

La “performatividad” en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano

Jorge W. Peyrano

Juez de Cámara de Rosario, Argentina.

Un agradecimiento muy especial al Dr. Juan Monroy Gálvez quien gentilmente cediera el presente artículo para su publicación.

“Cuando las respuestas que nos ordenaban el mundo se transforman en preguntas nuevamente”

I. INTRODUCCION

Estamos en las puertas del tercer milenio. En rigor de verdad, ya vivimos otro clima, ya percibimos y apreciamos otros valores. No existen compartimientos estancos porque todo está impregnado por una nueva forma de «ver y hacer las cosas». Ni mejor ni peor. Distinta. Congruo es que tampoco el proceso civil, como creación humana que es, pueda escapar a lo que es la constante de la hora actual. Así es que hoy se habla como de una realidad presente y operativa, del Derecho procesal postmoderno y de sus características, entre las cuales se destaca la «performatividad»¹. Sobre el particular, hemos dicho que «Típica entonces, es la preocupación actual por lo que se conoce como performatividad; vale decir interesarse sobremanera por la eficacia. A tal punto ello es así que suele decirse que la eficacia es el imaginario social central de la sociedad postmoderna, todo lo cual revierte en que hoy las argumentaciones valederas y realmente legitimantes carezcan de grandes palabras que son reemplazadas por datos objetivamente comprobables»². Una vez más debemos re-

cordar que el valor justicia funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero - claro está la justicia pareciera ser un valor estático que se deja adorar y desear pero nada más. Es decir que, por ejemplo, estimula el apetito de los sujetos del proceso (juez y partes), por alcanzarlo, pero no alumbrando el camino que debe seguirse en su procura. Precisamente tal función instrumental es cumplida por el valor jurídico eficacia que predispone todo (desbrozando y alumbrando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso) en miras a hacer más llana y segura la siempre ríspida ruta que conduce al valor justicia. Los justiciables de hoy ya no se contentan con una justicia «pro forma» o con sentencias líricas. Hemos tenido oportunidad de señalar que apetencia de justicia real que impregna el ánimo del hombre de hogaño, dista mucho de la resignación del hombre de antaño que, habitualmente, bajaba su cerviz ante el hecho consumado de la injusticia perpetrada en su detrimento. Vivimos una época que resultaría del beneplácito de Ihering. Aquí y ahora se lucha por el propio derecho de manera casi encarnizada. Parece, entonces, que el imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones jurídicas, capaces de abastecer el valor «eficacia» para que así resulte en definitiva eficazmente surtido el valor «justicia»³.

1. Otras notas son: el fin de las ideologías procesales, el pragmatismo que ha florecido en la aparición de una «praxiología procesal», la pérdida de interés por los «grandes temas» (la acción, la jurisdicción y el proceso, por ejemplo) y el mayor énfasis puesto en encarar temas puntuales (acceso a la justicia, protección de los intereses difusos) menos especulativos y más rendidores en términos concretos, la crisis de la visualización de las resoluciones judiciales como silogismos «perfectos» propios de la Lógica Formal y la comprobación de que el razonamiento jurídico está gobernado por una Lógica Específica distinta de la Lógica Formal. Sobre el particular, puede consultarse «El Derecho Procesal Postmoderno» en «Procedimiento Civil y Comercial», por Jorge W. Peyrano, Rosario, 1991, Editorial Juris, Tomo I, pág. 6 y ss.

2. *Ibidem*, pág. 3.

3. PEYRANO, Jorge W., «El Valor Eficacia en el Proceso Civil Contemporáneo», En «Cuestiones de Derecho Procesal», Bs.As.1980, Editorial La Ley, pág. 19/20.

A punto tal ello es así, que algunos pensamos que -casi insensiblemente y como respondiendo a una convocatoria inarticulada- cada vez más autores se alistan en lo que se puede denominar Escuela Eficientista del Derecho procesal⁴, que supera, trasciende y es algo distinto de la Escuela procesalista que hasta ahora se consideró vigente y triunfante. Y si por algo se caracterizan los embanderados en la referida nueva «Escuela», es por abjurar de llevar a cabo especulaciones inconducentes y por tratar de tener presente, siempre, que el proceso no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un instrumento para hacer realidad los derechos sustantivos prometidos por la ley de fondo.

Existen caminos alternativos para arribar a un proceso verdaderamente «Instrumental» y eficaz, y son de lo más variados. Veamos. Van desde practicar judicialmente -cuando corresponde- una interpretación por el resultado del ordenamiento aplicable⁵ para así descartar soluciones legales que a todas luces arrojan resultados que no pueden haber sido queridos por el legislador⁶, hasta hacer valer instituciones diseñadas para operar en otras áreas. En tal sentido, puede citarse el caso de las condenas «abiertas» o «de ejecución permanente»⁷, categoría afín pero distinta a la más conocida de las «condenas de futuro» en el juicio de desalojo⁸. Dicha clase de condenas de «ejecución permanente» resultan particularmente eficientes para ahorrarle al actor la tarea de repetir demandas idénticas ante previsibles futuros incumplimientos por parte de un demandado que se ha mostrado pertinazmente remiso a cumplir en tiempo y forma una prestación continuada (por ejemplo, tal categoría

podría tener aplicación en materia de defectuosa prestación de servicios telefónicos). Pero también los caminos alternativos de los que venimos hablando pasan, derechamente, por generar nuevas figuras jurídicas que permitan acceder más llana y rápidamente a que cada uno tenga lo suyo.

Desde ya, es menestar dejar establecido que el nuevo Código Procesal Civil peruano bien puede ser calificado como un código del «tercer milenio» en mérito de las múltiples innovaciones que incorpora y de la forma en que privilegia el valor procesal «eficacia». En efecto: ya desde el vamos anuncia que privilegia el derecho a la tutela judicial efectiva⁹ y se preocupa, además, por no dejar dudas acerca de que «la finalidad concreta del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales»¹⁰.

Pero no concluye todo en declaraciones, más o menos líricas, de buenos deseos, sino que el legislador peruano se «arremanga» y pone manos a la obra para plasmar concretos logros (especialmente en materia cautelar) que representan no sólo una innovación profunda en lo que hace al propio ordenamiento procesal civil peruano sino también un inusitado avance para la Procesalística moderna en general.

Así es que cuando leímos por vez primera el código que estamos comentando, comprobamos, alborozados, que se habían «materializado» legalmente la medida cautelar innovativa¹¹, el cateo del embargado¹² y varios «poderes de hecho de los jueces»¹³, temas que nos son tan caros como el afecto del padre por el hijo. Verlos así plasmados, constituye el mejor

4. PEYRANO, Jorge W. y Julio O. Chippini, «El Cuarto Estadio de los Conocimientos Procesales: El Eficientismo Procesal» En La Ley, año 1984-A, pág. 884.
5. PEYRANO, Jorge W. «La Interpretación por el Resultado en general y con particular referencia a la Ley Procesal Civil», En «El Proceso Atípico» Bs.As.1983, Editorial Universidad, pág. 161 y ss.
6. Recientemente, hemos leído una resolución de la Sala IV de la Cámara Federal de La Plata, del 17 de marzo de 1992 (recaída en los caratulados : « DAPOTO, Marta Susana y Otros c. Presidente de la Univ. Nac. de La Plata s/amparo»), donde se descartó la aplicación legal que «prima facie» correspondía en materia de apelación (apelación con efecto suspensivo) aunque se tratara de tema cautelar, y así reputar operativa la apelación sin significar una frustración del adecuado servicio de justicia, especialmente inconveniente por la materia «sub-lite» (se trataba de un amparo).
7. Conf. «Condena de Futuro», por Carlos COLOMBO, En «Revista Argentina de Derecho Procesal» No. 1, Bs.As.1979, Editorial La Ley, pág. 60 y siguientes.
8. PEYRANO, Jorge W. y Julio O. Chipinni, «La Condena de Futuro en el Desalojo», En «El Proceso Atípico-Parte Segunda», Bs.As., 1984, Editorial Universidad, pág. 165 y ss.
9. Artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil de Perú: «Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso».
10. Artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil de Perú: «Fines del Proceso e Integración de la Norma Procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad abstracta del proceso es resolver un conflicto de intereses a través de una decisión justa que propicie la paz social y que su finalidad concreta es hacer efectivos los derechos sustanciales...».
11. Conf. Artículo 682 del Nuevo Código Procesal Civil de Perú.
12. Conf. Artículo 653 del Nuevo Código Procesal Civil de Perú.
13. Vide, entre otros, los artículos 662, 666, 667 del Nuevo Código Procesal Civil Peruano.

premio para quien ha observado, perplejo, que su ideas (y las de muchos que piensan parecido) triunfan en los estrados judiciales y también en los certámenes científicos pero sin alcanzar, todavía, una clara adhesión en el plano legislativo. No creemos que en lo dicho concorra una suerte de vanidad personal. Sí, un tanto de desconcierto por lo que nos parece una actitud desconectada de la realidad que golpea, infructuosamente, puertas ante oídos todavía sordos pero que, seguramente, se abrirán de multiplicarse emprendimientos como el representado por el nuevo Código Procesal Civil de Perú.

II. APRECIACION GLOBAL DEL NUEVO PROCESO CAUTELAR PERUANO

Los artículos 608 al 687 del novísimo cuerpo de procedimientos civiles peruano, encierran la regulación del proceso cautelar.

En líneas generales y excepción hecha de algunos supuestos aislados -de los cuales daremos cuenta «infra» y a cuyo respecto plantearemos «tercerías»- suscribiríamos, orgullosos, la susodicha normativa.

Se trata de una regulación moderna, prudente y al mismo tiempo audaz, al incorporar plurales innovaciones. Guarda así el delicado equilibrio que reclama el tema cautelar.

Seguidamente, efectivizaremos una sumaria visión global del contenido del título IV de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil de Perú, producto de las leyes 25282, 25321 y 25735; sin perjuicio de examinar, por separado y más en profundidad, las instituciones incorporadas que se nos ocurren más salientes.

Como harto se sabe, tres son los recaudos de ordinario requeridos para el despacho de cualquier

diligencia cautelar: verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y prestación de contracautela. Al respecto, hemos apuntado que: «Los presupuestos del despacho de cualquier medida cautelar son: verosimilitud o apariencia del derecho invocado (fumus bonis iuris), peligro en la demora (periculum in mora) y contracautela. Mientras los dos primeros hacen a su procedencia, el último atañe al cumplimiento de la medida precautoria de que se tratare»¹⁴.

Ahora bien: el moderno derecho es y debe ser «flexible»¹⁵ debiendo ponderarse que también en materia jurídica «las ideas rígidas y excluyentes ya no disfrutan de buen cartel»¹⁶. Cuantitativamente cuando se trata del ámbito de lo cautelar que es lo más instrumental¹⁷ de lo que ya es de por sí instrumental, es decir, del proceso en general que no posee una razón de ser autónoma sino en función de «hacer efectivos los derechos sustanciales»¹⁸. A la luz de todo ello, sólo puede suscitar complacencia el artículo 611¹⁹ donde, provisoriamente, se «flexibiliza» la necesaria concurrencia de un recaudo de procedencia de las diligencias cautelares y admite que pueda haber otras razones que el peligro en la demora, que justifiquen su despacho²⁰. Igualmente, pensamos que podría encontrar cabida en los anchos y nada pétreos pliegues del referido dispositivo lo que se conoce como «interdependencia» de los recaudos requeridos para obtener el libramiento de una diligencia cautelar. Conforme a tal concepto, el cumplimiento cabal y hasta si se quiere exagerado de algún recaudo en particular, puede, en algún caso, redundar en que el órgano jurisdiccional aligere un tanto la ponderación de la concurrencia de algún otro requisito²¹.

Particularmente elogiable es la exigencia de que se forme un «cuaderno cautelar»²², y también la aclaración postrera que se hace que apunta evitar posibles entorpecimientos de la marcha del principal con motivo de la confección de aquél.

14. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial», Rosario, 1983, Editorial Zeus, pág. 69.

15. CARBONNIER, J., «Derecho flexible para una Sociología no rigurosa del Derecho», Madrid 1974, *passim*.

16. PEYRANO, Jorge W., «El Derecho Procesal Postmoderno», pág. 3.

17. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de.....» pág. 69.

18. Vide artículo III, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil Peruano.

19. De aquí en más, al mencionar artículos daremos por sobreentendido que estamos aludiendo a normas del nuevo ordenamiento Civil Peruano.

20. «Artículo 611 Contenido de la decisión cautelar.- El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal».

21. Vide resolución de la Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto (Santa Fe), dictada en los caratulados «Cerealera San Gregorio S.R.L.- Inconstitucionalidad - Medida cautelar Innovativa» donde se declarara lo siguiente: «Los requisitos necesarios para la procedencia de una medida cautelar se hallan relacionados entre sí de tal modo, que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del «fumus bonis iuris» se puede atenuar. En Zeus, boletín del 20 de marzo de 1992.

22. «Artículo 640.- Formación del cuaderno cautelar.- En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia certificada de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este cuaderno está prohibido el pedido del expediente principal».

A través de los artículos 620 y 621²³ -que disciplinan la cancelación de la contracautela prestada y la fijación de responsabilidades por medidas precautorias obtenidas innecesarias o maliciosamente- el codificador peruano ha resuelto expresamente cuestiones que, de ordinario, quedan libradas al criterio judicial con el margen de inseguridad y de falta de certeza que ello involucra.

Resulta plausible la buena doctrina adoptada como regla en todo el ámbito cautelar de la apelabilidad «sin efecto suspensivo» (o con efecto devolutivo, lo mismo da), según surge de numerosas disposiciones²⁴. Eso sí: no compartimos el criterio del artículo 664²⁵ en cuanto otorga apelación sin efecto suspensivo contra una decisión judicial de clausurar el local de un negocio. Es que en algunos casos la clausura de un local acarrea la pérdida irreparable de clientela y de aptitud para producir beneficios. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de una clausura de un local dedicado al esparcimiento nocturno ambiente tan sensible a todo aquello que pueda ser interpretado, aunque sea equivocadamente, como síntoma de la existencia de una clientela poco honorable o de la participación en negocios turbios. Por ello es que creemos que en la especie la apelación debería ser «con efecto suspensivo». Qué podemos decir nosotros de la incorporación de la medida cautelar innovativa²⁶, del cateo del embargado²⁷ y del respeto evidenciado hacia los poderes de hecho de los jueces²⁸, cuando hemos sido sus más fervientes defensores. Tanto es así que nos ocuparemos por separado y más en detalle de dichas incorporaciones.

Para concluir este análisis necesariamente sumario y provisorio, señalamos el acierto consistente en

haber regulado la prohibición de innovar²⁹ diferenciándola claramente de la medida cautelar innovativa.

III. PODERES DE HECHO DE LOS JUECES

Son el cúmulo de previsiones que debe adoptar un juez para obtener una ejecución eficiente de su mandato. Vaya como ejemplo el siguiente. No es suficiente con que el magistrado decrete un embargo sobre bienes muebles del demandado, sino, además, debe facultar al oficial de justicia interviniente a allanar los domicilios que fuera menester y a cambiar cerraduras (si se previera que tal necesidad pudiera presentarse). Es preciso subrayar que tan importantes cuestiones «de detalle» pueden también ser objeto de un mandato judicial posterior y «complementario».

Lamentablemente en este campo de la concreta ejecución de sus propios mandatos, nuestros jueces no se hallan cómodos³⁰ y congruo es que así sea porque tal incomodidad responde a toda una concepción del sistema procesal que, por ejemplo, los inhibe de requerir la colaboración del propio embargado para materializar el embargo decretado³¹, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares. Ahora bien: no se piense, a raíz de lo que venimos diciendo que los poderes de hecho de los jueces sólo se ejercitan cuando de trabar embargo sobre bienes muebles se trata.

Así tanto para el dictado de una prohibición de innovar como de una medida cautelar innovativa, se prescribe una gran precisión en la resolución judicial correspondiente y también que la misma sea lo más circunstanciada posible³². Igual precisión se reclama

-
23. «Artículo 620.- Cancelación de la contracautela.- Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho».
- «Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará los costos y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez remuneraciones mínimas vitales y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados».
24. Conf. Artículo 617, 621, 637, 660.
25. «Artículo 664.- Conversión de la recaudación.- Si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede solicitar al juez la clausura del local del negocio y la conversión del embargo de intervención a depósito. El Juez resolverá previo traslado al afectado por el plazo de tres días, y atendiendo al informe del interventor y del veedor, si lo hay. Contra la resolución que se expida procede apelación sin efecto suspensivo.»
26. Artículo 682.
27. Artículos 641 y 653.
28. Artículos 644, 652, 662, 666, 667, 671, 672.
29. «Artículo 687.-Prohibición de Innovar.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hechos o de derechos presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».
30. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI Julio O., «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria», En Tácticas en el proceso civil, T.III, pág. 95, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1990.
31. PEKELIS, Alejandro, «Técnicas jurídicas e ideologías políticas» En La Ley, tomo 29, p.838.
32. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», Bs.As.1981, Editorial Depalma, pág.33.

cuando se trata de describir el «mal mayor persuasivo» propio de la medida conminatoria³³.

En realidad y como ya se ha expresado, cualesquier orden judicial puede ser objeto del ejercicio de los llamados «poderes de hecho de los jueces (concomitantemente, con su dictado o después y de modo «complementario»).

En la materia, el nuevo ordenamiento procesal civil peruano constituye un alarde de preocupación para, de alguna forma, «aliviar» a los jueces de la pesada y difícil tarea de imaginar (para prevenir las) situaciones a tener en cuenta durante el desarrollo de alguna diligencia procesal. Por supuesto que siempre la realidad supera a la imaginación y consiguientemente a cualquier previsión del codificador, por lo que, seguramente, muchas veces los magistrados peruanos deberán sacar, de todos modos, de su propia galera la solución (previsión) del caso. Como fuere, representa un avance evidente -y también una guía para perfeccionar previsiones pretorianas complementarias- la incorporación de tantas y tantas regulaciones expresas de «poderes de hecho del órgano jurisdiccional»³⁴. A modo de muestra de lo que venimos señalando puede citarse la institucionalización del «descerraje»³⁵ para ejecutar, llegado el caso, medidas cautelares ordenadas, e igualmente la muy circunstanciada manera de labrar el acta de embargo o secuestro que prescribe el artículo 644³⁶.

En suma: el codificador peruano no ha trepidado en descender al terreno de las «instrumentaciones concretas» del proceso cautelar; temática por lo común harta descuidada y hasta diríamos que menospreciada por el legislador.

IV. CATEO DEL EMBARGADO

Tradicionalmente se ha interpretado por «catear» la acción de examinar -aun de modo compulsivo- las ropas del sujeto pasivo de una diligencia de embargo, con el propósito de descubrir bienes susceptibles de ser cautelados. Se trata, pues, de descubrir bienes «ocultos», debiendo entonces diferenciarse tal caso del representado por el hecho de que puede suceder que el sujeto a embargo lleve sobre sí y a la vista, verbigracia, alhajas. Es que en el último de los supuestos, hay consenso acerca de la embargabilidad de los bienes que el deudor lleva sobre su persona y a la vista³⁷. Aunque, también, se considera cateo tal como lo dispone el artículo 513 del Código Civil italiano de 1940 «...la apertura de puertas, escondrijos o recipientes» que pudieran ocultar bienes valiosos de pertenencia del embargado.

Curioso destino el del «cateo del embargado». Aceptado hasta por la doctrina más clásica -y valgan como ejemplos de lo expresado las opiniones de Alsina³⁸ y de De la Colina³⁹ - nunca disfrutó de buen nombre y, por consiguiente, el foro en general no se sintió jamás movido a echar mano a tan importante vía para, en casos extremos y cuando correspondiera, asignarle verdadera eficacia a un proceso destinado a frustrarse en los hechos a raíz de conductas obrepticias del deudor moroso. Ciertamente es que no existe en el ordenamiento procesal civil argentino una disposición que expresamente convalide el cateo pero tampoco incide una norma que lo prohíba.

En otra oportunidad⁴⁰, tuvimos ocasión de exponer nuestro convencimiento acerca de que la mentada resistencia a incluir entre las herramientas cautelares

33. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «Poderes de hecho de los jueces...» pág 100.

34. Conf. artículo 652, 662, 666, 677, 671, 672.

35. «Artículo 641.- Ejecución de la medida.- La ejecución de la medida será realizada por el Auxiliar jurisdiccional en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar».

36. «Artículo 644.- Identificación de los bienes embargados o secuestrados.- En la ejecución del embargo o secuestro el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario: la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a ésta».

37. FERNANDEZ, Raymundo, «Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, concordado y comentado», Buenos Aires, 1932, pág 300.

38. ALSINA, Hugo, «Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial» 2a. edición, Buenos Aires, 1963, Ediar, Tomo V, Pág. 51.

39. DE LA COLONIA señala que: «Si es lícita la fuerza para rescatar del ladrón la prenda hurtada, ¿Por qué no ha de serlo para que el deudor para que con los dineros o valores que lleva encima?», cit. por Alsina, Ob.cit, Tomo V, pág. 51 al pie.

40. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «Procede el cateo del embargado?», En «Tácticas en el proceso civil», Santa Fe 1983, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 144.

al cateo del embargado, radica en la eventual existencia de lo que se conoce en doctrina como «ius hominis in re ipsum». Tal «derecho natural» (dejando por ahora de lado nuestro criterio personal acerca del mismo) no es otra cosa que un pretendido derecho sobre la propia persona, un derecho sobre el propio cuerpo, que permite no sólo disponer de él, sino también prohibir a los demás la ejecución de aquellos actos que menguen la potestad que le pertenece sobre su propio cuerpo y facultades físicas. Tal derecho es susceptible de ejercicio, a condición que no viole un derecho social o un derecho privado⁴¹. El precitado derecho, fue objeto de medulosos estudios en el siglo pasado, no faltando quienes parecen entender que su existencia inspiró Vélez Sarsfield el dictado de, por ejemplo, los artículos 65 y 78 del Código Civil⁴².

Pero a todo esto acontece de que estamos firmemente persuadidos que el «ius hominis in re ipsum» no es más que «una creación producto de un jusnaturalismo racional tardío, inspirado —eso sí— en el loable (por entonces) deseo de colocar más y más vallas entre el Estado (siempre amenazante) y el ciudadano (siempre amenazado). Pero de ahí a reconocerla raíces verdaderas y no adventicias, media un largo camino»⁴³, con lo que desaparece el único «aval» jurídico que vislumbramos en favor de la improcedencia del cateo.

De cualquier modo, lo cierto es que nuestras raíces latinas y nuestra herencia hispana contribuyen en mucho a que, equivocadamente, pueda considerarse al cateo como un avance sobre la persona o, más modernamente, sobre los derechos humanos.

Así es que resulta especialmente meritorio que el nuevo ordenamiento procesal civil peruano no haya vacilado en incorporar explícitamente al cateo al rimerio de soluciones cautelares posibles. Y lo ha hecho de un modo amplio, sin retaceos. Repárese que el artículo

653 que lleva por título «cateo en el embargo en depósito» y que reza «Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que éste le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del embargado, respetando el decoro de ésta» acepta todas las variantes conocidas en la materia.

V. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

La medida innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal 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 un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispones que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente⁴⁴. Dicha figura cautelar, a estas alturas cuenta con un robusto cuerpo doctrinario⁴⁵ y ya son múltiples los certámenes científicos donde se ha proclamado la necesidad de agregarla, expresamente, a la panoplia de útiles cautelares⁴⁶.

Y qué decir de las numerosas decisiones judiciales en las cuales, explícitamente, se ha invocado la doctrina pretoriana de la medida cautelar innovativa⁴⁷.

Sin embargo hasta ahora y excepción hecha quizás del texto del artículo 280 del Anteproyecto del

41. LOSSONA, Carlos, «Teoría general de la prueba en derecho civil», traducción de Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1913 Editorial Hijos de Reus, Tomo IV, pág. 567.
42. ACUÑA, Alfredo, «La pericia ofrecida por el marido para comprobar la impotencia de la esposa. Obligación de que la mujer no resiste la prueba y detalles sobre su cumplimiento.» En *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 50, pág. 949.
43. PEYRANO, Jorge W, en la Ponencia que lleva por título «La inspectio corporis en sede civil», presentada al XII Congreso Nacional de Derecho Procesal.
44. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial», Rosario, 1983, Editorial Zeus, pág. 85
45. Vide entre otros PEYRANO, Jorge W., «La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza», En *Cuestiones de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1980, Editorial La Ley. PEYRANO, Jorge W. «Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional», En *jurisprudencia Argentina 1977-III* pág 63. CHIAPPINI, Julio O. «Adventicios alcances de la medida cautelar innovativa», en Zeus, tomo 29 J-45; PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI Julio O., «Voz medida innovativa» En *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo V, Aéndice pág.476 PEYRANO, Jorge W. «Pasado y presente de la medida cautelar innovativa», En *Procedimiento civil y comercial*, tomo 1, Rosario 1991, Editorial Juris, pág 45. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «la medida cautelar innovativa y los procesos conexos», En *Tácticas en el proceso civil*, Santa Fe 1983, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo 1, pág 121.
46. El rimerio, el ya casi mítico X Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, Celebrado en Salta en mayo de 1979.
47. Conf. por ejemplo, la jurisprudencia espigada desde la página 55 de «Medida cautelar innovativa», por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, Editorial Depalma.

Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica⁴⁸, no conocemos ley adjetiva alguna que, sin tapujos, regule la medida innovativa. Merece, entonces, encomio la actitud del codificador peruano que no sólo ha hecho lo que otros no se han atrevido sino que ha acuñado para tal fin una fórmula propia y, en líneas generales, afortunada. Estamos hablando del art. 682 que dispone: «Medida Innovativa. Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración por el demandado es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley». A renglón seguido, lo analizaremos.

Plausible es la enfática aclaración acerca de que se trata de una diligencia «excepcional» y de naturaleza «subsidiaria». En tal sentido, cuadra traer a colación que hace ya once años decíamos que el tribunal requerido para que despache una diligencia cautelar innovativa debe -aparte de analizar si concurren en la especie los cuatro recaudos mencionados- verificar si se da la circunstancia extraordinaria que termina de justificar el dictado de aquéllas; circunstancia consistente en la inexistencia de otra providencia cautelar apta para obtener el fin perseguido. La medida innovativa comparte tal rol subsidiario con otras figuras cautelares. Así con la prohibición de contratar⁴⁹, la intervención judicial⁵⁰, la inhibición general de bienes⁵¹ y la prohibición de innovar⁵². Pero no sólo por lo antedicho reputamos excepcional la medida en estudio. Es que su despacho -cabe así reconocerlo- implica una muy seria responsabilidad para el magistrado, que si bien no compromete opinión definitiva puede con su dictado provocar un desequilibrio en la situación de las partes, tan negativo como el que pretende

paliar. «Calidad excepcional de su despacho» es entonces, también prudencia extrema por parte del tribunal requerido⁵³.

Del tenor del transcripto artículo 682 se colige que la medida innovativa peruana sólo procede cuando ha mediado una alteración por parte del demandado de lo que es «el sustento de la demanda». Con lo que nos parece que se ha tomado partido por la posición que estima que la referida diligencia sólo puede despacharse si previa o coetáneamente se ha interpuesto la demanda principal⁵⁴. Caso contrario, no podrá saberse cuál es «el sustento de la demanda» cuyo conocimiento reclama, tácitamente, la ley peruana para determinar si ha concurrido una alteración que justifique el dictado de la innovativa. Por nuestra parte reconociendo que la cuestión tiene ribetes cuestionables, hemos manifestado que: a) el principio general en materia cautelar no es otro que el de la posibilidad de postular diligencias cautelares antes de que se abra la faz contenciosa del entuerto. Normas como la contenida en el art.289 de la ley procesal santafesina⁵⁵ son aisladas, y han merecido las justas críticas de la doctrina⁵⁶; b) resulta posible que el solicitante, de modo premioso, del dictado de una medida innovativa no cuente todavía con los elementos suficientes como para redactar adecuadamente su libelo de demanda, y sí, en cambio, se encuentra en condiciones de peticionar el despacho de aquélla. ¿A santo de qué, condicionar su pretensión cautelar al hecho de que redacte (imperfectamente en el caso) su escrito de demanda, quedando entonces a merced de su contrario?

Finalmente, debemos expresar que en coincidencia con nuestra opinión primigenia⁵⁷ el codificador peruano exige para su despacho la concurrencia de un

48. Art. 280 del Anteproyecto del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica: (...) podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipadas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a las partes, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».
49. El Derecho, tomo 41, pág 756.
50. PODETTI, J. Ramiro, «Tratado de las medidas cautelares», Buenos Aires 1969, pág 307.
51. Ibidem, pág 289 y 294.
52. La ley, Tomo 123, pág 952 (13.776-s).
53. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», pág 29
54. Fue la posición minoritaria sustentada en el referido Congreso Nacional de Derecho Procesal.
55. Art.289 del C.P.C santafesino ley 5531: « En cualquier estado del proceso anterior a la sentencia definitiva, a petición de parte y si a juicio del tribunal la medida fuere necesaria, podrá ordenarse la prohibición de innovar en lo que sea materia del pleito a todos los litigentes».
56. AQUILIO Jorge, «Prohibición de innovar», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pág. 54.
57. PEYRANO, Jorge W., «Medida cautelar innovativa», pág 27 : Este es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un «daño irreparable» al pretensor. Comenzamos con su análisis señalando que al sintagma «perjuicio irreparable» lo utilizamos con un enfoque estrictamente realista. No ignoramos que cualquier daño puede ser (en teoría) monetariamente resarcido. Pero también sabemos que no todas las veces el dinero repara adecuadamente, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prestamente a los bolsillos del perjudicado. Veamos un ejemplo. Una publicación sensacionalista da a conocer, por entregas semanales, secretos de la vida privada de un político. Siquiera por un momento se puede pensar que al hombre público del ejemplo que ve arruinada su carrera a la cual ha dedicado su vida pueda interesarle que, de lentos y fatigosos trámites el órgano jurisdiccional le reconozca el derecho de percibir indemnización.

requisito propio y característico de la medida innovativa: el peligro que se concrete un «perjuicio irreparable». Ello nos parece congruo con el carácter «excepcional» de la diligencia innovativa, que recordábamos más arriba.

Sucede que la praxis tribunalicia argentina⁵⁸ ha borrado «de hecho» la exigencia del susodicho «cuarto recaudo», con lo que se corre el riesgo que -tribunales, partes y letrados- pierdan conciencia que se está ante una diligencia despachable «in extremis» y para cuyo dictado no resulta suficiente requerir el mismo nivel de exigencias que para el libramiento de otras cautelares. Lo dicho no implica un enjuiciamiento adverso de la nueva normativa peruana, sino más bien un llamado de atención para que no se incurra en la misma «situación de hecho» argentina, que no nos seduce.

Se diga lo que se quiera, la retroactividad característica de la medida cautelar innovativa constituye una herramienta de justicia (porque actúa donde no puede actuar, a veces, la prohibición de innovar) que mira más bien hacia adelante. Así lo fue, en el «leading case», «Bortulé, Néstor c/ Jockey Club de Rosario», del cual daremos una breve noticia. El Jockey Club de Rosario inhabilitó, por cuatro años, al jinete Néstor Bortulé para desarrollar su actividad profesional específica. La sanción fue impuesta como corolario de un sumario preñado de irregularidades (así, por ejemplo, el sancionado no gozó del derecho a la defensa). El tribunal interviniente entendió que la magnitud de la sanción aplicada sumada al hecho que una inactividad tan prolongada acarrearía la pérdida de la aptitud profesional del sancionado, configuraban un atentado contra el derecho constitucional de trabajar. Máxime cuando, de prosperar en definitiva la demanda por nulidad de la medida que se había interpuesto, la eventual revocación (luego de largos años de trámite) de la corrección disciplinaria impugnada no borraría el «daño irreparable» ya consumado. En mérito de lo dicho, se levantó provisoriamente la sanción aplicada y a las resultas del juicio de nulidad en trámite; previa prestación de contra cautela⁵⁹. Pero también puede servir como una deleznable arma extorsiva para conseguir que la parte que obtuvo el despacho de la medida, quede emplazada en una posición privilegiada para imponer sus condiciones.

Acontece que a nuestro entender, el nuevo reglamento procesal civil peruano consagra dos variantes

de medida innovativa: una, la arriba reseñada, que procede despachar cuando previamente ha mediado por obra y gracia del demandado la alteración de lo que es «el sustento de la demanda» en lo principal (artículo 682); y otra que no parece sujeta a la susodicha cortapisa (alteración previa por la parte demandada, de la sustancia del principal) y que está regulada por el artículo 674 que norma lo siguiente: «Medidas temporales sobre el fondo.- Excepcionalmente por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta».

De tal guisa, el codificador peruano parece querer adoptar todas las hipótesis posibles en materia de innovativas aceptando así la posibilidad de librar medidas cautelares que exorbitan un tanto los moldes clásicos. Al discurrir sobre dicha nueva «raza» de diligencias cautelares, Morello se pregunta respecto, concretamente, de una de las referidas novedosas diligencias cautelares, lo siguiente «Ello replantea, en la experiencia concreta, la duda de si la misma se cobija, estrictamente, dentro de las fronteras que clásicamente delimitan el cuadrante de las providencias asegurativas (en función subsidiaria e integrativa al servicio de una posterior emanación jurisdiccional de mérito o fondo) o, por el contrario, muestra más bien el registro de un tipo mucho más radical, sustitutivo de la sentencia final y con verdaderos alcances, insistimos, generales. Una exorbitada manifestación garantística, «siempre traumática» y dentro de una «emergencia» involucrada en la naturaleza o carácter del asunto en sí»⁶⁰.

Lo inconcuso es que el ordenamiento que venimos comentando ha optado por una tesis amplia, y ello representa un significativo punto de referencia para interpretar otros aspectos de aquél que puedan suscitar dudas.

VI. MEDIDAS CONMINATORIAS

Nada más perjudicial para la «majestad de la justicia» que las desobediencias cometidas respecto de órdenes y mandatos judiciales⁶¹. De ello ha tomado -desde siempre- buena nota la doctrina norteamericana y a través del multifacético «contempt of court» ha intentado (y logrado) poner coto a tales desobediencias⁶².

58. PEYRANO, Jorge W., «Pasado y presente de la medida cautelar innovativa», En Procedimiento civil y comercial, tomo 1, Rosario, 1991, Editorial Juris, pág 46.

59. PEYRANO, Jorge W., «Medida cautelar innovativa», pág 56.

60. MORELLO, Augusto, «El per saltum en la Corte de Tucumán», En Jurisprudencia Argentina, Boletín del 1ero de abril de 1992, pág 19.

61. SOSA, Gualberto Lucas, «Desobediencias e impedimentos a la ejecución de órdenes y setencias judiciales», En Revista de Estudios Procesales Nro.4, pág 97.

62. MOLINA PASUEL, Roberto, «Naturaleza del «contempt of court» En Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo III, Nro 9, México, enero-marzo, 1953.

Ocurre que el susodicho intento no ha sido, en líneas generales, imitado por los legisladores latinoamericanos, quedando así un amplio margen de posibilidades para que las partes destinatarias de un mandato judicial se muestren remisas a acatarlo, sin mayores consecuencias desfavorables. Desde otro costado, es menester recordar que la figura de la ejecución en especie o «in natura» constituye un síntoma de madurez jurídica del sistema procesal donde se inserta⁶³.

Para completar el cuadro, debemos señalar que la especial problemática que plantean los supuestos en que es menester la ejecución «in natura» de los mandatos judiciales, en algunas hipótesis encuentran solución en el medio compulsorio «astreintes» como forma idónea para forzar la voluntad renuente del destinatario de una orden judicial. Pero puede acontecer que medien casos donde la amenaza de aplicar «astreintes» resulte ineficaz. Piénsese en el supuesto consistente en que la traducción económica de persistir en la desobediencia implica una mayor ganancia⁶⁴ que el desembolso correspondiente al pago de «astreintes» (para colmo de males, estas últimas siempre son susceptibles de morigeraciones, suspensiones y cancelaciones, según fuere la actitud del desobediente).

Además existe multiplicidad de casos donde las peculiaridades de la situación, determinan que lo mejor para el cabal cumplimiento de lo ordenado judicialmente pase por la satisfacción por obra y gracia del destinatario de la orden. Entiéndase bien: no se trata, estrictamente, que resulte absolutamente imposible conseguir una «ejecución por terceros» para cumplir en especie un mandato judicial, sino de obtener un más logrado y satisfactorio servicio de justicia. Al respecto, hemos consignado lo siguiente: ¿Y por qué interesa que el cumplimiento en especie del mandato judicial se logre mediante el concurso de la voluntad de su destinatario, cuando la ejecución por terceros sería, en la mayoría de los supuestos, factible? Ora por razones crematísticas (vgr. la ejecución por terceros implicaría ya un desembolso que no estaría en condiciones de afrontar el interesado), ora por motivos de otra índole (aquí el lector queda librado a su imaginación), atañe al mejor servicio de justicia que sea el propio destinatario de la medida que la cumplimente y en especie⁶⁵, y, también puede acontecer -ahora en el terreno de la imaginación que antes propiciábamos- que el cumplimiento cabal de lo

mandado judicialmente sólo pueda ser satisfecho mediante el concurso de personal (subordinado al destinatario de la medida) altamente especializado y muy difícilmente sustituible. La hipótesis (y existen tantas otras) no es improbable en la época de tecnología supersofisticada que nos toca vivir⁶⁶.

Todo lo apuntado -que es perfectamente aplicable a la realidad argentina- ocurre con bastante frecuencia en el ámbito de los procesos cautelares. Es decir que no se acatan diligencias cautelares que involucran, vrg., el cumplimiento de una obligación de hacer. Precisamente, la doctrina que se viene desarrollando nació como consecuencia de un incumplimiento de dicha laya. Veámos. Se inauguró en Rosario un negocio de confitería bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma unilateral, los propietarios del susodicho negocio instalaran unos enormes extractores de aire («forzadores») para hacer más respirable el ambiente. Con tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del subsuelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedió que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía de sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que esta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior por una masa de aire caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron, a la sazón, los autos «Cuoco Esteban y Daniel Igareta (Sociedad de Hecho) C.A. -Medidas Precautorias- Demanda Sumaria», radicados en definitiva en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del doctor Hernán G. Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del Código Civil, los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los «forzadores» -extractores de aire mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su

63. TAPIA FERNANDEZ, Isabel, «Las condenas no pecuniarias», Palma de Mallorca, 1984, Editorial de Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, pág 57.

64. PEYRANO, Jorge W., «La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso», Jurisprudencia Argentina, boletín del 14 de octubre de 1987, pág 19.

65. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. « La medida conminatoria», En el Derecho Tomo 125, pág 230.

66. *Ibidem* pág 830.

funcionamiento no ocasionara las molestias justificantes de la innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los «forzadores» siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente -y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marras- se ordenó (tercera orden judicial) constatar si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo se autorizaba a recurrir a los servicios de un técnico para proceder a su desconexión y precintado. Esto fue incumplido: la contestación fue positiva y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero aconteció que poco tiempo después se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterados de ello los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería bailable, a lo que -el 1ero de abril de 1986- se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire.

Pensamos que lo decidido por el magistrado interviniente no sólo fue acertado sino que abasteció, en buena forma, el valor «eficacia», en la emergencia.

Remarcamos que la amenaza penal demostró ser, en los hechos y una vez más, impotente para lograr la satisfacción de órdenes judiciales.

Nótese, asimismo, que si se le hubieren impuesto «astreintes» a los renuentes, quizás su importante hubiera sido compensado por las fuertes ganancias conseguidas con la prosecución -contra viento y marea- de la explotación de la confitería bailable. En cambio, al decretarse derechamente la clausura de la misma se privó a los destinatarios de la orden resistida, de la chance de especular con dicha «compensación».

Se podría argumentar con que, eventualmente, se hubiera podido lograr la ejecución del mandato judi-

cial desobedecido a través de un «tercero» y no, necesariamente, mediante el «forzamiento» de la voluntad de sus destinatarios. Pero nos preguntamos: ¿no irrita la sensibilidad jurídica que, verbigracia, los «perjudicados» del caso, por añaduria debieran desembolsar una gruesa suma (con la que podrían no contar) para afrontar el pago de las modificaciones de un sistema de ventilación de las características indicadas, para luego intentar su repetición, etcétera...?»⁶⁷.

A raíz de la emisión del susodicho decisorio y a causa de la percepción de que «algo faltaba» en el cuadro de los medios compulsorios procesales tendientes al debido respecto de las órdenes judiciales fue que se concibió la figura de la medida conminatoria. Pero antes de proseguir se impone «pronunciar» dos palabras sobre dichas vías compulsorias.

Las vías compulsorias en materia procesal, presuponen la desobediencia, por parte del destinatario, de un mandato relacionado con un proceso judicial; debiéndose tener presente que toda orden judicial genera una suerte de deber «erga omnes» de respetar y cumplir lo ordenado. Puede traerse a cuento que en el primitivo derecho romano (que no concebía el juicio «en rebeldía») se procuraba, a todo trance asegurarse la comparecencia a juicio del demandado. Con tal fin se podía, por ejemplo solicitar al pretor que pusiese al actor en posesión de los bienes del demandado (a cuya venta podía eventualmente proceder) si no se verificaba la comparecencia de éste, dentro de ciertos plazos⁶⁸. Así, en los hechos, el pretor venía, en esencia, a cumplimentar lo medular de cualquier medio compulsorio, es decir, la amenaza para el desobediente de sufrir un mal mayor.

También de modo análogo al señalado «ut supra» los medios compulsorios en derecho procesal se pueden dividir en reglados (que son los contemplados por el legislador) y no reglado. Entre los reglados, puede anotarse el caso de ciertos ordenamiento procesales que prevén, por ejemplo, la posibilidad de paralizar el proceso principal si el perdidoso no efectivizada el pago de las costas incidentales que adeuda⁶⁹ solución ésta opinable por algunas connotaciones que pueden resultar contraproducentes respecto del fin perseguido⁷⁰. Los «no reglados» son aquéllos producto de la inventiva pretoriana. Tal sería el supuesto que consigna Morello: «La jurisprudencia ha admitido como otros medios de compulsión, la paralización de los trámites del expediente principal (vrg., el proceso de divorcio) si el obligado (esposo, padre) no satisface la prestación de alimentos atrasados o el

67. Conf. «La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso», por Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini, En *Tácticas en el proceso civil*, Santa Fe 1990, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 3, pág 76 y ss.

68. *Ibidem*, pág 60.

69. *Ibidem*, pág 61.

70. *Ibidem*, pág 61.

pago de litisexpensas⁷¹. Esta última actitud «creadora» de los jueces no puede sorprender ni alarmar. Observada desde la óptica que las facultades conminatorias son poseídas por los tribunales como consecuencia del elemento ejecutivo que hace a su potestad jurisdiccional⁷², o desde el ángulo que los magistrados cuentan con atribuciones implícitas para efectivizar sus facultades expresas⁷³, el resultado es el mismo: los jueces disfrutaban de la referida aptitud.

Pero hay otra pauta clasificatoria de los medios compulsorios relacionados con un proceso. ¿Cuáles?. Pues la que los discrimina según sean los alcances «intraprocesales», es decir con consecuencias directamente vinculadas con la tramitación del proceso dentro del cual se insertan, categoría en la cual encuadran los dos ejemplos arriba aportados de medios compulsorios procesales «reglados» y «no reglados»; y también el desacato civil del derecho anglosajón conforme al cual, verbigracia, «si el rebelde es el actor carece de la facultad de proseguir con la tramitación del juicio... y el tribunal puede negarle al rebelde el privilegio de obtener resoluciones favorables cuando estas resoluciones sean facultad discrecional del juez»⁷⁴, o «extraprocesales», vale decir con repercusiones que no hacen derechamente al trámite del proceso en cuestión aunque indirectamente influya sobre la voluntad de la parte renuente⁷⁵.

Volviendo al hilo que veníamos desovillando, repetimos que ante la percepción del «vacío» al que antes aludíamos fue que propusimos el funcionamiento de lo que llamamos «medida conminatoria» a la que describimos como «cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia que tiende a obtener el debido cumplimiento «in natura» de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que «prima facie» podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz»⁷⁶. Sucede que dicha creación ha tenido ecos jurisprudenciales favorables⁷⁷, cuenta ya con el respaldo de numerosos estudios «ad hoc»⁷⁸ y ha recibido el espaldarazo de numerosos certámenes científicos⁷⁹, el más importante de los cuales es el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal⁸⁰.

Debemos recalcar que la medida conminatoria no es una diligencia cautelar sino un «mandato derivado» que puede, entre otras cosas, propender a otorgarle eficacia a una diligencia precautoria desobedecida.

Ahora bien: ¿en función de cuáles argumentos se propugnó (y logró) introducir la medida conminatoria dentro de las instituciones recibidas?. Pues, principal-

71. MORELLO, Augusto y otros, «Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación», comentados y anotados, 2da edición, Platense Abeledo Perrot, t.II-A, pág 710.
72. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, «El juez, sus deberes y facultades» Buenos Aires 1982, Editorial Depalma, pág 286.
73. PEYRANO, Jorge W. «Atribuciones implícitas del órgano jurisdiccional», En revista de la Asociación Internacional de Policía Nro. 2, pág 30.
74. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», pág. 118.
75. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «La medida conminatoria y el valor eficaz en el proceso», pág. 62.
76. *Ibidem*, pág. 74.
77. Conf. «Medidas conminatorias», En Procedimiento civil y comercial, t.1 por Jorge W. Peyrano, Rosario 1991, pág 31 y siguientes.
78. PEYRANO, Jorge W. «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria y el valor eficaz en el proceso», En Jurisprudencia Argentina 1987 IV 856; PEYRANO, Jorge W. y Julio O. CHIAPPINI, «La medida conminatoria», En El Derecho 125-828 y siguientes; PEYRANO, Jorge W. «Memorandum sobre la medida conminatoria» En Jurisprudencia Argentina 1989; BARACAT, Edgar «Poderes conminatorios legales y extra legales del juez para la actuación de mandatos «instructivos» y «cautelares» En Jurisprudencia Argentina 1988 III 669; PEYRANO, Jorge W. «Medidas conminatorias» En La Ley, boletín del 14 de noviembre de 1989.
79. Vaya como ejemplo la declaración formulada sobre el particular por el IV Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, que tuviera lugar en Venado Tuerto, durante el curso de abril de 1988.
80. En el curso de XV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba-agosto de 1989), se declaró lo siguiente: «1.- Dadas ciertas circunstancias asegura un mejor rendimiento del Servicio de Justicia que las órdenes judiciales sean cumplidas in natura por los beneficiarios de las mismas y no a través del mecanismo de ejecución de terceros. Ello, por más que teóricamente la posibilidad concorra. Se advierte un vacío en las facultades judiciales expresas en cuanto a la inexistencia de medios compulsorios que tiendan a asegurar el cumplimiento en especie y por obra de sus destinatarios de las órdenes judiciales. La medida conminatoria intenta colmar el referido vacío. 2.- Medida conminatoria es cualquier orden -de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales- emanada de un Tribunal de Justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que «prima facie» podría ser de mayor entidad que el resultante de desistir de dicha actitud contumaz. Resulta procedente que tenga por destinatarios a terceros. 3.- El despacho de una medida conminatoria aun en defecto de disposiciones legales que la regulen, encuentra fundamento en el ejercicio de atribuciones judiciales implícitas y también en una válida interpretación extensiva en materia de astreintes. 4.- La medida conminatoria es siempre un mandato derivado que procura el debido respeto a órdenes judiciales (mandatos primarios) desobedecidos por sus destinatarios; 5- Resulta conveniente la incorporación expresa de la medida conminatoria en los textos legales aunque dicha recepción debe llevarse a cabo de modo tal que una excesiva reglamentación no interfiera su desarrollo.»

mente, en mérito de las llamadas «atribuciones judiciales implícitas», tal como se admitió en el seno del XV Congreso Nacional de Derecho Procesal⁸¹. Ciertamente es que hasta aquí hemos elogiado -merecidamente- el nuevo ordenamiento procesal civil peruano. Pero llegados a este punto y con motivo de la exposición de la figura de la medida conminatoria y de su ideario, también debemos señalar que nos parecen un tanto exiguas las «facultades coactivas del juez» incluidas en el artículo 53⁸². Es que, básicamente, contemplan como únicos medios compulsorios posibles a una suerte de «astreintes» y a una detención (afín al «contempt of court» pero de ribetes mucho más morigerados) harto breve en su tope máximo. Verdaderamente creemos que es demasiado escueto el referido arsenal compulsorio; pudiendo llegar a quedar, en algún caso y como se ha dicho, totalmente desprovisto de una compulsión efectiva el cumplimiento de mandatos judiciales que exigen su satisfacción «in natura» para que sea realidad un «proceso eficaz». Este último riesgo se ve confirmado por la lectura del artículo 706⁸³, que revela que nada específico se prevé para la hipótesis que la «ejecución por terceros» no sea posible por la naturaleza de la prestación adeudada.

Como fuere, pensamos que puede cubrirse la referida «laguna» que padecería la nueva ley procesal civil peruana mediante la ya citada doctrina de las potestades judiciales implícitas cuya invocación se conjuga adecuadamente con el contenido de los diez artículos del título preliminar.

VII. MANDATO PREVENTIVO

La nueva institución del epígrafe -que ha encontrado una buena acogida doctrinal⁸⁴ y jurisprudencial en la Argentina- también podría ser llamada «cautelar humanitaria»; esto último no tanto porque sea una

medida precautoria «stricto sensu» que siempre y en todos los casos apunta a evitar -por razones de humanidad y solidaridad sociales- perjuicios a «terceros» respecto de un proceso determinado sino más bien porque los dos primeros casos donde se la aplicó tendían, precisamente, a evitar nuevas víctimas, aparte de las que dieran lugar al juicio resarcitorio en cuestión. En el primero de ellos y, con motivo de una pretensión resarcitoria promovida por los padres de un menor que se accidentara en una acumulación de aguas formada en terrenos del ejército argentino, el tribunal interviniente «ex officio» (además de hacer lugar a las pretensiones del demandante) dispuso -advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad, por la posibilidad cierta que se repitieran accidentes análogos- la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes y a costa de la demandada. A tal creativa y adecuada solución arribó el tribunal interviniente -luego de fundar extensa e ilustradamente su postura- no obstante que nada pidió en tal sentido la actora⁸⁵. La segunda de las mencionadas resoluciones judiciales también se trataba de un proceso «de daños», donde, igualmente, el tribunal (aparte de satisfacer las pretensiones resarcitorias del actor) arbitró, oficiosamente, medidas encaminadas a impedir la repetición de siniestros análogos⁸⁶; haciéndose así, otra vez realidad la función preventiva de daños que hoy se reconoce como un poder y un deber de los magistrados⁸⁷.

Ahora, seguramente, el lector comprenderá mejor el calificativo de «cautelar humanitaria» que le hemos endilgado a la figura bajo la lupa, y también la razón de ser de su inclusión en el presente estudio dedicado al nuevo proceso cautelar peruano.

81. Vide nota anterior.

82. «Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación y 2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.»

83. «Artículo 706.- Procedencia.- Si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el proceso se tramita conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero con las modificaciones del presente Sub-capítulo. En la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla.»

84. Se propugnó por la difusión del «mandato preventivo» en «Las Segundas Jornadas de estudio del Derecho Procesal», llevadas a cabo en Villa Mercedes (San Luis) del 22 al 24 de agosto de 1991; y también en el VI Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe que tuviera lugar durante los días 20, 21 y 22 de noviembre de 1991 en San Lorenzo (Santa Fe).

85. PEYRANO, Jorge W. «Escorzo del mandato preventivo» En Jurisprudencia Argentina, boletín del 7 de febrero de 1992. También puede consultarse sobre el particular «El mandato preventivo», por Jorge W. Peyrano, En La Ley, Boletín del 29 de noviembre de 1991.

86. Conf. decisorio de la Sala 3a. de la Cámara Federal La Plata, de agosto de 1988, En Jurisprudencia Argentina 1988-III.

87. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, «Función de prevención de la responsabilidad por daños», En Zeus, boletín No. 3854, febrero de 1990.

Claro está que ninguna disposición del susodicho ordenamiento expresamente regula lo que denominamos «mandato preventivo» respecto del cual se ha declarado, describiéndolo, de paso, lo siguiente: «a título de diligencia oficiosa, se acepta como posible - en casos excepcionales- que el juez -superando los principios de legitimación y congruencia- decrete medidas -denominadas provisoriamente «mandatos preventivos»- tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva»⁸⁸.

Empero, llegado el caso y la necesidad, pensamos que el juez peruano podría recurrir al amplio y sugerente texto de la última parte del art.III del título preliminar -que reza: «... En caso de vacío en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso»-, para encontrar apoyatura a su deseo de hacer realidad una «justicia preventiva» y no circunscripta solamente a reparar perjuicios que hubieran podido ser evitados. Asimismo la ya recordada doctrina de las «potestades judiciales implícitas» podría cumplir igual papel convalidante.

VIII. COLOFON

La frase utilizada como copete, grafica adecuada-

mente los tiempos procesales que nos tocan vivir; tiempos, por lo demás, que empalman adecuadamente con el «clima» general.

Qué lejanos parecen los días en que había respuestas para todo y en los que tales respuestas eran aceptadas y compartidas por todos. Hoy ya no es así. La certidumbre ha desaparecido y el imperativo de la hora es poner en tela de juicio aún a aquéllo que ayer nomás parecía indisputable. Y, en verdad, no puede reputarse como absolutamente malo que ello suceda. Por el contrario, el progreso en general y el jurídico en particular se asientan, de ordinario, en crisis transitorias donde los cuestionamientos proliferan, se derriban las imágenes hasta ayer veneradas y se reemplazan, a veces, irreflexivamente, por otras no demasiado probadas. Cierto, todo cierto. Pero también lo es que el tiempo ->ese gran escultor», como decía Margarita Yourcenar- someterá a su zaranda insobornable a las nuevas instituciones e ideas y sólo pasarán aquéllos que realmente lo merezcan.

Creemos que el legislador peruano ha hecho algo análogo y así, prudentemente, ha dejado pasar por la criba de la experiencia ajena a figuras jurídicas nuevas pero «recibidas» y que han tenido oportunidad de mostrarse eficaces en la praxis. Ojalá que el balance de la propia e insustituible experiencia práctica peruana, coincida con el netamente positivo que formulamos respecto de su excelencia teórica.

88. PEYRANO, Jorge W. «Escorzo del mandato preventivo», pág. 15.