

PODER CAUTELAR GENÉRICO JURISDICCIONAL

Eduardo M. Martinez Alvarez

Vicerrector Acadêmico de la Universidad del Museo Social Argentino.
Professor Titular de Derecho Procesal – Parte General y Civil – Comercial y
Seminario I del Doctorado em Derecho y Ciencias Sociales (UMSA).
Juez de la Câmara Nacional de Apelaciones em lo Civil.

RESUMO

Nunca como en el abordaje del tema del “poder general de cautela jurisdiccional”, se percibe con tal nitidez la naturaleza instrumental del derecho procesal y de la recíproca interdependencia entre este y el derecho sustancial, palpándose – por dicha razón – la íntima vinculación del último con el ritual. No resulta difícil advertir – entonces – que la especie de tutela procesal se encuentra subordinada al requerimiento de protección que en un momento dado exige el derecho de fondo. Tal respuesta, por parte de la jurisdicción, debe ser eficaz, temporánea y lo mas amplia posible. No debe olvidarse el principio chiovendiano que caracteriza la tutela efectiva, como la que proporciona, al titular de un derecho sustancial, la posibilidad de gozar de los efectos que se le aseguran en el plano jurídico material. Esta es la razón misma de la existencia y efectividad de la tutela jurisdiccional civil.

Em la exposición de motivos de la novísima ley de enjuiciamiento civil de Espana (1/2000 del 7 de enero de 2000), se cita con énfasis al art. 24 de la Constitución española, que confiere el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Al igual que en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que contempla el aseguramiento de la tutela judicial continua y efectiva. Objetivo que también procuran los artículos 8 inciso 1º del Pacto del San José de Costa Rica y 2º incisos 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos suscripto em Nueva York en 1966, operativos en nuestro derecho según lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

PALABRAS-LLAVE: poder general de cautela jurisdiccional, derecho procesal, Constitución Nacional.

ABSTRACT

Never as in the boarding of the subject of the “general power of jurisdictional caution”, it is perceived with such clearness the instrumental nature of the judicial proceedings and the reciprocal interdependence between this and the substantial law, feeling - for this reason - the intimate entailment of this with the ritual. It's not difficult to notice - then - that the species of procedural custody is subordinated to the support formal petition that is a while given demands the fund right. Such answer, by the jurisdiction, must be effective, temporary and the most possible extensive. The principle Chiovendiano does not have to forget that characterizes the effective custody, such as it provides to the titleholder of a substantial law, the possibility to enjoy the effects that make sure to him in the material legal plane. This is the same reason of the existence and effectiveness of the civil jurisdictional custody.

At the exhibition of reasons of the most new law of spanish civil judgement (1/2000, January 7th, 2000), it mentions with emphasis the art. 24 of the Spanish Constitution that confers the right to get effective custody of the judges and courts in the exercise of the rights and legitimate interests, without, in no case, defenselessness can take place like place. Like in the art. 15 of the province of Buenos Aires Constitution that contemplates the securing of the continuous and effective judicial custody. It is also searches this objective in the art. 8 interpolated proposition 1st of the pact of the San José of Costa Rica and 2nd interpolated proposition 2 and 3 of the pact civil and political rights subscribed in New York in 1966 which is operative in our law according to the rule in art. 75 in interpolated proposition 22 of the National Constitution.

KEYWORDS: general power of jurisdictional caution, judicial proceedings, national constitution.

1 – FUNDAMENTO

Resulta indiscutida la protestad del juez para pronunciarse positivamente em peticiones de medidas anticipatorias de mérito. Para ello debe tratarse de supuesto de urgencia indudable y siempre que el órgano jurisdiccional se persuada que, de no hacerlo, se seguiría um perjuicio irreparable, conceptuado este como “la imposibilidad de obtener el retorno o devolución de lo que desaparece para siempre”.¹

Y como acertadamente sostiene Barbosa Moreira, se reconoce pacíficamente en doctrina que esa potestad del órgano jurisdiccional se traduce: “... en la licitud de determinar, cuando concurren los presupuestos fundamentales de esse tipo de tutela, las medidas provisionales adecuadas ‘in concreto’ para la protección de derechos a favor de cuya existencia militen serios indicios, para cuya salvaguarda se revele insuficiente o inocua, la más de la veces em razón de la inevitable demora, la tutela cognitiva o ejecutiva. Intuitivas las razones de semejante entendimiento, en nuestros días prácticamente incontrastado: la extrema variedad de las circunstancias que rodean las hipótesis ocurrientes en la vida cotidiana torna absurda la exigencia, que pretendiese hacer el legislador, de abarcar, em discriminación exhaustiva, todas las posibles providencias capaces de atender, caso por caso, las peculiaridades con que se enfrenta el juez”.²

Siguiendo ese orden de ideas – como también lo hacen los artículos 938 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), 399 del Código Procesal Civil Portugués de 1967, 700 del Código de Procedimientos Civil Italiano, 736 del Código Procesal de Grecia, 530 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, 1428 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil española y 5 y 70 de la nueva, 798 del “Código de Processo Civil” de Brasil – nuestro actual ordenamiento procesal también contempla el poder cautelar genérico jurisdiccional em su artículo 232, correspondiente a las medidas cautelares genéricas.

Veamos el tratamiento del tema en las diversas legislaciones.

2 – DERECHO COMPARADO

En el derecho extranjero se verifica la existencia de dos sistemas. En primer lugar, aquellos ordenamientos

que contemplan el “poder cautelar general del juez” y los restantes, que regulan las “medidas cautelares típicas”.

En el primer grupo, se encuentran el derecho anglosajón y el alemán.

El derecho francés también admite el poder general de cautela, no obstante la regulación que poseen medios cautelares específicos (“ordonnances sur requête” y las “refere-provision”. art. 809 e “incidental”, art. 771). El “refere provision”, configura la típica anticipación de los efectos de la sentencia de mérito.

En el anglosajón, se observa la existencia de un enorme poder discrecional de los jueces, natural en un sistema de creación y de derecho por el Poder Judicial. Cualquier tentativa de obstaculizarlo se evita con el “contempt of court” que reprime actos que representen impedimentos a la correcta actuación de la función jurisdiccional.

En Bélgica, el sistema de tutela es concedido antes de iniciado el proceso de conocimiento (Código Judicial, art. 584) y ocurre igual con la medida incidental (art. 19).

El derecho suizo está compuesto por 26 códigos, correspondientes al número de cantones. En principio, todos reglamentan el poder general de cautela haciendo referencia a las medidas conservatorias y anticipatorias.

En el derecho austríaco, el carácter genérico es aún mayor, lo que posibilita al juez adaptar las medidas a las necesidades del caso concreto. Es aplicable a cualquier situación de derecho sustancial y cabe tanto em la relación de la tutela de conocimiento como em la ejecutiva.³

A continuación, expondremos la cuestión em algunos países em particular.

2.1 Alemania

Adviértese claramente la inserción del poder general de cautela en la ZPO alemana, cuando su parágrafo 938 norma em lo pertinente: “El Tribunal determinará, a su arbitrio, las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate...” (nach freiem Ermessen).

Se observa así el amplio margen de discrecionalidad com que cuenta el órgano jurisdiccional para el dictado de medidas provisionales, tanto que Rosenberg afirmaba que “El tribunal no está sujeto em esto a limitaciones, pues resuelve de acuerdo con su libre arbitrio”.⁴

Sin perjuicio de la existencia de los “Einstweilige Verfügungen”, destinados a preservar el derecho de la parte, amenazado por los actos practicados por la obra.

¹ MORELLO, A. M. y VALLEFIN C. A. *El Amparo*. Editorial Librería Editora Platense. p. 32-33.

² BARBOSA MOREIRA, J. C. Poder cautelar genérico del juez. Continencia y litispendencia, em *Temas de Derecho Procesal*, p. 141 y ss. São Paulo, Saraiva, 1988.

³ DOS SANTOS BEDAQUE. *Tutela Cautelar ...*, p. 37 y sus citas. São Paulo, Malheiro, 1998.

⁴ ROSENBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 1995, Tº III, p. 283.

2.2 Portugal

El Código Procesal portugués de 1967, con similar criterio en su artículo 399, reza: “Quando alguém mostre fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega dos bens móveis ou imóveis, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário”.

2.3 Italia

Por su lado, la anteriormente citada norma del procedimiento italiano puede ser considerada como señera em la regulación del tema en estudio, cuando al legislar en la sección IV correspondiente a las “providencias de urgencia”, em su artículo 700 dispone: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi há fundato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, piú idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

Calvosa da cuenta de ello también al sostener que: “Il provvedimento cautelare ha, di larga massima, un contenuto che vorrei definire atípico, perché debe adeguarsi allá situazione sostanziale cautelanda, de sorte que l’azione cautelare, pur concepita in senso unitario, appare mutevole e difficilmente riconducibile ad unità o a categoría unitaria, proprio per il diverso atteggiarsi delle situazioni cautelande, e quindi delle situazioni cautelanti, allá costituzione delle quali l’azione stessa e coordinata”.⁵

2.4 España

A su vez, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española Nº 1 del 2000, vigente desde el 1/1/2001, en su artículo 5, posibilita a “... los tribunales – que sean competentes y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida – la adopción de medidas

cautelares y cualquier otra clase de tutela que este expresamente prevista por la ley”, principio que se ratifica em la disposición de su art. 70, cuando a instancia de parte, lês posibilita “adoptar las medidas urgentes em los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave o irreparable”. Resulta elogiabile la sanción de estas nuevas disposiciones que otorgan fuerte ratificación al poder general de cautela. Cabe recordar que la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil posibilitaba al juez la adopción de medidas que, según las circunstancias del caso, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de este (art. 1428).

2.5 Brasil

En nuestro continente, el “Código de Processo Civil” brasileiro en su art. 798 autoriza al juez a “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, tras dejar a salvo los procedimientos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro”.

De esta forma, la legislación brasileira posibilita el empleo de remedios similares a los contemplados por los “Einstweilige verfügungen” austríacos y alemanes, “contempt of court” de los ingleses, “refere de urgence” de los franceses, o los “provvedimenti d’urgenza” de los italianos.

2.6 Uruguay

Por su parte, Uruguay, tomado del art. 280 del magnífico Proyecto de Código tipo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988 (autores: A. Gelsi Bidart, L. Torello y E. Vescovi), en su artículo 317.1 del Código General del Proceso de 1988, en sentido análogo dispone: “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo”. Como se advierte, la semejanza de la norma con la de la disposición brasilera es evidente.

⁵ CALVOSA. *La Tutela Cautelari*. Turim, 1963, p. 317-318 (citado por Barbosa Moreira, *op. nota* que antecede).

2.7 Perú

Peru, en el art. 632 de su Código Procesal, con énfasis formal contempla sin hesitar la potestad de dictar medidas innovativas al legislar con carácter excepcional y con este alcance: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista por la ley”.

2.8 República Argentina

Entre nosotros, el art. 232 del rito civil y comercial nacional faculta a los magistrados a decretar medidas cautelares genéricas con el propósito de evitar perjuicios inminentes e irreparables: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más, aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

Esta norma – por su argumento – es utilizada frecuentemente para acceder a decisiones anticipadas de mérito (no cautelares) a falta de una específica a tal efecto, como la “tutela anticipatoria” legislada por el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia de La Pampa.

Se justifica en doctrina y jurisprudencia, que las medidas enumeradas no constituyen un límite a la posibilidad de tomar otras que pueden articularse a través de la norma analizada.⁶

2.9 Guatemala

Guatemala, por su lado, también considera el poder general de cautela en el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, con un contenido similar a los analizados precedentemente. “Providencias de urgencia. Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

3 – Conclusiones

El hecho de que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, acepten la existencia de un poder general de cautela e el juez, viabiliza – en circunstancias excepcionales, en las cuales medien razones de urgencia y cuasi certeza del derecho pretendido entre otras – el posible dictado de “proveídos interinales de mérito”. En las actuales circunstancias, no resulta justificable la ausencia, a nivel nacional, de normas como la referida en el orden provincial pampeano o sus similares del derecho comparado. Máxime la existencia de diversos anteproyectos que la regulan aceptablemente.

La universalmente anhelada “tutela judicial efectiva”, norte del proceso moderno, debe ser procurada en resguardo del justiciable.

Nunca de mejor aplicación como en el tema, la recordada frase del ilustre brasileiro Rui Barbosa: “Justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta”.

⁶ FALCON. *Comentario al Código Procesal ...*, T° I, p. 348 y sus citas. Abeledo-Perrot, 1998.