento del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo”, en Jurisprudencia Argentina, boletín del 5 de agosto de 2009, página 2 y siguientes.
- (10) **PEYRANO, Jorge W.**, “Procesos cautelares, urgentes y tuitivos de la ley” en La Ley, boletín del 14 de mayo de 2009, página 2: “La ley 25.329 de reforma tributaria ha venido a modificar el artículo 18 de la Ley de Procedimientos Fiscales estableciendo en su artículo 92 la

autorización para que un simple cobrador fiscal (agente fiscal, lo llama pomposamente) ordene, con su sola firma y sin participación judicial, embargos y desembargos. Recientemente, la Administración Federal de Ingresos Públicos se ha autolimitado en la materia, cuando se tratara de embargos de cajas de seguridad; autolimitación concretada mediante el dictado del decreto n° 33/2009”.

(11)**ALVAREZ LARRONDO, Federico**, “Las medidas preventivas administrativas en el Derecho del Consumidor”, en La Ley, boletín del 6 de febrero de 2008.

(12)Sin embargo, en algún precedente se han calificado a las medidas preventivas administrativas como cautelares. Así aconteció en una resolución de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, de Buenos Aires, comentada en el trabajo citado en la nota anterior.

(13)**RUSCONI, Dante** “La protección de consumidores y usuarios como función esencial del Estado Argentino”, trabajo publicado en “Ejercicio de la Función Pública. Ética y Transparencia” (homenaje al profesor Bartolomé Fiorini), obra colectiva dirigida por Inés D’Argenio, La Plata 2007, Editorial Platense.

(14)Vide Fallos 247, 646.

(15)**DE LOS SANTOS, Mabel**, “La medida cautelar genérica o innominada” en “Tratado de las Medidas Cautelares”, obra colectiva coordinada por Jorge W. Peyrano, Editorial Panamericana N° 4, Santa Fe 1997, página 135 y siguientes.

(16)Conf. Jurisprudencia Argentina 1977 III, página 62.

(17)**PEYRANO, Jorge W.** “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires 1981, Editorial Depalma, página 56.

(18)**PEYRANO, Jorge W.**, “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa” en “Medida innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, página 26: “El criterio predominante coincide en desconocerle potencialidad retroactiva a la prohibición de innovar que sólo vincula a partir de su notificación al destinatario”

(19)Ibídem, página 26: “Como fuere, lo cierto es que una de las singularidades de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de

manera contraria a derecho. Su partida de nacimiento, justamente, fue la respuesta a una situación donde resultaba inidónea la prohibición de innovar porque se debían revertir las cosas a un estado anterior”

(20) Así, verbigracia, se ha incorporado recientemente al texto expreso del C.P.C. de la Provincia de Corrientes.

(21) Usamos la voz “implementación” con el significado de dotar de los medios necesarios para llevar a cabo una cosa.

(22) Se trata de la resolución dictada el 30 de diciembre de 2008, dentro del expediente n° 3589/08, por mano del juez del Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, Dr. Ricardo Dutto.

(23) **ROJAS, Jorge**, “Sistemas cautelares atípicos”, Santa Fe 2009, Editorial Rubinzal Culzoni, *passim*.