

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Entre los distintos aspectos que son destacables en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), uno de los que prácticamente fue reconocido por toda la doctrina, radica en la cantidad de normas de neto corte procesal que se encuentran a lo largo de todo ese ordenamiento.

Sin embargo, más allá de que se utilizó como respaldo para esas inclusiones la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ que reconoce la validez de ese tipo de normas que -en principio- están restringidas a la órbita legislativa de las provincias, conforme se desprende de los arts. 5 y 121 de la Constitución Nacional, lo cierto es que encuentran fundamento en la necesidad de hacer operativos los institutos de fondo que se regulan².

¹ Fallos 138:157; 141:254; 151:315; 247:524.

² Sostenía Couture en relación a este aspecto que sin perjuicio de que las normas sean de índole procesal, aunque no se encuentren en el ordenamiento respectivo porque se ubiquen en otros diversos, si a través de ellas se persigue la actuación de la jurisdicción propendiendo a la obtención de un pronunciamiento que sea a su vez ejecutable, es evidente que se trata de normas de neto corte procesal y así deben ser interpretadas (Couture, Eduardo J.; Estudios de Derecho Procesal, Ed. Depalma, T. III,

Entonces, la clave para su interpretación sería analizar cada uno de esos institutos de derecho privado que contemplan medidas de índole cautelar dentro del CCCN, para poder interpretar su alcance y la eventual incidencia que tengan dentro del proceso.

Y a poco de analizar todo ese cúmulo de medidas, se puede advertir sin mayor esfuerzo, que existe una gran mayoría que se inscribe en el nuevo rol que se pretende imprimirle a la jurisdicción, desplegando un mayor activismo en resguardo de los derechos que aparezcan involucrados en un determinado conflicto, restringiéndose la minuciosidad de su regulación, para darle así mayor margen de maniobrabilidad para adaptar la medida a las necesidades de la causa.

Esto se compadece claramente con las previsiones de los tres primeros artículos del CCCN, en los cuales se instruye a la jurisdicción de la forma en que se deben resolver los casos, al informársela de la necesidad de tener en cuenta no ya simplemente la letra de la ley, sino su confrontación con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos³.

p. 47.

³ Gil Domínguez, Andrés “El artículo 2 del Código Civil y Comercial: de los métodos de interpretación tradicionales a los principios Constitucionales- Convencionales de interpretación” publicado en RCCyC 2016 (agosto), p. 57.

Esta impronta que caracteriza al nuevo ordenamiento del derecho privado, que algunos han dado en llamar “constitucionalización del derecho privado”, no puede pasarse por alto para la implementación de un nuevo ordenamiento procesal -tema recurrente en estos tiempos- ya que se ha dejado de lado la fuerte influencia del iuspositivismo legalista, que impregnaba las instituciones de derecho, e inclusive a sus operadores, para transitar otras vías mucho menos rígidas, identificada como principiología⁴ y, por ende, con una mayor adaptabilidad para la solución de conflictos.

Esto no es más que darle un mayor protagonismo a la jurisdicción, desde el poder que así resulta mucho más amplio, para decidir –tanto en forma provisional como definitiva- a partir del diálogo de fuentes⁵ que proponen esos primeros artículos del CCCN, en donde la clave resulta la razonabilidad de la decisión⁶, que desde luego no puede desentenderse de las circunstancias que presente cada caso.

⁴ Lorenzetti, Ricardo L. “Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Editores 2014, Tomo I, pág. 37 y sgtes. .

⁵ Negri, Nicolás “Análisis Crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título preliminar del CCyC” en RCCyC 2016 (diciembre), p. 59.

⁶ Esto lleva a la necesidad de observar la letra del art. 28 de la Constitución Nacional que es el que consagra el principio de razonabilidad, en virtud del cual los principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución no pueden dejar de ser observados para la creación de la norma individual gestada por la jurisdicción, aspecto central que lleva a la necesidad no solo de ejercer el control de constitucionalidad, sino además el de convencionalidad (conf. art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental y arts. 1, 2 y 3 del CCCN).

Y en el tema que nos ocupa, la razonabilidad de esa decisión seguramente en muchos casos vendrá apuntalada a partir de la adopción de medidas interinas, que pueden provocar no solo un resguardo de orden cautelar, sino un anticipo de la jurisdicción a los fines de no tornar estéril un futuro pronunciamiento por su eventual ineficacia.

De todo esto se tratan las medidas cautelares que contempla el CCCN, que son denominadas a lo largo de este ordenamiento indistintamente como medidas provisionales, o provisorias, o urgentes, aunque en todos los casos se advierte la concepción de diversos sistemas –abiertos– pues será el juez quien los haga operativos, que persiguen una actuación urgente de carácter cautelar que apunta siempre a brindar una tutela efectiva e inmediata⁷.

Esto es que abarcan un gran abanico de posibilidades o alternativas, que van desde una actuación meramente instrumental, más allá de su carácter cautelar, hasta aquellas que propenden al resguardo anticipado de los derechos involucrados, aunque tengan carácter provisional, para permitir así un verdadero acceso a la jurisdicción representado por la

⁷ Ejemplo elocuente de lo señalado surge del art. 1713 del CCCN cuando señala que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisorio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda... Como se advierte de la primera parte de esta norma inserta en el título que contempla otras fuentes de las obligaciones, la sentencia que se dicte en la acción preventiva, que por su propio nombre indica su finalidad, puede tener carácter definitivo o provisorio para disponer las obligaciones a las que se alude.

necesidad de obtener una decisión de mérito y su posterior y efectiva ejecución.

Esto es lo que debe completarse no solo a través de la labor jurisdiccional, sino a través del diseño de los sistemas apropiados que contemple una futura reforma procesal, aunque desde ahora, conforme las previsiones de los arts. 230 y 232 de nuestro ordenamiento adjetivo, esos sistemas pueden ser plenamente operativos siguiendo los lineamientos que brinda el nuevo CCCN.

2.- LAS MEDIDAS INNOMINADAS DEL CCCN

Como fuera anticipado, el CCCN contempla una gran variedad de medidas de carácter cautelar, pero la particularidad que distingue a muchas de ellas es su carácter innominado.

La señalamos como innominadas, por su inespecificidad ya que no pueden ser asimiladas a ninguna medida de las que tradicionalmente contempla el Código Procesal (como el embargo, el secuestro o la anotación de litis, por citar algunos ejemplos), de ahí que hayamos adelantado como resguardo el molde de las genéricas que surgen de los arts. 230 y 232 del Código Procesal, dentro de las cuales pueden ser

inmersas toda esta actuación cautelar o de resguardo que contempla el CCCN⁸.

Por ese carácter abierto que presentan, hace que quede en manos de la jurisdicción su contenido y alcance, advirtiéndose que en todos los casos se apunta a dar, hacer, o no hacer, para mantener o alterar un determinado *statu quo*. Para poder interpretar la situación descripta resulta conveniente citar algunos ejemplos.

El libro primero del CCCN, que alude a la parte general, en su título primero, contempla la persona humana, y en la sección tercera, que refiere a las restricciones a la capacidad, en el art. 34 que lleva por sumario precisamente el de “medidas cautelares”, se señala lo siguiente:

“Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios

⁸ Cuando se señala que la actuación de la jurisdicción puede resultar cautelar perseguimos involucrar las distintas expresiones que utiliza el código dentro de los diversos institutos en los que concibe esa actuación de la jurisdicción ya que alude indistintamente a medidas provisionales, preventivas, sentencias provisionales, medidas urgentes, entre otras. En todos los casos la finalidad que persiguen es el denominador común que distingue estas actuaciones que no es otra que se materialice una tutela que sea inmediata y efectiva. La distinción entre medidas provisionales y cautelares aparece reflejada en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues se habilita a la Comisión al dictado de medidas cautelares y a la Corte al dictado de medidas provisionales. Lo cierto es que cada una de ellas apunta a una finalidad similar que no es otra que el denominador común antes aludido que las distingue.

apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”.

Como se desprende de la norma analizada no existe una medida cautelar específica en particular, que se puede identificar nominativamente dentro de las tradicionales que consagra el Código Procesal, sino que existe un conjunto de facultades a favor de la jurisdicción para atender una situación que puede presentar diversas aristas, de modo de brindarle al juez autonomía suficiente como para adaptar la “medida cautelar” de la que se trate a las circunstancias del caso⁹.

Algo similar sucede con el art. 52 que se incluye dentro del capítulo de los derechos y actos personalísimos, y se titula “afectaciones a la dignidad” que señala lo siguiente:

“La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo 1”.

El libro tercero del CCCN contempla los derechos personales. El título V, otras fuentes de las obligaciones, y finalmente el capítulo 1, la responsabilidad civil, señalando concretamente el art. 1708 -que da

⁹ Lorenzetti, Ricardo L.; Ob. cit. pág. 159 y sgtes.

inicio a este capítulo- que las disposiciones de este título que contempla las funciones de la responsabilidad, son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

De inmediato el art. 1713 de ese mismo capítulo en correlación con el art. 52 citado, señala que la sentencia que admite la acción preventiva del daño debe disponer (adviértase el carácter imperativo del verbo), y abre seguidamente una alternativa que se compadece con ese art. 52 porque señala –a pedido de parte o de oficio- *en forma definitiva o provisoria*, lo que permite advertir la función tuitiva puesta por vía de cautela, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; para ello la norma señala que se debe ponderar un criterio que atienda a la menor restricción posible, y el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Aquí, en la última parte de la norma, se advierte no solo la mayor discrecionalidad con la que cuenta la jurisdicción, sino además la consecución de la finalidad, que no es otra que aquella que se persiga con la acción de prevención del daño.

Como se puede advertir de los ejemplos expuestos, la actuación asegurativa o cautelar que persigue el CCCN, que desde luego propende a la mayor eficacia de los institutos en los que se encuentran insertos, no solo permiten advertir su amplitud, por la variabilidad que

ofrecen a la jurisdicción para disponerlas y mensurarlas, escapando del estereotipo del positivismo clásico, razón por la cual las hemos identificado como innominadas, y es de destacar que además marcan una línea de trabajo a desarrollar hacia una futura reforma procesal¹⁰.

Ha sido una constante en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalar que las leyes están concebidas para regir hacia el futuro¹¹, por lo cual corresponde siempre su adaptación a las circunstancias temporales y modales que deban observarse, de ahí la importancia de dejar de lado el exacerbado iuspositivismo que existía y partir de la existencia de un nuevo paradigma diseñado a partir de los principios en que se apoya la creación legislativa, que no dejan de lado, ni la letra de la ley a la luz de la Constitución Nacional, ni la de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido

¹⁰ Arazi, Roland "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el proyecto del Código Civil y Comercial", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores 2013- 1, p.47. Salgado, José María "Instrucciones para una reforma procesal" publicado en La Ley Sup. Act. 11/11/2014, 1.

¹¹ C.S.J.N. in re "Alvarez, Maximiliano y Otros c/ CENCOSUD S.A. s/Amparo. Allí la Corte dispuso que " las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción" (Fallo 333:2306).

positivizados en nuestro país, ni los usos y costumbres cuando tengan carácter vinculante, ni los principios y valores jurídicos que da cuenta el propio art. 2 del CCCN.

De modo de brindarle así coherencia al ordenamiento, lo que apunta a su mayor adaptabilidad a las circunstancias de tiempo y lugar en que deban ser aplicadas.

En esa línea se inscriben además de los arts. 34, 52, y 1713 que hemos tomado de modo ejemplificativo, también los arts. 479 que contempla medidas cautelares en la acción de separación de bienes, aunque remite a algunas específicamente contempladas en el art. 483, lo que no significa conforme las previsiones de los arts. 1708 y ss. que no puedan requerirse otras que resulten más apropiadas.

Las medidas previstas en los arts. 2324 y 2327 que contemplan tanto medidas conservatorias como urgentes que pueden requerir cualquiera de los herederos al tiempo o aún antes de iniciar un proceso sucesorio, conforme las circunstancias lo exijan, mencionándose a modo de ejemplo algunos supuestos que requieran una urgencia específica como el ejercicio de determinados derechos sobre títulos valores.

En idéntico sentido el art. 2352, también dentro del proceso sucesorio, para el supuesto que aún no cuente con administrador designado, o en caso de que sea necesaria su remoción, contempla medidas que si bien

pueden resultar genéricas por la amplitud de facultades que brinda al juez, se indican otras que son más específicas como el inventario o el depósito de bienes.

La misma interpretación cabe hacer de las medidas que contemplan los arts. 2603 y 2641 del CCCN, para casos de jurisdicción internacional, brindando esas normas facultades a los jueces para adoptar medidas tanto provisionales como cautelares en casos de jurisdicción internacional.

3.- LAS MEDIDAS NOMINADAS Y SU DISTINCION

Por otro lado, el CCCN consagra otra serie de medidas que sí podríamos identificar con las que contempla el Código Procesal, es decir tienen una especificidad concreta.

Ello puede verse en lo normado por ejemplo en el art. 115 que contempla el inventario y avalúo de bienes en la tutela; o en el art. 137 que dispone la suspensión del tutor y la designación “provisional” de otro en su reemplazo.

También contempla una medida específicamente instrumental a los fines de asegurar el pago de alimentos futuros, el art. 550 del CCCN, aun contemplando la posibilidad de que el obligado solicite su sustitución, para lo cual se deberán aplicar las reglas que surgen del art.

203 del Código Procesal y la normativa que resulte concordante a esos fines.

El art. 722 del CCCN señala las medidas provisionales que se pueden adoptar en el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio y, más allá de cierta inespecificidad que puede trasuntar la norma, resulta claro que este precepto apunta al resguardo de los bienes que sean objeto de ese tipo de procesos¹².

Allí concretamente se contempla el inventario en el segundo párrafo de la norma, a los fines de la individualización de bienes objeto de una eventual disolución y liquidación, y además en el primer párrafo, evitar los perjuicios derivados de una inapropiada administración o disposición de esos bienes por parte de uno de los cónyuges, que ponga en peligro o transforme en inciertos los derechos patrimoniales del otro¹³.

Siguen una suerte similar las medidas contempladas en el art. 1655 del CCCN para el arbitraje, pues se da también el fenómeno de cierta inespecificidad al confundir su denominación, como el sumario de la norma cuando alude a “dictado de medidas previas”, para luego hacer

¹² Rivera, Julio C.- Medina, Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación”; Ed. La Ley, Tomo II, pág. 675 y sgtes.

¹³ Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Ed. La Ley, 2015, Tomo III, pág. 894/895.

referencia a la facultad de los árbitros para el dictado de medidas cautelares, señalando que pueden dictar las que sean necesarias en función del objeto del litigio, por lo que se desdibuja la denominación de medidas previas careciendo de toda significación.

Sin perjuicio de que la última parte de la norma resulta inapropiada, por ser contraria a los principios que rigen el arbitraje, es de destacar que las medidas a las que se alude, no pueden ser interpretadas más que como la facultad de los árbitros de dictar aquellas que estimen necesarias, sean porque surjan de la letra del Código Procesal, como otras que puedan adaptar a las circunstancias de la causa, pero lo cierto es que se trata de una actuación cautelar concreta, que debe ser llevada a cabo únicamente –como lo señala la norma- a pedido de parte.

El art. 1822 refiere a las medidas precautorias que se pueden adoptar respecto a títulos valores, y específicamente se alude al secuestro o gravámenes o cualquier afectación del derecho que confiera ese título valor, destacándose temporalmente la oportunidad de su traba.

En la misma órbita, que la sección cuarta del capítulo seis, del libro tercero del código, que alude a los derechos personales, se contempla un cuarto párrafo que refiere a la sustracción, pérdida o destrucción de los libros de registro precisamente de esos títulos valores.

El art. 1881, consagra bajo la denominación de “medidas especiales”, la posibilidad que frente a la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro que –a pedido de parte interesada- el juez con carácter cautelar disponga una intervención, o una veeduría respecto del emisor y de quien llevaba esos libros, con la extensión que considere conveniente, llegando incluso a la posibilidad de suspender la realización de asambleas.

Como se advierte, también se trata de una cautela que resulta típica pues no sólo se encuentra regulada en el Código Procesal (art. 228), sino además en la hoy Ley General de Sociedades (arts. 113 y ss.).

El Código Civil y Comercial ha incluido una pauta especial que tiende a la protección del adecuado tráfico negocial inmobiliario al brindar cierta publicidad temprana acerca de la existencia de la pretensión (art. 1905) disponiendo que la resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, por mandato de la ley de fondo, la “anotación de Litis” con relación al objeto, impidiendo que se puedan celebrar actos jurídicos en relación con aquél, y respecto de los cuales se pueda alegar buena fe¹⁴.

De los antecedentes reseñados, se puede advertir la existencia de diversas medidas que a diferencia de las que se identificaran en el

¹⁴ Camps, Carlos E. “El juicio de usucapión de inmuebles en el Código Civil y Comercial” en RCCyC 2017 (febrero), p. 3 y ss.

parágrafo anterior, sí pueden ser consideradas con cierta tipicidad porque se asemejan a las medidas cautelares tradicionales, sea un inventario, como un interventor, entre otras.

Además de distinguir a estas medidas típicas de las mencionadas anteriormente, conviene también distinguirlas de otras medidas que contempla el CCCN, que importan –por su alcance- una protección, sea cautelar o provisional, parcial o inclusive total, superponiéndose con aquello que podría configurar la pretensión sustancial, por lo que requieren una identificación diversa a la señalada precedentemente.

4.- TUTELAS ANTICIPATORIAS

En estos casos el CCCN, fue más allá de lo que significa una cautela tradicional, consagrando diversos sistemas –que si bien tienen un carácter asegurativo por la cautelaridad que conllevan- entendiendo por cautelar -voz que deriva de cautela- aquello que importa prevenir, precaverse, desde luego de algo que puede generar un daño o un menoscabo o una afeción a un derecho o una prerrogativa.

En este caso, el art. 60 del CCCN contempla lo que la ley 26.529, denominada “Ley del paciente”, consagraba en su art. 29, que era la posibilidad de que una persona brindara directivas anticipadas, para evitar exponer su humanidad a tratamientos invasivos, resguardando la

dignidad de su persona, cuando su vida se viera enfrentada a una enfermedad terminal.

Estas directivas anticipadas, las pueden brindar aquellas personas plenamente capaces, a los fines indicados, para resguardar su integridad física y constituyen un derivado de aquellas que el derecho anglosajón consagró como “living wills”.

En línea con lo expuesto, el art. 483 del CCCN establece la posibilidad de medidas también de carácter protectorio –así las menciona expresamente la norma- a través de las cuales durante el estado de indivisión postcomunitaria se pueden solicitar para propender al resguardo de los derechos e intereses de los cónyuges.

Por ejemplo, la autorización para llevar a cabo un acto por uno de los cónyuges cuando requiera conformidad del restante, si su negativa resulta injustificada; o bien la designación de un tercero como administrador de la masa de bienes que integran el acervo de la sociedad conyugal.

El art. 544 replica de algún modo el viejo art. 374 del Código de Vélez, al contemplar la fijación de alimentos provisionales antes o durante el desarrollo del juicio de alimentos, típica figura de tutela anticipada que se extiende en el art. 586 para los casos de filiación, pues se habilita en el nuevo CCCN a solicitar la fijación de ese tipo de alimentos antes, o

durante el desarrollo del juicio de filiación, como así también el art. 665 otorga igual derecho a la mujer embarazada.

También existe una figura que podría asimilarse a una tutela anticipatoria, toda vez que se superpondría con una pretensión de mérito –en caso de que fuera ejercida en forma definitiva- para el caso de que se facilite la comunicación entre las personas mayores y menores de edad que estén a su cargo, y desde luego cuando uno de ellos obture esa comunicación.

Si bien no se establece en concreto la medida, si puede sostenerse que en forma evidente a lo que apunta la norma, es a la decisión expresa de parte del juez para facilitar esa comunicación, cuando ella ha sido fijada por sentencia o bien a través de un convenio homologado.

El art. 721 del CCCN dispone medidas provisionales relativas a las personas, tanto para el juicio de divorcio como para el de nulidad de matrimonio, señalando en forma amplia que el juez puede adoptar las que estime corresponder, y seguidamente hace una mera enunciación de qué tipo de medidas puede adoptar, especificando concretamente la atribución del hogar conyugal, la posibilidad de fijar una renta por el uso de ese bien en favor del otro cónyuge; ordenar la entrega de efectos personales; o disponer de un régimen de alimentos y cuidados personales de los hijos.

Como se advierte de su concreta regulación, se trataría en todos los casos de medidas que si bien tienen carácter provisional porque así lo señala expresamente la norma, esa interinidad en estas medidas refleja su carácter de tutela anticipatoria, pues existe una consecución -en todo o en parte- de aquello que debería ser objeto de acuerdo entre los cónyuges, por vía de propuesta o acuerdo homologado, o bien por vía de fijación judicial, de ahí el anticipo jurisdiccional.

Además el CCCN, ha creado una tutela preventiva (así la llama expresamente), en el art. 1032, que surge como manifestación de la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), que contemplaba el viejo art. 1201 del Código de Vélez.

Ahora el art. 1032 dispone que *“Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”*.

Prácticamente estamos frente a una norma que brinda una especie de autotutela o autoprotección, toda vez que cuando una parte incumple las obligaciones que contractualmente había asumido, porque sufre un menoscabo significativo que la inhibe a esos fines (“grave”, señala la norma), o ellos se reflejan en su solvencia, la contraparte estaría

habilitada a suspender su propio cumplimiento, con lo cual no es que se solicita al juez la tutela anticipada para dejar de cumplir sus obligaciones, sino que es ella misma quien adopta esa decisión, conforme surge de ese precepto.

Desde luego que esta norma debe vincularse con la anterior (art. 1031), en donde se refleja claramente la excepción de incumplimiento contractual antes referida, y se habilita a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir las suyas.

Y agrega ese artículo, que esta suspensión puede ser deducida judicialmente por vía de acción o de excepción, con lo cual, como se puede advertir, está habilitada para el cumplidor la vía de hecho o preventiva que contempla el art. 1032, o bien la judicial para obtener la tutela que importaría –anticipadamente- dejar de cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante no cumpla las que están a su cargo u ofrezca cumplirla.

Esto se refleja en el ámbito de los contratos y corresponderá ponderar aquí otros factores como la bilateralidad del contrato, su onerosidad, los demás caracteres que tenga el contrato, la índole del incumplimiento, la regulación expresa o tácita del pacto comisorio, aspecto todos que coadyuvan a la interpretación de esta medida, que importa, sin

perjuicio de ello, una tutela anticipatoria por su provisoriedad e interinidad dentro de un proceso judicial¹⁵.

Otro ejemplo de carácter protectorio, que es distintivo de la tutela anticipatoria, aunque se refleja en este aspecto con carácter definitivo, siendo la nota distintiva para asimilarlo a una tutela anticipatoria la necesidad de resguardar los derechos involucrados, debido a la urgencia de la decisión que se requiere, está representado por la partición anticipada que consagra el art. 2002 del CCCN.

Como se desprende de esa norma, siempre que exista petición de parte y concurren circunstancias graves que así lo justifiquen, el juez puede autorizar que se lleve a cabo una partición anticipada entre los herederos, aun cuando haya sido convenida o decidido judicialmente el estado de indivisión.

Existen otros sistemas, que funcionan en la órbita extrajudicial para otorgar mecanismos de resguardo o de aseguramiento, vgr. afectación de un inmueble con destino a vivienda, previsto en el art. 244 del CCCN y sges., cuyo objeto es evitar que este pueda ser alcanzado por acreedores posteriores a dicha constitución.

¹⁵ Otro aspecto importante en línea con lo expuesto, es lo que informa el art. 1084 del CCCN, toda vez que el art. 1032 requiere que el incumplimiento sea grave, y la norma antes indicada señala cuando se genera un incumplimiento que tiene carácter esencial.

Como así también no podemos dejar de mencionar los sistemas cautelares de garantía personal, como pueden ser la fianza, o el depósito, o aún la propia hipoteca, que no es otra cosa más que un mecanismo de resguardo por la garantía que ofrece.

En la fianza, el fiador tiene derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes si se reúnen ciertos requisitos previstos en el art. 1594 del CCCN.

El depósito aparece en el CCCN regulado como un contrato en los artículos 1356 y sgtes. Pero también en muchos artículos, el depósito o guarda de cosas está tomado como medida de seguridad y protección de los bienes, lo que constituye un sistema cautelar de los que venimos mencionando (v.gr. art. 375, inc. m), donde se indica que son necesarios poderes especiales para dar cosas en depósito¹⁶.

5.- ¿PRESUPUESTOS O SISTEMAS?

Cabe hacer mención a los presupuestos que hacen viable este tipo de medidas, por lo cual una distinción fundamental a tener en cuenta es que se amplifica el espectro que enseña el derecho procesal, con relación a aquellos recaudos sustanciales y procesales desarrollados en la teoría general de las medidas cautelares.

¹⁶ Falcón, Enrique M. "El derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación" ; Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, año 2014, pág. 382.

Se ha interpretado desde siempre, que los presupuestos sustanciales de toda medida cautelar están representados por la verosimilitud del derecho, esto es, la simple apariencia de la viabilidad del derecho invocado, para merecer la tutela jurisdiccional y, el peligro en la demora, es decir, la urgencia en adoptar la medida de la que se trate a fin de brindar el resguardo temporal adecuado dentro de la situación planteada.

La concurrencia de ambos requisitos, da lugar a la fijación de una contracautela, a fin de conceder una garantía razonable al afectado por la medida de la que se trate, para el hipotético supuesto que el derecho invocado finalmente no fuera acogido favorablemente.

Además se deben observar los presupuestos procesales, esto es, la serie de recaudos que surgen del art. 195 del Código Procesal, es decir, señalar la medida que se peticiona, el derecho que se pretende resguardar, la fundamentación en derecho de la medida solicitada y, finalmente, la observancia de todos los demás recaudos que hagan a la medida que específicamente se solicite.

Pues bien, del CCCN nada de ello surge, con lo cual es de toda evidencia que la remisión al ordenamiento procesal resultaría inexcusable. Sin embargo, lo que no debe pasarse por alto, conforme fuera desarrollado ab initio, es el nuevo paradigma que con

fundamento en la razón crítica, brinda ese nuevo ordenamiento de derecho privado.

Por lo tanto, el juez no podrá estar sujeto exclusivamente a los recaudos tradicionales que surgen del Código Procesal, sino que en algunos casos, por la evidencia misma de la situación planteada, o bien, por la entidad de la materia objeto de debate, o por la índole de los derechos involucrados, el juez deberá ponderar la situación planteada, con la amplitud que brinda el CCCN, dándole la posibilidad de adaptar su decisión –más allá de su carácter provisional- a las circunstancias del caso concreto.

Sirva como ejemplo, el acuerdo particionario decidido en forma parcial por todos los herederos mayores de edad. No solo se puede tratar de derechos disponibles para las partes, sino además de una situación de urgencia para evitar conflictos ulteriores, con lo cual se advierte con claridad como se desdibujan algunos de los recaudos tradicionales, solo por la simple realidad que presentan los hechos involucrados en el conflicto.

Lo mismo puede suceder en un proceso de divorcio en el cual el juez deba atribuir el hogar conyugal a la esposa, tal vez con hijos menores de edad, y que no cuente con un trabajo fuera de su casa. La evidencia de

las situaciones desdibuja –aunque no los anula como referencia- a los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares.

Todo ello da la pauta, que no se puede aludir solo a los presupuestos o requisitos de viabilidad de las medidas cautelares tradicionales que contempla el Código Procesal, ya que nos encontramos frente a diversos sistemas cautelares, que por su amplitud y apertura brindan la posibilidad a la jurisdicción de llenar su contenido con las adaptaciones que sean necesarias para lograr el mejor cometido que la ley persigue, que no es otra que resguardar el acceso a la jurisdicción brindando una tutela efectiva e inmediata, a la cual se accede a través de tutelas anticipatorias.

El enfoque sistémico del proceso, brinda la posibilidad al legislador de darle al juez –en el caso por vía legislativa- las herramientas necesarias para adaptarlas al caso concreto, con la apertura suficiente que brinda una norma amplia, no solo por su falta de nominatividad, sino precisamente porque de su inespecificidad, más allá del ámbito preciso en el cual se encuentren inmersas, surge el empoderamiento de la jurisdicción para brindarle una mayor amplitud a su accionar a los fines de propender a una tutela efectiva, que ya no importa que tenga carácter provisional, sino que como bien lo destaca el CCCN, esa también resulta una vía adecuada para brindar protección inmediata al justiciable que así lo requiera.

Y esto es precisamente el cambio que debe operarse dentro del ámbito procesal, apuntar a brindar un mayor radio de acción por parte de la jurisdicción, evitando así un procedimentalismo, que por minucioso y específico, ató a la justicia a una actuación extremadamente positivista dando la espalda a la maleabilidad que requiere la adopción de medidas adecuadas para atender las necesidades del justiciable.

Hoy el CCCN invita a evitar ese lenguaje binario que se desprende de la rigurosidad de aquello que está escrito en la ley, por el respeto a la principiología a la que aludíamos al comienzo, por lo que es de toda evidencia que siendo menos las normas cautelares, brindan mayor protección y, facilitan de mejor modo el acceso a la jurisdicción, con el alcance que ello importa que no es otro que el obtener una tutela efectiva e inmediata que resguarde aquellos derechos en disputa o que fueron violentados sea por acción o por omisión.