

LA PROHIBICION DE INNOVAR

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Esta medida cautelar ha generado algunas interpretaciones encontradas. Su propia denominación ha sido uno de los factores coadyuvantes para ello. Alguna línea de la doctrina sostiene que se trata de una medida cautelar que importa el mantenimiento de un determinado status quo, precisamente porque infieren de su nombre que importa la prohibición de innovar sobre la cosa que es objeto del litigio.

Mientras que desde otro punto de vista, y estando a la letra de la propia norma que la contempla (art. 230 del Código Procesal) se sostiene que la prohibición de innovar importa –con fundamento en la buena fe- la necesidad de no alterar la igualdad de las partes ante la jurisdicción, pues de su utilización surgen dos alternativas, la posibilidad de “mantener” o de “alterar” un determinado status quo, según el origen de la situación urgente que requiere su resguardo.

Por ello, la importancia que tiene esta medida cautelar como matriz de todas las medidas precautorias que típicamente contempla el Código Procesal, pues en todos los supuestos que se consagran legislativamente, siempre se apunta al mantenimiento o alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, a fin de resguardar los riesgos que se podrían generar de no adoptarse una conducta que mantenga o altere (para mantener) el equilibrio de las partes que se ha visto afectado por acción u omisión.

Ello debido a que también a través de una actuación omisiva, luego de generado un perjuicio, o el peligro de un daño concreto o en ciernes, esa conducta requiera su adecuación a los fines de evitar la producción de ese daño que en algunos casos podría resultar irreparable, situación que da origen a lo que la doctrina procesal ha denominado “tutela anticipada”.

Con lo cual, como se puede advertir, sea de la aplicación que tradicionalmente se ha hecho de esta medida precautoria, o sea de lo que denominamos su ámbito de actuación excepcional, que nos introduce en un sistema de carácter atípico, por sus proyecciones sobre la sentencia de mérito misma, que se ha denominado “tutela anticipada” nos enfrentamos a una medida cautelar con una riqueza y un potencial excepcional, pues se constituye así en una vía de acceso a una actuación de la jurisdicción que puede tener carácter anticipatorio, ya que permitiría una tutela efectiva e inmediata para el resguardo o protección de situaciones claramente urgentes que no admiten dilaciones.

2.- SUS AMBITOS DE ACTUACION

La prohibición de innovar puede concebirse entonces en dos ámbitos claramente diferenciables por los efectos que importa su dictado, que están representadas por la medida de no innovar y la medida innovativa. Es decir se trata de las dos caras de una misma moneda. Sea para alterar un determinado statu quo (de hecho o de derecho), cuando el peligro en la demora provenga de su mantenimiento, o sea, para mantenerlo, cuando ese eventual perjuicio provenga de la alteración de la situación de la que se trate.

A su vez, existe una utilización que de algún modo podría conceptualizarse como tradicional y otra que permite el acceso a lo que la doctrina procesal ha denominado “tutela anticipada”.

El primero de esos ámbitos, alude a la interpretación restrictiva que tradicionalmente se ha hecho de esta medida, a partir de la cual no permite enervar decisiones judiciales dictadas en un proceso distinto a aquel en el cual se solicita¹, pues no se puede desvirtuar el imperium de un juez por la actividad desplegada por otro de igual jerarquía, o bien su imposibilidad de afectar la presunción de validez de la que gozan los actos de los poderes públicos².

A partir de esta medida cautelar, que puede ser considerada tradicional toda vez que tiene una regulación específica en el Código Procesal, y un ámbito de actuación históricamente definido, se produce un efecto muy particular como consecuencia de su concreta utilización en el ámbito especial o excepcional (por atípico) antes mencionado.

Ello en razón que los efectos que provoca su dictado -por sus proyecciones- se pueden extender hacia la sentencia de mérito, provocando así un anticipo de la jurisdicción que desde luego puede resultar favorable a la pretensión ejercida. Con ello, la zona gris que plantea su desarrollo introduce esta temática dentro de ese ámbito particular, que se ha calificado como excepcional, precisamente por el carácter satisfactivo que (en apariencia) se le puede otorgar a esta medida con relación a la pretensión ejercida.

Como se adelantara, a través de una de sus facetas, esto es la de no innovar, se persigue el mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, en virtud de que los perjuicios podrían derivarse de su alteración.

¹ La Corte ha resuelto que “la medida de no innovar no puede, como regla, interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales ni ser empleada para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer el derecho que las partes interesadas consideran tener (Fallos 319:1325).

² En este sentido véase Arazí, Roland y Rojas, Jorge A.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, T. I, p. 884 y jurisprudencia allí citada.

De tal modo se ha interpretado que: “La decisión de hacer lugar a la medida de no innovar por parte de la Corte Suprema persigue ordenar a la provincia que se abstenga de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos con fundamento en las cartas ofertas que acompaña, mas no persigue obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provincial se considerase con derecho a llevar a cabo para poner las actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en el proceso fuese finalmente rechazada por el Tribunal”³.

El alcance de esta decisión permite advertir que una medida de no innovar a su vez puede tener efectos innovativos, porque permite retrotraer las cosas al estado anterior imponiendo el mantenimiento del statu quo previo a la medida.

Precisamente ello ha llevado a sostener a Méndez y Méndez⁴ que la suspensión del acto administrativo, configura –siguiendo la línea de Palacio– una típica “prohibición de innovar” consistente en detener durante la sustanciación del proceso, los efectos jurídicos y fácticos de ese acto, razón por la cual la medida reviste también un carácter innovativo por el efecto que provoca, a lo que corresponde agregar que esa es también una clara manifestación –precisamente por sus efectos– de una tutela anticipada proveniente de la faceta de no innovar de la prohibición de innovar.

En la otra faceta que comprende la medida, esto es la innovativa, Peyrano la conceptualizó como una medida que tiene carácter excepcional, pues tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, lo cual se traduce en la injerencia de oficio 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 tenor⁵.

No obstante lo expuesto, conviene destacar que Peyrano considera que la utilización de la prohibición de innovar en las dos facetas expuestas, genera un uso “anómalo” de esa medida⁶.

Sin embargo, la doctrina del más Alto Tribunal no advierte anomalía alguna en su utilización, ya que sostiene su fundamento en el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, a esto apunta la prohibición de innovar.

³ Fallos 314:1312; 327:2738; 327:5553; 327:5984, entre otros.

⁴ Méndez, Héctor O. y Méndez, Gonzalo O.; La medida cautelar de no innovar con efectos retroactivos y la medida cautelar innovativa. Su recepción doctrinaria y jurisprudencial, J.A. 2008-III-485.

⁵ A.A.V.V.; Peyrano, Jorge W. (director); Medida innovativa, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 15.

⁶ Peyrano, Jorge W.; La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, Revista de Derecho Procesal nro. 5, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 307. Antes de eso el mismo autor sostenía que cuando se aludía a la medida innovativa se hacía referencia a un “uso no conforme” de la prohibición de innovar, véase del mismo autor: Sobre “usos no conformes” de la prohibición de innovar y la revisión judicial de contratos indexados (E.D. 97-953).

De tal modo estableció la Corte con relación a la innovativa, que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud... En tanto media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar que la demandada I.O.M.A restablezca en su total plenitud la cobertura médica de los amparistas y provea la entrega de medicamentos recetados”⁷.

Pese a ello, no se puede interpretar que aún superponiéndose los efectos de esa decisión cautelar, con el carácter satisfactivo que puede atribuírsele (en apariencia, por la superposición que se genera en los hechos de la realidad), ésta constituya por sí misma una sentencia anticipada, porque bien señalaba Calamandrei ya desde 1936, que su interinidad reflejaba precisamente que se daban dentro del proceso, y además su carácter temporal le daba un sentido –todavía- transitorio, que era a los fines de evitar que se transformara en estéril el dictado de una sentencia de mérito. Por ese motivo su provisoriedad no puede ser confundida con la definitividad que reviste una sentencia.

Si bien en la realidad los hechos en algunos casos se pueda consumir una determinada pretensión con el otorgamiento de la cautela de marras⁸, su carácter provisional permite aventar todo tipo de interpretaciones en sentido contrario, ya que la legislación sustancial contempla un sucedáneo en caso de que finalmente resulte rechazada la pretensión sustancial, pese a la concesión de la cautela en cuestión⁹.

La recepción de esta medida y el reconocimiento de sus efectos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho que ésta sostenga como doctrina la conveniencia de advertir no sólo su carácter excepcional, sino además –teniendo en cuenta que sus efectos se proyectan sobre el fondo mismo de la controversia– que los jueces sean mucho más cuidadosos al aplicarla, y observen un conocimiento mucho más afinado de los recaudos que hacen a su procedencia¹⁰.

⁷ Fallos 325:3542.

⁸ Es de destacar que la doctrina considera que este tipo de tutela anticipada, constituye una cautela cuya nota distintiva es que los resultados emergentes de la actividad anticipatorio prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible (De Lazzari, Eduardo N.; La cautela material, J.A. 1996-IV-651).

⁹ El art. 1083 del Cód. Civil, dispone que “el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuere imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

¹⁰ Este criterio de la Corte que fue definitivamente sentado –por sus alcances- en el leading case Camacho Acosta, pues se depuraron aspectos liminares que hacen a la distinción de las dos facetas de la prohibición de innovar y además a algunos valladares que los jueces de grado no podían superar arropados en la idea de prejuizgamiento, o en la superposición de las pretensiones cautelares y sustanciales, entre otros aspectos, fue seguido desde entonces por los demás tribunales inferiores, así se resolvió que: “respecto de la coincidencia de objeto entre la medida cautelar solicitada y la acción de amparo deducida, cabe tener en cuenta –en principio- que, en aquellos casos en los cuales la

Pese a que -como fuera señalado- la denominación prohibición de innovar causa confusión, y ello se ha prestado a interpretaciones variadas, conviene tener presente no sólo sus orígenes, sino además su regulación, para interpretarla adecuadamente y advertir a través suyo la existencia de una medida que puede revestir el carácter de sistema matriz de todas las medidas cautelares que contemplan los ordenamientos adjetivos.

3.- ANTECEDENTES HISTORICOS

El origen histórico de la prohibición de innovar suele vinculárselo al estado de pendencia que en el derecho romano había dado lugar a un principio que disponía “*lite pendente nihil innovetur*”, que si bien era más extenso en su contenido, en esta síntesis se reflejó el criterio en virtud del cual desde la antigüedad se interpretó que mientras el litigio estuviera pendiente nada debía innovarse.

Ese principio pasó a las Leyes de Partidas y luego fue regulado específicamente por el derecho canónico. Desde allí pasó al derecho patrio, en donde se puede encontrar previsto en la legislación sustancial.

Así Vélez Sarsfield lo incorporó en diversas normas del Código Civil (vgr. Arts. 2483, 2788, 2500, entre otros), y con el dictado de lo que representaría el código de procedimientos federal de entonces, que era la vieja Ley 50 del año 1863, también se reflejó en su art. 337¹¹.

medida decretada por el juez se presenta como la única susceptible de cumplir con la cautela del derecho invocado (art. 230 inc. 3 CPCCN), no se puede descartar su aplicación por temor a incurrir en prejujuicio, cuando, además, existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf S.R.L. y Otros, C.2348.XXXII, del 7/8/97; asimismo, esta sala, causas 889/99 del 15/4/99 y 436/99 del 8/6/99). Estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose dificultosa o imposible su reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución diferente a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejujuicio sobre la cuestión de fondo. Por otra parte, se debe destacar que la decisión del tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar –según el grado de verosimilitud- los probados intereses del actor y el derecho constitucional de defensa del demandado (conf. Corte Suprema causa cit.) (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 27/4/04, in re “García, María C. c/Unión Personal s/Amparo, Lexis nro. 11/38999).

¹¹ Obsérvese que en el art. 2500 del Código Civil, al regularse la obra nueva se contempló en esa norma que “la acción posesoria tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”; y precisamente el art. 337 de la Ley 50 contemplaba una norma de similar alcance pues disponía que “presentada que sea la demanda de obra nueva, el juez decretará su suspensión, citando al denunciante y denunciado a juicio verbal...”. Como se puede advertir –si bien no existía una regulación específica- el principio evidentemente era conocido en nuestra legislación.

Luego fue receptado también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que precisamente había sentado como doctrina que pendiente el litigio nada debía ser innovado¹², pues había señalado el máximo Tribunal que su fundamento se debía encontrar en el aseguramiento de la igualdad de las partes ante la contienda judicial¹³.

Como se puede advertir, si bien no existía una regulación específica de lo que luego fue la medida cautelar llamada prohibición de innovar, no sólo se conocía el principio, que fue reflejado en algunas normas de derecho sustancial como las citadas, sino que el mismo tuvo recepción pretoriana. Pese a ello, nunca se lo incorporó a la legislación procesal de entonces.

Con el correr del tiempo, el art. 337 de la Ley 50 fue derogado por la vieja ley 14.237, que fue la última gran reforma de la que fue objeto el viejo código de procedimientos que existía a nivel nacional.

Es importante destacar que ya por la década de los 40, en el siglo pasado, Juan Francisco Linares señalaba -como fue recogido luego por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que el fundamento axiológico de la medida, y agregó textualmente “al igual que el de las demás figuras precautorias”, es el de asegurar a las partes un relativo pie de igualdad, afirmar la observancia de la buena fe por las mismas, evitar daños irreparables, facilitar el buen orden procesal y economía y evitar que las partes se hagan justicia por mano propia, etc., pues –agrega- todas esas razones no son sino expresiones concretas de la justicia, orden, seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto es derecho¹⁴.

Resaltaba Linares en el trabajo referido, que esa regulación que tenía el principio, por ejemplo, en el art. 2500 del Código Civil de Vélez Sarsfield, se había visto ampliada en el proyecto de nuevo Código Civil de Biliboni, razón por la que destacó que resultaba de interés señalar que la medida, cuando se dicta “in limine litis”, permite advertir que su fundamento no se encuentra en realidad en el litigio, sino en la relación procesal o la situación procesal habida entre las partes. Así concluyó que la prohibición de innovar puede dictarse “in limine litis”, como también “pendente litis”, siguiendo para ello los lineamientos del proyecto de Biliboni.

¹² Fallos 27:166; 35:254; 122:255, entre otros que desde antiguo marcaron la doctrina del Alto Tribunal.

¹³ El fundamento axiológico de la prohibición de innovar es el de asegurar la igualdad de las partes ante la contienda judicial, pues es regla de derecho que, pendiente un pleito, no puede cambiarse el estado de la cosa objeto del mismo para que no sea trabada la acción de la justicia, y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que debe recibirla (Fallos 247:63; 265:236).

¹⁴ Se aprecia con toda evidencia la influencia de la escuela egológica del derecho en el autor en el trabajo citado en homenaje a Eduardo J. Couture. Véase Linares, Juan Francisco; La prohibición de innovar – Bases para su sistemática; Revista del Colegio de Abogados, Año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.

Eso permite advertir la obligación de las partes que es preexistente al proceso, de abstenerse de alterar el estado de las cosas, como consecuencia de la buena fe con la que deben ejercer sus derechos, aspecto esencial a tener en cuenta para despejar todo tipo de dudas con relación a la interpretación de la primera parte del art. 230 del Código Procesal, que alude a “toda clase de juicio”, y la carencia de fundamentación a esa interpretación restrictiva que indicaba que únicamente procedía la prohibición de innovar cuando existiera un juicio pendiente. Como se advierte, son situaciones –si bien superadas- que no deben ofrecer ningún tipo de dudas en su alcance, y que finalmente la jurisprudencia se ha encargado de despejar totalmente, ya que es admisible la prohibición de innovar aún antes de iniciarse el proceso judicial¹⁵.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que esos principios que estaban consagrados en la legislación sustancial, allí se mantuvieron, lo que permite aludir a una especie de dispersión de sistemas de índole cautelar, que surgen no sólo de ella sino luego de la legislación procesal.

Fue en 1967, con el dictado del actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454), que se incorporó la figura de la prohibición de innovar, para lo cual no puede dejar de señalarse la importancia que había tenido la influencia de la doctrina italiana sobre la nacional.

De tal forma, ya Chiovenda aludió a determinado tipo de resoluciones jurisdiccionales que tenían una predominante función ejecutiva, que luego, en 1936, Calamandrei concibió como providencias interinas, aunque también las denominó temporales, en virtud de las cuales advertía que el juez en el proceso, no sólo conoce y ejecuta, sino que también conserva. Pero conservar –señalaba el ilustre jurista florentino- debía interpretarse como mantener o alterar un determinado statu quo, porque en definitiva lo que importaba era que el mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, permitiera el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción.

Esto le había hecho sostener a Carnelutti, contemporáneo de Calamandrei y discípulos ambos de Chiovenda, en forma concordante con lo que había sostenido Calamandrei, que existía un proceso conservativo y otro innovativo en materia cautelar, toda vez que la finalidad que con ellos se debía perseguir apuntaba a resguardar la igualdad de ambas partes litigantes ante la jurisdicción¹⁶.

¹⁵ Prueba elocuente de lo expuesto, se puede apreciar en la medida cautelar denominada “autónoma” que no es más que un desmembramiento de esta prohibición de innovar en el ámbito del proceso administrativo, sin perjuicio de las previsiones del art. 12 in fine de la ley 19.549.

¹⁶ La denominación “proceso” no debe llevar a confusión, pues bien señalaba Podetti, que no existe una acción cautelar diferente de una de condena o declarativa o eventualmente ejecutiva o constitutiva, y recuerda además citando al propio Carnelutti que el que él llama proceso cautelar, en definitiva es un accesorio que reporta a un proceso principal, de ahí que luego citando a Redenti, aluda a los “procedimientos cautelares” (Podetti, J. Ramiro; Ob. cit., p. 18 y ss.). El mismo Carnelutti en sus Instituciones señala precisamente que el que llama “proceso cautelar” no es un proceso autónomo sino que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, de ahí que a continuación indique que cautelar puede no ser un proceso, sino un acto o providencia, más allá de su distinción en proceso cautelar instrumental y final (Carnelutti,

Obsérvese la proporcionalidad de los criterios sustentados por la doctrina italiana y el que ya había esbozado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a comienzos del siglo pasado, y la propia doctrina nacional.

En el trabajo antes citado de Juan Francisco Linares, luego de comparar la prohibición de innovar con las distintas variantes de injunctions que existen en el sistema del common law, concluyó que si bien los efectos de la prohibición de innovar inciden forzosamente sobre la conducta de las partes, no solamente el intimado debe abstenerse de realizar algo (no innovar), sino que pueden presentarse casos en que la conducta ordenada por la medida sea la de actuar positivamente, como consecuencia de que lo dañoso sería la omisión precisamente (esto es, innovar), y da como ejemplo, desocupar un terreno o un edificio¹⁷.

Evidentemente se pretendía evitar que cualquiera de las partes –por vías de hecho- actuara en desmedro de su contrario y transformar así en estéril la actuación de la jurisdicción. De ahí la importancia de que originariamente se apuntaba a mantener la cosa objeto del litigio, persiguiendo para ello que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción; es por eso que teóricamente la denominación de esta medida “prohibición de innovar”, –que si bien es de reconocer que genera confusión o dudas por su denominación, no debería provocarlas–, a lo que se apuntaba era a no alterar el equilibrio que debían observar las partes en el proceso; de ahí, en definitiva, la necesidad de corregir por vía de esta cautelar hacia atrás en el tiempo o para el futuro cualquier tipo de desfase, innovando o manteniendo, en aras de que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción.

4.- REGULACION LEGAL

De esta breve síntesis histórica se puede advertir que finalmente en el Código Procesal de la Nación, que fue seguido por la gran mayoría de las provincias¹⁸, se reguló la prohibición de innovar en el art.

Francesco; Instituciones del Proceso Civil, Ed. Librería El Foro, 1997, T. I, p. 88).

¹⁷ Linares, Juan F.; op. cit., p. 845; quien a su vez citando a Cossio (Las Lagunas del Derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1942, p. 66 al final), destaca que no se puede desconocer que el no hacer es un modo de obrar, es decir una acción o conducta.

¹⁸ Entre las que no la han regulado con la misma fórmula que el Código Procesal Nacional, se destacan los Códigos Procesales de las Provincias de Mendoza, Santa Fe, Jujuy y Tucumán. No obstante ello, por ejemplo en la Provincia de Santa Fe, el Código Procesal establece en su art. 289, que “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 litigantes”; y del mismo modo que se ha expuesto esta temática, se ha interpretado que “corresponde admitir como medida cautelar innovativa la solicitud de alimentos provisorios a favor de una persona por nacer incoada por la madre de ésta, pues la verosimilitud del derecho surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la reclamante y el emplazado, y el peligro en la demora deriva de la gravedad de la progenitora y del abandono por parte del marido” (Trib. Coleg. Civ., 5ta. Nom., Rosario; 6/8/08, G., B.P. c/M., H.H., diario L.L. del 7/10/08, p. 6).

230, que concibió estas dos facetas de la actuación de la jurisdicción, con carácter asegurativo; esto es, como lo había puesto ya de manifiesto la doctrina tanto nacional como extranjera, manteniendo o alterando un determinado status quo¹⁹, en los siguientes términos:

“Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere verosímil; 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”.

De tal forma se advierte de su simple lectura, que esta medida resulta procedente cuando se reúnen los requisitos que hacen a la viabilidad de todas las cautelares, aspecto que se refleja en el primer inciso y el comienzo del segundo, porque se alude a la demostración de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora²⁰.

Y a continuación se señalan los dos aspectos que ya había anotado la doctrina italiana cuando analizó la actuación de la jurisdicción con carácter asegurativo.

Obsérvese que se indica en el segundo inciso que si el peligro de la demora –como presupuesto de toda cautelar- proviene del mantenimiento de un determinado statu quo, se faculta a la jurisdicción a alterarlo, es decir a innovar, ya que el mantenimiento de esa situación es la que origina el peligro que se pretende aventar²¹.

De tal forma se ha resuelto que: la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al

¹⁹ Ese principio también fue interpretado con el mismo alcance por la Corte Suprema quien en un precedente de 1889 ya había interpretado que la orden de no innovar, en la demanda sobre exención de impuestos y no concesión de otras usinas de gas, entablada contra la Municipalidad, no comprende la aprobación de planos que ésta haga de otra compañía (Fallos 37:325).

²⁰ La Corte ha señalado que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos 306:2060).

²¹ En el análisis de cualquier medida cautelar debe considerarse que ésta significa un anticipo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del pronunciamiento pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Así, uno de los presupuestos en que se fundan las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho, entendido como la posibilidad de que éste exista no como una incontrastable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo. La pretensión actora por vía de la medida requerida, aún cuando pudiese entenderse que satisface ante tempus, el objeto principal del amparo, y ya sea que se interprete la petición como una medida innovativa interinal o innovativa con fines asegurativos o preventivos (medida innovativa), no obsta a su procedencia en razón de las particularidades del caso (CNCiv., Sala B, 8/7/05, in re “F., C.A. c/Sistema de Protección Médica S.A. – División Tim).

tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 326:3729; 326:3210; 326:2261; 327:2490, entre otros).

Esta no es otra más que la faceta innovativa de la prohibición de innovar, pues el peligro de un daño o bien el daño mismo que se genera, proviene del mantenimiento de un determinado *statu quo*.

En la otra faceta que corresponde analizar, se puede apreciar que la norma señala que si el peligro proviene de la alteración de un determinado *statu quo*, se faculta a la jurisdicción a su mantenimiento, esto es la faceta de no innovar de esta medida, por la cual se propende a mantener una situación determinada pues el peligro proviene de su posible alteración.

En ambos supuestos, sea que el peligro provenga del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, o bien de su alteración, obsérvese que el legislador con toda claridad señaló que ese peligro en la demora, como presupuesto esencial que hace a la procedencia de toda cautelar, tiene que ser analizado, pues la inactividad de la jurisdicción podría influir en la sentencia, porque convertiría su ejecución en ineficaz o eventualmente imposible.

Es de destacar, con respecto a la redacción impresa al art. 230 del Código Procesal, que la doctrina ha interpretado parcialmente este precepto, siendo coincidentes los criterios esbozados por Palacio y De Lázzari en ese sentido, toda vez que su redacción no ha sido observada integralmente y además se han abocado de lleno a tratar sólo un aspecto de todo su alcance, precisamente la faceta que apunta a no innovar, es decir, al mantenimiento de un determinado *statu quo*, pasando por alto que la norma resulta clara en el sentido de los requisitos que deben observarse para su dictado, en miras a los fines que la misma persigue²².

²² En el sentido expuesto, puede verse De Lazzari, Eduardo N.; *Medidas Cautelares*, Ed. Platense, p. 547, que señala que la distinción entre la faceta de no innovar y la innovativa dentro de los pliegues del art. 230 del Código Procesal fue inexplicablemente omitido en su consideración por la doctrina y la jurisprudencia. En idéntico sentido se expide Palacio, quien señala que tanto Reimundín como Podetti, a partir del Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Salta en 1979, omitieron toda consideración de la faceta innovativa dentro de la prohibición de innovar restringiendo solo su análisis a la faceta de no innovar, como medida de no innovar, circunstancia que también involucra a la jurisprudencia, ya que refiere que los jueces en muchos casos en lugar de aplicar el art. 230 en cualquiera de sus dos facetas, en especial a la innovativa, lo invocaron junto con el art. 232 que contempla la medida cautelar innominada, generando las dudas interpretativas sobre su alcance, de ahí que refiera en el trabajo aludido a la venerable antigüedad que tiene la medida innovativa (Palacio, Lino E.; *La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual*, Revista de Derecho Procesal, 1998, p. 105 y ss.).

Como se señalara, la medida procede en todo tipo de juicio, lo que no significa por el contenido total del precepto analizado, que requiera la existencia de un juicio previo, pues puede ser requerida antes de su inicio.

Además, la norma requiere sólo que el derecho invocado sea verosímil, presupuesto sustancial que hace a la viabilidad de toda cautelar, por lo cual la apreciación de la jurisdicción sobre su admisibilidad se debe apoyar sólo en la apariencia del derecho invocado como verosímil. Hay una clara oposición entre el juicio de mérito que lleva a cabo la jurisdicción al momento de dictar sentencia con la simple apariencia del derecho que se invoca en estos casos, el cual tendrá un énfasis mayor con el cuidado que requiere la Corte en virtud de los efectos que puede implicar el dictado de una medida de estas características. Esta circunstancia ha llevado a la doctrina a aludir a una fuerte probabilidad de certeza del derecho invocado, o también a una verosimilitud calificada del derecho invocado.

El otro presupuesto que a veces genera alguna confusión está representado por la existencia de peligro, tal como reza la primera parte del segundo inciso de la norma. Pero ese presupuesto sustancial, es común a toda medida cautelar, y usualmente se lo conoce como “*periculum in mora*”, esto es el peligro en la demora, que se configura desde dos puntos de vista.

Por un lado, se debe atender a la situación en particular que concretamente se plantea en el caso, es decir, los hechos mismos develan la existencia del peligro en la demora.

Pero por otro lado, se debe observar esa situación a la luz del devenir de lo que Calamandrei denominaba el “ordinario iter procesal”, es decir, el consumo que naturalmente hace el proceso del tiempo.

Es inevitable que el proceso sea consumidor de tiempo, por lo tanto, para evitar que el daño que se produce -o aún está en ciernes- pueda traer consecuencias irreparables, o de muy dificultosa reparación ulterior, se ha previsto la actuación de la ley con carácter cautelar.

Y a lo que apunta esta actuación precisamente es a resguardar los derechos que aparecen involucrados en el conflicto, de modo tal de permitir así el desarrollo del proceso y acceder –por esa vía- a la obtención de un pronunciamiento de mérito que permita la actuación de la voluntad de la ley, sin la cual el proceso carecería de sentido y por ende también la sentencia a la que se pueda acceder.

Este estándar de razonamiento, queda representado por el peligro en la demora, que en este caso insume no solo la situación en particular que se contemple, sino además el consumo de tiempo que hace el proceso mismo, y tiene la suficiente amplitud como para albergar diversos tipos de perjuicios, que corresponderá analizar casuísticamente, pudiendo dentro de él caber variantes de distinta envergadura.

Sirva como ejemplo el trabajo antes referido de Juan Francisco Linares, en el que se refiere que se ha interpretado como peligro en la demora, daños irreparables provenientes de la ocupación de un campo por el Gobierno pendiente un juicio de amparo; la clausura de una explotación minera; el remate de un bien hipotecado por el Banco Hipotecario Nacional; el cobro de multas por vía de apremio cuando antes se habían impugnado por la vía contencioso-administrativa, entre otros²³.

Es que precisamente el sintagma peligro en la demora es lo suficientemente abarcativo para contemplar situaciones de diversa índole, señalándose este aspecto pues existe otra interpretación en virtud de la cual resultaría necesario otro aditamento para acceder a este ámbito excepcional de esos sistemas cautelares, que sería lo que la doctrina ha denominado “*periculum in damni*”, esto es, que el daño que se genere de no adoptarse la medida cautelar que se solicita, se transformaría en irreparable.

En este sentido la posición sustentada por Palacio resulta muy elocuente, toda vez que señala que ese aditamento configuraría la necesidad de agregar una cuarta rueda a un triciclo²⁴.

Más allá de la contundencia en la apreciación del recordado maestro, es útil observar que condicionar una medida cautelar, precisamente de las características de la que aquí se analiza, a un requisito adicional abriría una especie de impedimento creado artificialmente, por la sola razón de que se interprete con el alcance señalado el peligro en la demora; es decir, sólo se podría tutelar con el alcance que prevé este sistema cuando existiera un daño irreparable a evitar²⁵.

La flexibilidad que permite el estándar tradicional de peligro en la demora despeja todo tipo de inconvenientes en ese sentido, pues no sólo comprende un daño de las características que se señalan,

²³ Ver Linares, Juan Francisco, op. cit., p. 836.

²⁴ Palacio, Lino E.; La venerable... cit; Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 112.

²⁵ Este criterio cede a la luz de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal en el leading case Camacho Acosta, en donde se señala que cuando esta medida actúa dentro del ámbito que aquí se ha denominado excepcional por atípico, proyectando sus alcances sobre la propia decisión de mérito, el peligro en la demora deberá apuntar a la demostración de un daño que resultaría irreparable de no adoptarse la medida en cuestión, aspecto éste que por el momento importa una tutela anticipada, pues alude al efecto que provoca la medida adoptada que por sus proyecciones afecta directamente a la sentencia definitiva que recaerá en el proceso.

sino su constatación a la luz de los hechos propios de cada situación en particular, lo que permite mucha más fluidez en su utilización.

Finalmente, la última parte de la norma da la pauta del carácter residual y genérico de la prohibición de innovar, pues señala precisamente que resultará operativa en tanto y en cuanto no exista la posibilidad de obtener la cautela solicitada por medio de otra medida.