



Jorge W. Peyrano^(*)

Influencias del **derecho de fondo** sobre el régimen cautelar

“(…) PARA QUE CONCURRA UN PROCESO “ÚTIL”, DEBE EXISTIR UN RÉGIMEN CAUTELAR ÁGIL, POLIFACÉTICO, QUE POSIBILITE QUE EL ACREEDOR-DEMANDANTE PUEDA CAUTELAR, DESEMBARAZADAMENTE, BIENES SUFICIENTES PARA SUJETARLOS A FUTURAS Y EVENTUALES EJECUCIONES”.

Conocido es que la autonomía del Derecho Procesal y su progreso científico ha ido de la mano de su diferenciación -vislumbrada por los procesalistas en los albores del siglo XX- del derecho material o de fondo. Recuérdesse que durante muchos años se consideró al Derecho Procesal Civil como un capítulo más del Derecho Civil. Ello fue tan así que durante muchos años el Derecho Procesal Civil fue enseñado, bajo el título “Procedimientos Civiles”, en unas pocas bolillas de alguno de los “Civiles” que integraban la carrera de Abogacía. Tanto era así, insistimos, que voces jurídicas prestigiosas sostenían que, contrariamente a la tesis clásica de Gorostiaga, el Código Procesal Civil podía ser dictado por el Congreso Nacional y tener vigencia en todo el país, apoyándose en la siguiente argumentación *a fortiori*: si la Legislatura nacional, conforme con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, puede sancionar el Código Civil, con mayor razón estaría en condiciones de dictar un Código Procesal Civil con imperio en todo el territorio nacional, dado que esto último vendría a ser una suerte de facultad accesoria o implícita poseída por el órgano jurídico habilitado para sancionar los códigos privados de fondo.

Seguramente, los defensores de la tesis de la autonomía científica del Derecho Procesal, exageraron en alguna medida y así, inadvertidamente, se comenzó a generar un Derecho Procesal aséptico, insensible y ciego a una realidad palmaria: el Derecho Procesal Civil es un derecho instrumental cuya razón de ser estriba en procurar hacer realidad los derechos prometidos -sólo prometidos- por el Código Civil y por el Código de Comercio. Sobre el particular, dice Monroy Gálvez: “Si se quisiera explicar, desde la perspectiva del proceso, la razón por la cual éste es

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Abogado por la facultad de Derecho de Rosario. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.



insuficiente para soportar la exigencia de concretar la eficacia de los nuevos derechos, creemos que podría afirmarse lo siguiente: la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales -en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho- determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma, en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los cuales iba a servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada a extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos materiales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia⁽¹⁾.

Lo arriba señalado acarreó dos consecuencias, igualmente equivocadas: (i) la idea de que ninguna influencia debe poseer la naturaleza y características del derecho material a aplicar respecto del montaje procesal instrumentado para su tutela⁽²⁾; y, (ii) el nacimiento de la ilusión de que, en cualquier caso, el proceso instrumentado viene a ser neutral e inocuo a la hora de intentar hacer realidad los derechos prometidos por los códigos sustanciales⁽³⁾. La verdad es otra. El montaje procesal escogido -vale decir, el procedimiento regulado- es crucial a la hora de proporcionar probabilidades de funcionamiento eficiente a un entramado de normas de fondo. Cabe memorar que una cabal comprensión de lo que es la eficacia jurídica se alcanza cuando se lo internaliza como un valor opuesto a lo que es quimérico o dudoso. Pues bien: la eficiencia procesal, en particular, se da cuando concurre un proceso eficiente. ¿Cuál es éste? Pues aquél que presta el Servicio de Justicia en tiempo y forma adecuados a la situación de que se trate. Será, entonces, sinónimo de “proceso adecuado” a las circunstancias del caso. Pero, además deberá ser un “proceso útil”, en el sentido de que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica sin resonancias prácticas en la vida y patrimonio de los justiciables. La sumatoria de lo “adecuado” y de lo “útil” configura un proceso eficiente. Veamos algunos ejemplos de “inadecuación” y

“(…) CONGRUO RESULTA QUE PARTIENDO DE LA PREMISA DEL CARÁCTER FUERTEMENTE PREVENTIVO DEL DERECHO AMBIENTAL, SE HAYA DISEÑADO UN RÉGIMEN CAUTELAR ACORDE QUE INCLUYA A LA PROTECCIÓN CAUTELAR OFICIOSA”.

de “inutilidad”. Primero: una persona es víctima de un ilícito civil y pese a la palmaria responsabilidad del victimario, el juicio que le promueve aquél durará, al menos, un par de años. Sucede que la víctima desarrolla un grave mal que exige atención médica permanente e ingentes gastos de farmacia. Si no se le permitiera obtener-cumplidas ciertas condiciones-la tutela anticipada mediante la cual se le entregue, por lo menos, algo de lo que reclama, estaríamos ante un verdadero proceso “inadecuado” en relación de las circunstancias del caso planteadas. Segundo: el justiciable del ejemplo -que es una persona del común y que no soporta situación afligente particular alguna- goza para hacer valer sus derechos de un modelo procesal que le proporciona magistrados “activos” que dictan sentencias prestas, y habilitados para prestar plurales tutelas diferenciadas. Pero con ello no es bastante para diseñar un sistema elogiado porque falta algo para que pueda ser considerado eficiente. Es que para ser tenido por tal, el modelo debe ser “útil” o “fructuoso”, vale decir, idóneo para encarnar la sentencia en la realidad, ¡en fin! para ejecutarla. Por supuesto que, para que concurra un proceso

- (1) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada*. En: *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Palestra, 2004. p. 808.
- (2) PEYRANO, Jorge W. *Qué es y qué no es una tutela diferenciada*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Rubinzal Culzoni, 2008-2. p.23.
- (3) BERIZONCE, Roberto. *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Rubinzal Culzoni, 2008-2. p.36.



Jorge W. Peyrano

“útil”, debe existir un régimen cautelar ágil, polifacético, que posibilite que el acreedor-demandante pueda cautelar, desembarazadamente, bienes suficientes para sujetarlos a futuras y eventuales ejecuciones.

Todo lo apuntado demuestra que no puede ni debe elegirse cualquier estructura procesal, sino la más conveniente según fuere la índole del derecho material por el que se quiere velar; exigencia que se extiende también a lo concerniente a la materia cautelar. En realidad, pudo y debió ser siempre así. Empero, la aparición contemporánea de nuevos y singulares derechos (de tercera y cuarta generación) requiere un maridaje todavía más atento entre el derecho material y las estructuras procesales elaboradas para su defensa y prevalecencia. Bien dice Monroy Gálvez que estos nuevos derechos “tienen, como resulta obvio, otro tipo de rasgos. Así, se trata, por un lado, de derechos infungibles⁽⁴⁾ y por otro, de derechos que no soportan el transcurso del tiempo del proceso. Queremos decir con ello que, además de nuevos, estos derechos requieren una cobertura judicial urgente, porque si van a ser resueltos una vez concluido un proceso ordinario -por citar un ejemplo- el agravio a su titular se convertiría en definitivo y el proceso habría significado una actividad infructuosa. El tiempo -esa “cueva de ladrones” como lo llamó Benedetti- se va a tragar a todos los nuevos derechos si se pretende que su eficacia se concrete a través de un proceso con cognición plena. Digamos que los nuevos derechos le planteaban al procesalista un reto de supervivencia: o se cambia sustancialmente el proceso a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias de la sociedad, o se le hace perecer⁽⁵⁾. Por nuestra parte, hemos afirmado “que la aparición de la sociedad de masas ha provocado el nacimiento de nuevos derechos materiales⁽⁶⁾, singularizados por ser infungibles (lo que deriva en la necesidad de formas de ejecución que aseguren el cumplimiento *in natura* de las condenas judiciales) o por adaptarse mal a los tiempos propios

de los mecanismos procesales corrientes⁽⁷⁾, a lo que se agrega que urgencias propias del titular de un derecho viejo también pueden determinar que el solemne *ordo iudiciorum* y sus derivados, algo más aligerados, no resulten aptos para satisfacer las legítimas expectativas de aquél a gozar de una jurisdicción oportuna. Los mencionados nuevos derechos son, entre otros, los derechos personalísimos que solo poseen las personas físicas y que abarcan la protección del nombre, de la imagen, de la honra, de la salud, de la disposición del propio cuerpo, etcétera; derechos que son innatos, vitalicios, esenciales y relativamente indisponibles. Asimismo, y entre tantos otros, la preservación del daño ambiental⁽⁸⁾, los derechos de autor y de invención revisten, igualmente, en la aludida categoría de “nuevos derechos”⁽⁹⁾.

En el presente, nos limitaremos a formular una aproximación a un tema que todavía está en agraz, pero cuya pujanza ya se advierte. Nos estamos refiriendo al de las protecciones cautelares *ad hoc* o específicamente ajustadas a las características del derecho de fondo que se procura preservar; cuestión ésta sobre la que hablamos por vez primera hace poco tiempo⁽¹⁰⁾. Nos explayaremos, también, sobre algunas hipótesis en las cuales la singularidad del derecho material a aplicar han influido sobre el diseño de las cautelares correspondientes. No lo haremos, en cambio, sobre supuestos ocurridos en los cuales se ha proyectado una instrumentación precautoria

(4) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op.cit.*; p.808.

(5) *Ibid.*; p.807.

(6) PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*; p.22.

(7) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*; passim.

(8) PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*; pág.22.

(9) *Ibid.*; p.22.

(10) PEYRANO, Jorge W. *Procesos cautelares, urgentes y tuitivos de la ley. Tendencias sistémicas*. En *La Ley*, boletín de 14 de mayo de 2009, p. 3: “Está por verse si no ha nacido el germen de una nueva tendencia caracterizada por la aparición de protecciones cautelares específicamente ajustadas a las singularidades del derecho de fondo que se procura preservar. Sería el caso de la protección cautelar en materia de patentes de invención”.



Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar

diferente a la habitual, exclusivamente en atención al sujeto demandado, en la especie el Derecho nacional y otras entidades nacionales y paraestatales⁽¹¹⁾.

Para mejor ilustrar acerca de lo que venimos exponiendo, recurriremos a ejemplos; todo sin otra pretensión que la de alertar sobre que, de alguna manera, el proceso civil argentino está siguiendo aguas (claramente, al menos, en terreno cautelar) también recorridas por el proceso civil francés; donde hoy se habla sin tapujos de la ventaja de tener cada día más en cuenta las peculiaridades del derecho de fondo respectivo cuando se estructura su tutela procesal.

Comenzaremos por traer a cuento la protección cautelar en la temática de patentes de invención montada por las leyes 24481 y 25859, comentadas exhaustivamente por Cassagne⁽¹²⁾. En la actualidad, se contempla la designación previa de un perito oficial para que se expida sobre la validez de la patente e inexistencia de la infracción, como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar en dicha materia⁽¹³⁾. Tal exigencia apunta a acreditar más intensamente la verosimilitud del derecho alegado por el requirente de la cautelar y constituye un requerimiento especial y superior al reclamado respecto de las cautelares en general. Seguramente, la complejidad técnica⁽¹⁴⁾ que presupone el análisis acerca de la existencia de un uso contrario a derecho de una patente y la irreparabilidad de perjuicios en términos reales (derivados de la posibilidad de afectar irreversiblemente a una cartera de clientes tan propia

del ámbito que venimos examinando), hayan hoy provocado la viabilidad legal de medidas cautelares en general y no únicamente del “incidente de explotación” previsto por la antigua ley 111⁽¹⁵⁾. Ciertamente que el empleo de medidas cautelares innovativas⁽¹⁶⁾ en el campo de la preservación de las patentes de invención es muy habitual. Esto último, explica y justifica que se reclame al juez de la causa un análisis particularmente severo del derecho alegado por el peticionante de la precautoria⁽¹⁷⁾ contribuyendo, claro está, al mejor resultado de dicho análisis la producción de la susodicha pericial.

Otra muestra: las medidas cautelares familiares que tienen por marco normativo sustancial los artículos 148, 231, 233, 375, 471 y 1295 del Código Civil. La pluralidad de normas legales citadas, sería casi suficiente para acreditar la fuertísima influencia que poseen las normas de fondo respectivas sobre las características y alcances de la llama tutela cautelar familiar. Además, sabido es que: “a las cautelares familiares sólo se les aplicarán las normas procesales -que son de jerarquía normativa inferior a las normas civiles- de modo subsidiario. Así, por ejemplo sería válido

(11) CASAGNE, Ezequiel. *Proyecto de ley polémico sobre medidas cautelares contra la Administración Pública*. En *La Ley*, boletín de 27 de julio de 2009.

(12) CASAGNE, Juan Carlos. *Sobre la protección cautelar y las patentes medicinales*. En *La Ley* 2007-C, p. 200 y siguientes.

(13) BENSADÓN, Martín. *Ley de Patentes Comentada y Concordada con el ADPIC y el CONVENIO DE PARIS*. LexisNexis. p.465.

(14) CASAGNE, Juan Carlos. *Sobre la protección cautelar y las patentes medicinales*. En *La Ley* 2007-C, p. 200 y siguientes.

(15) BENSADÓN, Martín. *Op. cit.* P. 470. Asimismo, este autor destaca la posibilidad de que, contrariamente a lo que acontece en materia cautelar general, se decreten en ciertos casos protecciones cautelares en materia de patentes de invención, con previa sustanciación.

(16) PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma, 1981. p 21: “Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. Advértase la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (v.gr embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.) ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”.

(17) *Ibid.*; p 24.



Jorge W. Peyrano

integrar el artículo 1295 del Código Civil -que no contempla la inhibición como cautelar que pueda postularse en el seno de un juicio de divorcio- con las previsiones del Código Procesal Civil correspondientes, que seguramente si contemplará tal posibilidad. En cambio, la mayoría de la doctrina autoral estima que el instituto de la caducidad de la cautelar (por no interponerse la demanda ulterior dentro del plazo legalmente fijado al efecto) no puede funcionar en materia cautelar familiar porque la legislación civil no lo prevé ni lo regula⁽¹⁸⁾. Y qué decir de la particular susceptibilidad al transcurso del tiempo que presenta la materia familiar y que igualmente opera en relación de las cautelares familiares. En otra ocasión, hemos consignado que “La materia familiar es fluida y cambiante, por lo que el transcurso del tiempo influye sobre las bondades de las decisiones cautelares familiares. Se ha dicho, con razón que las resoluciones cautelares familiares estarían sujetas a una suerte de cláusula *rebus sic stantibus* que determina que deba considerarse -con mayor énfasis aún que en materia precautoria general- que tales decisiones no causan estado y que pueden mutar tantas veces como fuere necesario. Pruebas al canto: la diferencia entre un niño de dos años y un adolescente de catorce es palmaria y puede variar conspirar contra una tenencia ya acordada; el cambio de la situación de fortuna del alimentante y/o del alimentado puede radicalmente la entidad económica de una prestación alimentaria”⁽¹⁹⁾.

Constituye otra prueba de las influencias que venimos pormenorizando, la posibilidad de que el juez interviniente en causa ambiental pueda decretar oficiosamente -¡nada menos!- una protección cautelar. Ello surge del tenor del artículo 32 de la Ley General del Ambiente, Ley 25675⁽²⁰⁾. Es que la citada ley 25675 -afortunado reflejo de la sanción del artículo 41 de la Constitución Nacional en su versión de 1994, también

llamada cláusula ambiental de la Constitución- ha legislado en la materia ambiental como correspondía, y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, tiende en mayor medida a prevenir y a conjurar el deterioro ambiental que a operar sobre sus consecuencias ya consumadas⁽²¹⁾. Así es que privilegia el principio de prevención en su artículo 4⁽²²⁾. De tal modo, se regula adecuadamente el énfasis preventivo que necesariamente debe animar al Derecho Ambiental. Sobre el punto, Bustamante Alsina enseña: “Énfasis preventivo”. Aunque el Derecho Ambiental se apoya en un dispositivo sancionador, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. Ciertamente que la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención en cuanto que lo que pretende es precisamente, por vía de amenaza, evitar que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción, pero en el Derecho Ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los graves daños ocasionados al ambiente”⁽²³⁾. En el mismo sentido, otras autorizadas opiniones asignan al aludido “énfasis preventivo” la calidad de ser uno de los rasgos distintivos del Derecho Ambiental⁽²⁴⁾. Frente a lo susodicho, no puede extrañar que se conceda a los jueces la atribución de decretar protecciones cautelares de manera oficiosa.

(18) PEYRANO, Jorge W. *Anotaciones sobre algunas singularidades de la tutela cautelar familiar*. En *Revista de Derecho de Familia*. LexisNexis, Abeledo Perrot, nº 39. p.100.

(19) *Ibid.*; p.103.

(20) Artículo 32 de la ley 25.675: En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia, de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

(21) MENÉNDEZ, Augusto. *La Constitución Nacional y el Medio Ambiente*. Mendoza: Cuyo, 2000. p.42.

(22) Artículo 4 de la ley 25.675: Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

(23) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 1995. p.50.

(24) STIGLITZ, Gabriel. *El daño en el medio ambiente en la Constitución Nacional*. En la obra colectiva *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997. p. 320.



Repárese en que al Derecho Ambiental se le asigna el deber de prevenir todo posible atentado contra, por ejemplo, la biodiversidad, la integridad de hábitats naturales, la calidad de vida muchas veces afectada por vías plurales (contaminación atmosférica, del agua, ambiental, el cambio climático en curso, etcétera).

Así las cosas, congruo resulta que partiendo de la premisa del carácter fuertemente preventivo

del Derecho Ambiental, se haya diseñado un régimen cautelar acorde que incluya a la protección cautelar oficiosa.

En todos los ejemplos aportados -y hay más- se nota sin dificultades la gravitación que ejercen las singularidades del derecho de fondo prometido -que ha sido violado o desconocido- sobre el montaje procesal cautelar instrumentado en vista a que el proceso principal correspondiente, en términos tangibles, sea eficiente; es decir que no se traduzca en una resolución judicial lírica que declare buenas intenciones en vez de movilizar derechos y hacer cumplir deberes jurídicos.

