

Temas procesales conflictivos 2

*director: Adolfo Alvarado Velloso*

# Cautela procesal

Adolfo Alvarado Velloso



editorial Juris

## LA SENTENCIA AUTOSATISFACTIVA<sup>1</sup>

ADOLFO ALVARADO VELLOSO<sup>2</sup>

Hace ya tiempo que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales*<sup>3</sup> que se ha instalado como tema central de discu-

---

<sup>1</sup> Este trabajo contiene ideas similares y exhibe pocas variantes con parte de las presentadas en el libro *La cautela procesal*, editado por JURIS, Rosario, 2008. Y se publica hoy acá dada la existencia de un proyecto de ley sobre la materia que tiene actualmente estado parlamentario y cuyo dice: PROYECTO DE LEY. *Artículo 1º*. Incorpórase como Título VIII del Libro Cuarto de la Ley 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "TITULO VIII. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS" - *Artículo 688 bis*. "OBJETO Y REQUISITOS. Los jueces, a pedido de parte, deberán despachar medidas autosatisfactivas contra actos, hechos u omisiones, producidos o inminentes, que causen o puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación, cuando se encontraren reunidos los siguientes requisitos, los cuales serán evaluados con carácter restrictivo: a) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; b) la petición resulte respaldada por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial en forma urgente e inmediata; c) el interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines". *Artículo 688 ter*. PROCEDIMIENTO."Los jueces despacharán directamente la medida autosatisfactiva peticionada. Excepcionalmente, según fueren las circunstancias del caso, la materia de la medida o los efectos irreversibles que tendría la decisión judicial, podrán decretar con carácter urgente una audiencia para oír a las partes o disponer una reducida sustanciación dentro del término de dos días hábiles desde que fuera peticionada la medida. Sólo se admitirán los medios de prueba que puedan producirse en el término máximo de dos días hábiles de interpuesta. Cuando el juez disponga la sustanciación, el demandado tendrá el mismo plazo para ofrecer y producir su prueba. El juez deberá resolver dentro de los dos días hábiles de interpuesta la medida, producida la prueba o efectuada la sustanciación, o vencidos los plazos para hacerlo. La sentencia que haga lugar a la petición, deberá acatarse inmediatamente. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de contracautela. La citación a la audiencia, o, en su caso, el traslado correspondiente, y la sentencia se notificarán por cédula, carta documento o acta notarial, que se diligenciará en el día, con habilitación de días y horas inhábiles. Las demás notificaciones se efectuarán por ministerio de ley, considerándose días de nota todos los hábiles." *Artículo 688 quater*. "RECURSOS. Rechazada la medida autosatisfactiva, el actor podrá interponer los recursos pertinentes o promover el proceso que corresponda. Concedida la medida autosatisfactiva, el demandado podrá optar por interponer recurso de apelación, el que será concedido con efecto devolutivo, o promover un proceso sumarísimo de oposición. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. En caso de que no se hubiere sustanciado, el demandado dentro de los dos días hábiles de notificado, podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva ejecutada que lo afectare, en el supuesto de que acreditare en forma manifiesta la existencia de la posibilidad cierta de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente. Dictada la suspensión, el juez decretará con carácter urgente una audiencia para oír a las partes o disponer una reducida sustanciación dentro del término de dos días hábiles. Vencidos los plazos indicados en el tercer párrafo del artículo precedente, el juez ratificará o rectificará la sentencia". *Artículo 688 quinquies*. "NORMAS SUPLETORIAS. Se aplicarán supletoriamente en cuanto no resulte incompatible con lo aquí regulado las reglas del proceso sumarísimo". *Artículo 2º*. "Modifícase el inciso 5 del artículo 2 de la Ley 24.573 de Mediación, el que quedará redactado de la siguiente forma: "5. Amparo, hábeas corpus, interdictos y medidas autosatisfactivas". *Artículo 3º*. Comuníquese al Poder Ejecutivo".

<sup>2</sup> Profesor de Teoría General de Derecho Procesal y Director de la *Maestría en Derecho Procesal* que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>3</sup> La falsedad que apunto en el texto es obvia: lo constitucional se opone a lo inconstitucional; la eficiencia a la ineficiencia. ¿Cómo es que puede sostenerse válidamente que lo constitucional —léase *la garantía del proceso*, que asegura la vigencia del derecho de todo ciudadano a gozar de una inviola-

sión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad.

En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr a base de su propia autoridad lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.

Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente*<sup>4</sup> y de *les lettres de cachet*<sup>5</sup> que se expedían en el siglo XV, ha instalado –primero en la doctrina

---

ble defensa en juicio– no debe tomarse en cuenta y puede ser soslayado si el cumplimiento de los trámites que ello implica es moroso debido a la ineficiencia de los hombres que manejan el sistema?

<sup>4</sup> El sintagma *indicio vehemente* aparece en el Concilio de Tarragona (1242) para permitir lograr la convicción de los juzgadores respecto de los sospechosos de herejía.

<sup>5</sup> Relata Michel Foucault (en *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, Barcelona, 1995, pág. 17), que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente las entonces conocidas como *lettres de cachet* que expedían unilateralmente los comisarios de policía ante el solo pedimento de alguien con la influencia necesaria para ello, y que caían como un rayo sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de *decisionismo policial*. Por ejemplo, ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera. Ya se verá más adelante en el texto que esto no se diferencia en lo más mínimo de las actuales medidas autosatisfactivas, pues ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual.

Ya he dicho en anterior ocasión (*El debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003) que cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, los jóvenes abogados —impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general— se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la *autosatisfactividad*. Pero todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial. Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que la está ocupando otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente* de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio del tenedor. Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierte que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarta que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza. Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable– cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelares. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibles en cuestiones de fondo. Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía –por buenos y justicieros que estos pudiesen ser– en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos. Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas: la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verda-

y luego en algunas normativas vigentes— las llamadas *medidas o sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad pero sin darle la más mínima audiencia previa pues se actúa en sede puramente cautelar.

Justo es reconocer que los autores que pontifican desde el principio acerca de la bondad de estas *medidas*, han advertido ahora los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, actualmente, aceptan bilateralizar algunas veces el instar, como se verá seguidamente en el texto.

Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto.

En el ámbito del derecho procesal actual existen dos posturas inconciliables, de ancestral raigambre histórica, que separan a quienes postulan el llamado *solidarismo procesal* y lo practican en el denominado *decisionismo judicial*<sup>6</sup>, y a quienes se enrolan en la línea doctrinal conocida como *garantismo procesal*<sup>7</sup>.

Esta dicotomía actual ha logrado aparecer porque, por un lado, existe una decidida vocación popular (producto de la inseguridad reinante en nuestros países y sostenida por numerosos medios de comunicación) que pregona la necesidad de otorgar un castigo ejemplar e inmediato: encarcelar ya mismo y para siempre a quien es sospechoso o imputado de haber cometido delito (aunque así no se haya declarado en juicio y sentenciado con fundamento en ley anterior al hecho del proceso), matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, etcétera<sup>8</sup>.

---

dera; la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados —*casos no justiciables*— en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado; el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad. Queda, finalmente, algo tanto o más grave y preocupante que todo lo recién referido: la aplicación de las llamadas *cargas dinámicas probatorias*, notable institución gracias a la cual el juez cambia, al sentenciar, las reglas del juego que escrupulosamente respetaron los litigantes durante todo el desarrollo del proceso. y atención: el cambio de las reglas de juego se hace ¡después de que el juego terminó!

<sup>6</sup> Actualmente han llegado a predicar que ya es hora de abdicar para siempre de la aplicación de la ley y aconsejan que los jueces se manejen con puros principios que ellos mismos definen y usan a voluntad. En el campo penal se va aún más lejos: pregonan la necesidad de suplantar con tales principios a todo tipo penal, que debe ser derogado pues se ha convertido en valla insalvable para que los jueces apliquen sus criterios de justicia... ¡Y pensar que hay quienes aplauden estas ideas..!

<sup>7</sup> No debe confundir el lector el tan denostado por la prensa diaria *garantismo progre*, que postulan algunos filósofos del socialismo de centro izquierda actualmente de moda en muchos de nuestros países y que se circunscriben a abogar a favor de toda suerte de minoría que tenga o represente alguna diferencia (racial, sexual, social, patrimonial, carcelaria, etcétera) respecto de los estándares de los grandes conglomerados nacionales, con el *garantismo constitucional* que aquí se muestra, mediante el cual se trata de respetar en todo y cualquier caso el texto de la Constitución nacional y de sostener a ultranza los derechos y garantías en ella acordados.

<sup>8</sup> A quienes todo esto sostienen, la prensa amarilla los mal califica en razón de que, dicen, pretenden colocar una puerta giratoria en el ingreso de las comisarías y juzgados, de modo tal que quien es encarcelado pueda salir de inmediato en libertad para seguir delinquiendo. Y todo ello con fundamento en que así se aumenta la inseguridad, la criminalidad, etcétera. Nada más alejado de la realidad: el garantismo no postula colocar puerta giratoria alguna sino, simplemente, hacer cumplir la norma sus-

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidarista* (la solidaridad se brinda desde el tribunal –que no desde la ley– hacia el pueblo sufragante en general) y procura que los jueces sean cada vez más activos, más comprometidos con su tiempo o con una ideología política determinada o, más simplemente, con la Verdad y la Justicia. Así, ambos con mayúscula.

A tal punto llega esa vocación que, en la actualidad, muchos magistrados ya no se sienten vinculados al orden jurídico vigente sino que pretenden actuar como los antiguos pretores, haciendo literalmente lo que quieren y con prescindencia de los textos legales preexistentes.

Muestra acabada de lo que aquí se dice se observa hasta al hartazgo en la prensa escrita y televisiva: en los dos últimos años no ha pasado semana sin que sea noticia una actitud judicial referida –en la enorme mayoría de los casos– a lo que desde siempre se calificó como *materia no justiciable* (repárese, por ejemplo, en el decisionismo judicial que impidió durante mucho tiempo el normal desarrollo del fútbol argentino...).

En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden jurídico vigente en el Estado en tanto se adecue en plenitud con las normas de esa misma Constitución. En otras palabras: se concibe un juez empeñado en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y, entre ellas y particularmente, la que refiere a *la inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Consecuentemente, el así llamado *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto en que deben estar comprometidos sólo con la ley– declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas *otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados* y resguardando la igualdad procesal con imparcialidad funcional, a fin de lograr el fin último de su actividad: dar certeza a las relaciones conflictivas para mantener la paz social y la adecuada convivencia entre los hombres.

Ello es particularmente así en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos pero, muy especialmente, para quienes más lo necesitan: los sometidos a juzgamiento.

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento: *inquisitivo* (o *inquisitorio*) y *dispositivo* (o *acusatorio*), que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: los procesalistas que tal materia manejan, sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de mayores poderes instructorios; a tal punto, que estamos, hoy y aquí, polemizando sobre la “irrelevancia” del debate procesal cuando el juez actuante –sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!)– decide unilateralmente que quien acciona tiene la razón. No otra cosa son estas *medidas autosatisfactivas*.

En cambio, los procesalistas penales –que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)– exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad instructoria en el juez.

Extraño movimiento conceptual éste, que muestra un exótico cruce filosófico doctrinal: *en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal*. Las llamadas *medidas autosatisfactivas* vendrían a ser una manifestación más de este propiciado *autoritarismo judicial*, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil.

---

tancial pero, eso sí, previo debido proceso en el cual no se haya violentado el constitucional y más que justo derecho de defensa.

Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los CPC de Corrientes, art. 785<sup>9</sup>, Chaco, art. 232 bis<sup>10</sup> y Formosa, 232 bis<sup>11</sup>. Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en común

---

<sup>9</sup> CPC Corrientes, art. 785: “*Medidas autosatisfactivas. Caracterización.* Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente, y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia”. Adviértase que en este régimen absurdo el juez puede prescindir de la contracautela (...podrá...dice la norma) y, en su caso, limitar su vigencia...

<sup>10</sup> CPC Chaco. 232 bis: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valorada motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución no cautelar requerida (¿?), no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas; no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído (notablemente, lo que es clara regla constitucional se ha convertido aquí, por arte de birlibirloque, en excepcional excepción. ¡Cosa realmente notable!); e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso con efecto devolutivo o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de contracautela suficiente”.

<sup>11</sup> CPC Formosa, art. 232 bis: “Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído. El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación, que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de cautela suficiente”.

una redacción castizamente horrorosa, que hiere al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos.

También se encuentran legisladas y –justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación en el CPC de La Pampa, art. 305, que transcribo para la mejor ilustración del lector:

“*Medidas autosatisfactivas*. Quien se encuentre en la situación prevista en el art. 302 de este Código<sup>12</sup>, la que la modifique y sustituya y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz.

“Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

“El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.

“Cuando sea posible la sustanciación previa y brevemente con quien corresponda.

“Al decretar la medida el juez podrá:

“a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinar cuál ha de ser su vigencia;

“b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen.

“A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el art. 201.

“El legitimado para oponerse a la medida podrá:

“a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente;

“b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo;

“c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo;

“d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso”.

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una *especie* de un *género* que de ordinario se denomina *tutela urgente* o *tutela anticipada* que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente *al actor*) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia. Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por quienes afirman el desconocimiento –por vías de hecho o de derecho– de lo que jurídicamente les corresponde.

---

<sup>12</sup> Los transcribo: *Art. 302* del CPC: “*Amparo*. Será aplicable el procedimiento sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que encuadre en las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional y las que contenga la Constitución Provincial”; *art. 201* del CPC: “*Caducidad*. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible, no se interpusiera la demanda dentro de los diez días de su efectivización. Las costas y los daños perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa...”.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético.

Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia imposterizable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares.

Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas *idóneas* a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se puede calificar de *idóneas* a las *medidas autosatisfactivas*? ¿No será peor el remedio que la enfermedad?

Afirmo decididamente que no son *idóneas*, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método)<sup>13</sup>

Se postula desde antaño por los jusprivatistas que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo. Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término, es otro instrumento. En rigor, el *instrumento del instrumento*.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su existencia, validez, extensión y duración.

Pero la novedad de este particular y exótico tipo de “cautela” estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia “cautelar” que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha “sentencia”, como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios. En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor<sup>14</sup>. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del art. 232 bis del Chaco y de Formosa, cuando ambos expresan que “no rigen en la materia los principios de instrumentalidad...”

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste,

---

<sup>13</sup> Y, así, el fin justifica los medios... ¡Viva Maquiavelo!

<sup>14</sup> Y esta es una de las grandes ventajas de esta novedad, según lo indican sus propiciadores, que ven en ellas una suerte de *sinceramiento de una situación hipócrita*, toda vez que vienen a suplir una simulación procesal (la de “inventar” un juicio meramente declarativo o uno de amparo con la sola finalidad de obtener el dictado de una cautelar anticipatoria de sentencia) y evitan la promoción de un pleito que queda vacío de sustancia litigiosa. Esta afirmación encierra un claro sofisma: es cierto que en muchos juicios de amparo o demandas mere declarativas, cuando es despachada una cautela y ella supone un anticipo de la tutela judicial perseguida, el actor pierde interés en continuar el pleito. Empero, nueva y equivocadamente, se mira sólo a la figura del *actor*. El *demandado* no pierde interés en seguir discutiendo el fondo del litigio pues, precisamente, si obtiene el rechazo de la pretensión caducará la medida cautelar que lo grava. Si, en cambio, el demandado nada hace, habrá operado una suerte de allanamiento o transacción que, en los hechos, termina con el pleito ... ¡enhorabuena que ello ocurra! ¿A qué lamentarse de ello? ¿Cuántos pleitos “se mueren” por las negociaciones de las partes? Lo que de ninguna manera puede decirse, sin más, es que el pleito quede “sin sustancia litigiosa” o “pierda toda razón de ser”. El autoritarismo que exuda semejante postura es a todas luces reprochable: se cree dogmática e indiscutidamente en la razón que esgrime el *actor* y se asume, igual de dogmática e indiscutidamente, que el *demandado* nada tendrá que decir (¿!).

donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin oír previamente a quien sufrirá sus efectos.

b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la *sospecha* o el *indicio vehemente* que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.

c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional.

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto: adviértase que sólo se le permite:

d.1) pedir suspensión de la orden judicial pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

d.2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum apelatum*, *tantum devolutum* y *no reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del *iter* del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del *controlador* es sensiblemente menor que la del *controlador*);

d.3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen del art. 18 de la Constitución Nacional;

d.4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya decla-

rados o derechos por declarar pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí critico.

Lo notable de este absurdo pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación del art. 18 de la Constitución Nacional.

Conforme con lo que llevo dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas “medidas anticipativas”.

Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos *de conocimiento* (en los que es necesaria una *declaración* del derecho que asiste al pretendiente), debe transitarse la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los especiales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el *amparo*.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que –a cambio de la moneda *tiempo* (“oro”, como expresaba Couture)– estamos *garantizando la audiencia*, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Esa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas autosatisfactivas, nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el *debido proceso constitucional*, preciosa e insuprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución francesa.

Aunque reiterativamente, cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al *derecho de audiencia* prometido a *ambos litigantes*, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental. Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado *inaudita et altera pars*.

Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la *síntesis* entre una *tesis* y una *antítesis* sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba.

En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas “medidas”, lo primero – y lo único– a tener en cuenta es la *necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes* y las *autosatisfactivas* están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdidas del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ése, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida *cautelar*? ¿No sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del *proceso de amparo*? ¿Puede hablarse de *juicio ordinario* en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducir las aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos *verdaderamente excepcionales*, con *verdadero riesgo de frustración de un*

*derecho*, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: *amparo*<sup>15 16</sup> y sus diversas variantes, *habeas corpus*<sup>17</sup> y *habeas data*<sup>18 19</sup>.

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende<sup>20</sup>, de donde no se advierte la razón que justifica la pronta ad-

---

<sup>15</sup> De creación jurisprudencial y luego de larga evolución preñada de idas y vueltas de los jueces y de los legisladores, el amparo tiene hoy *status* legal en todas partes en la República Argentina, a partir de dos precisos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a sendas peticiones de *habeas corpus*: el caso *Siri*, del 27.12.57 y el caso *Samuel Kot S.R.L.*, del 5.9.58. Conforme con la ley nacional N° 16.986, el amparo es la pretensión dirigida “contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derecho y garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el *habeas corpus*”. Si bien se mira, la idea comprende las instituciones del *injunction* y del *mandamus* legisladas desde antaño en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, arts. 26 y 27. No obstante que el caso *Siri* amparó *contra acto de particular y no de autoridad*, la ley antes señalada lo circunscribió a éstos. Recién a partir de la ley N° 17.454 (CPC de la Nación Argentina) se introdujo, por influencia de insistente doctrina autoral, el *amparo contra actos de particulares* en su art. 3212, inc. 2): “Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos el acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procedimientos establecidos en este Código u otras leyes”.

<sup>16</sup> Amparar es proteger, ayudar, favorecer, defender.

<sup>17</sup> El *habeas corpus* se encuentra legislado en la ley nacional N° 23.098, cuyo art. 3 establece: “Corresponderá el procedimiento de *hábeas corpus* cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1) limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de juez competente; 2) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso, si lo hubiere”. A su turno, el art. 4 dispone: “Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *hábeas corpus* podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; 3) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas; 4) el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional”.

<sup>18</sup> El *hábeas data* se encuentra legislado en la ley nacional N° 25.326 cuyo art. 1 dispone que “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que, sobre las mismas, se registren de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables en cuanto resulten pertinentes a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periódicas”.

<sup>19</sup> Si bien se mira, todos lo supuestos mostrados como ejemplares por la doctrina que alaba a las medidas autosatisfactivas, encuadran cabalmente en alguno de los tipos de amparo recién mencionados en el texto.

<sup>20</sup> En alguna ocasión he mencionado a los jueces que, para soslayar su intervención en un amparo, siempre urticante en épocas relativamente recientes y que no deben ser olvidadas, utilizaban una suerte de *jus cuperpeandi*, gracias al cual siempre encontraban motivos para declararse incompetentes o para rechazarlos liminarmente so pretexto de las más variadas razones: falta de agotamiento de las

hesión de esos mismos jueces a esta pseudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso.

Pero creo imprescindible –a riesgo de fatigar al lector– reiterar algunos argumentos que hacen a la esencia de la posición aquí adoptada en cuanto a la *inaudientia del demandado*

Adelanté ya que la admisión de las «medidas autosatisfactivas» supone, directamente, la supresión del régimen constitucional-procesal vigente.

Y es que cuando el derecho no viene “pre-declarado” (como en los títulos ejecutivos) sino que, por el contrario, hay que “declararlo” por medio de un proceso de conocimiento, ello sólo puede lograrse por el juez *escuchando previamente a ambas partes*.

En un proceso de conocimiento el juez no sabe (¡no puede saberlo!) si le asiste derecho al actor que lo invoca. Si con sólo escuchar al actor le concede la razón, ese juez sólo por azar habrá acertado en la solución del litigio, nunca con algún fundamento jurídico<sup>21</sup> ...

La versión que brinda el actor, la prueba que él puede arrimar, en definitiva, el “tañido de la campana que él mismo bate”, no es más que eso: la presentación de los hechos desde su óptica, desde su parcialidad, desde su subjetivismo. Sin escuchar al demandado, sin darle audiencia para que rebata y pruebe en contra, ese juez no puede (sino como producto de un simple voluntarismo y de una absoluta arbitrariedad) saber si un derecho es “fuertemente verosímil”. Si lo considera así es porque, precisamente, el monólogo –que no *el diálogo*– pudo haberlo llevado a esa conclusión.

La “fuerte verosimilitud”, la “probabilidad cierta”, la “irreparabilidad del perjuicio” deben necesariamente contrastarse con la *versión*, con la *certeza* y con el propio *perjuicio irreparable* de quien en los hechos viene oponiéndose a la pretensión del actor.

¿A santo de qué negarle su *day in court*? ¿Por qué esta renuncia a una conquista que se logró luego de siglos de lucha denodada?

El derecho *de fondo* lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, *de forma*, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo. El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Ese derecho procesal *garantista* es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos.

Las ideas de imparcialidad e imparcialidad del juzgador, de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión *desde el poder*, termine por proponer que un *bien de la vida* pueda ser otorgado sin escuchar a aquél a quien ha de arrebatárselo...

Estamos retrocediendo a lo más oscuro de la historia jurídica so pretexto de brindar una supuesta justicia rápida y eficiente<sup>22</sup>...

---

instancias previas, existencia de otras vías procesales aptas al efecto, vencimiento de los plazos acordados por la norma respectiva, etcétera.

<sup>21</sup> Con lo cual estamos emulando a aquel singular juez Bridoye que resolvía sus casos según la suerte de los dados...

El *derecho de audiencia*, aquel consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados, no se limita a *escuchar* sino a permitir el uso de iguales armas a las esgrimidas por el actor (si éste demanda, una contestación de demanda; si éste ofrece prueba, oportunidad de probar para el demandado, etcétera).

Y nada de ello se da en la especie en tratamiento.

Además, la dialéctica del proceso supone que la *audiencia* implique igualdad de las armas que esgrimen las partes: si el actor afirma y prueba, el demandado debe poder contradecir y confirmar su defensa. El oponente del demandado es el actor, *no el juez*; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor.

Para terminar: a tenor de lo que llevo escrito hasta aquí creo que no hace falta una crítica puntual al texto del proyecto de ley que he mencionado en la nota 1 de este artículo, en razón de que le caben todas las críticas que aquí se han hecho a partir de la simple lectura de la Constitución nacional.

---

<sup>22</sup> A más de lo que se ha señalado en el texto, mucho es lo que se ha hecho y sigue haciéndose a espaldas de la Constitución en homenaje a ello: flexibilización de la congruencia procesal, certiorari, avasallamiento de la cosa juzgada, etcétera. En cada Congreso Nacional de Derecho Procesal se presenta una de estas singularidades al socaire de la doctrina oficial que los gobierna.

**Cautela procesal: críticas a las medidas precautorias**  
ADOLFO ALVARADO VELLOSO  
Ed. Juris  
Rosario - Provincia de Santa Fe, 2008

Adolfo Alvarado Velloso es una reconocida figura del derecho procesal con singular virtud: la profundidad de su pensamiento, inexorablemente, hace pensar. Recientemente su "pluma privilegiada" —expresión que le dedicara Isidoro Eisner hace dieciocho años— nos ha dado la tercera y última parte de su "Introducción al estudio del derecho procesal" —presentada en agosto pasado en el XXI Encuentro Panamericano de Cali—, el interesante libro que aquí comentamos y "Sistema procesal" (en dos tomos).

El prolífico autor rosarino abraza el garantismo procesal bien entendido —aquel que promueve un irrestricto respeto de la Constitución nacional— donde el proceso es el método de debate del que se valen partes antagónicas que actúan en igualdad jurídica a fin de ser juzgadas —y no sojuzgadas— por un tercero imparcial. Sus últimas obras tienen el mérito de trascender más allá de las legislaciones procedimentales contingentes, lo que explica que se hayan editado en varios países de Latinoamérica y en España.

*Cautela Procesal* no sólo atrapa por el enfoque novedoso del tema, sino porque el lector pronto será invitado a revisar nociones que se vienen repitiendo cual dogma desde antaño, a tal punto que seguramente se involucrará opinando sobre los fundamentos críticos del autor. Y la conclusión no es otra que la necesidad de un urgente replanteo doctrinario, legislativo y jurisprudencial que ponga las cosas en su lugar y al menos diferencie adecuadamente la medida cautelar del anticipo de sentencia, cuestión que excede el marco procesal al ocasionar afectación constitucional.

Esta idea está presente desde el inicio mismo del libro en comentario, advirtiéndose que cada vez que se dicta una medida autosatisfactiva o una medida innovativa se tutela el derecho incierto del actor con absoluto demérito del derecho del demandado, soslayando la inviolabilidad de la defensa en juicio.

A partir de allí no cesa la contribución de Alvarado Velloso, quien justifica su preferencia por el sintagma *petición cautelar* en vez de la corriente denominación de medidas cautelares o precautorias. Trascartón, aporta las primeras

pinceladas de una cuestión medular: en razón de que el embargo preventivo es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y la mejor tratada, el resto de las cautelares aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus condiciones de actuación. Pero, por otro lado y sin ostentar jamás la condición de protección cautelar, el legislador previó la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían, lo que plasmó en la ley de fondo, nunca en la procesal.

A medida que se fueron dotando a los jueces de mayores poderes —prosigue— advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentarlos cada día más, llegándose a lo que hoy se denomina como poder cautelar genérico. Aparecieron así nuevas "cautelares", como la medida innovativa y la tutela anticipada, que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de las medidas precautorias. Cuando esto se hizo, el legislador no reparó en que nada cautelaba sino que, bien por lo contrario, anticipaba el contenido de una sentencia declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás —con lo cual todo termina en sede cautelar—.

Pero el problema continúa: Alvarado Velloso enfatiza que la denominación de medidas precautorias o cautelares otorgada a estos anticipos de sentencia hizo que se les aplicaran sin más y directamente las condiciones propias del embargo preventivo —medida cautelar primaria por excelencia—. Y así fue que se obvió toda audiencia previa de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, en perjuicio de su persona o sus bienes y, desde luego, su constitucional derecho de defensa en juicio. Un extremo de este desfase se ha instalado en los últimos tiempos en muchas legislaciones que han incorporado las denominadas medidas autosatisfactivas, cuyo ejemplo más reciente —acotamos— lo encontramos en el nuevo código de procedimientos de la provincia de Santiago del Estero que ha comenzado a regir el 1° de febrero de 2009.

El particular enfoque no se hace esperar: a partir del segundo capítulo, al tratar los presupuestos de toda cautela, el autor entiende que son las condiciones que deben concurrir contemporánea o sucesivamente para que cualquiera de ella tenga eficacia y su resultado sea eficiente. De este modo separa los supuestos precedentes, los presupuestos actuales o coincidentes con el momento de realización del acto —requisitos generales para el otorgamiento— y los supuestos consecuentes —futuros o inminentes—.

En el cuarto capítulo, innova doctrinariamente al presentar su propia clasificación de las

## BIBLIOGRAFIA

posibles cautelares, constituyendo todo un acierto: propone hacerlo atendiendo a su finalidad —según tengan por objeto proteger bienes, derechos litigiosos o ciertos, personas que litigan o desean litigar, medios de confirmación procesal y, en lo penal, de la regular continuación del proceso—. Se aparta así de la clasificación según el contenido a la que recurre la doctrina nacional siguiendo antigua propuesta de Piero Calamandrei.

La estructuración aludida mostrará sus bondades en el puntilloso examen que a continuación se desarrolla sobre cada una de las cautelares procesales: embargo preventivo, secuestro, depósito judicial de la cosa demandada, inhibición general de bienes registrables, embargo ejecutivo y desposesión, intervención judicial, prohibición de innovar, prohibición de contratar, anotación registral, protección de personas, otorgamiento de carta de pobreza, otorgamiento de fianzas, anticipo de producción de prueba y prisión preventiva.

El capítulo 15 desarrolla un novedoso tratamiento del Beneficio de Litigar sin Gastos o Carta de Pobreza para litigar, como cautela que posibilita la defensa de los derechos de una persona, observando que no es legislado como tal sino que es incluido en los incidentes. Además presenta una aguda crítica al sistema, donde sin rodeos explica que la tasa de justicia es un impuesto desfigurado con otro nombre. A su turno, subraya que el Estado puede disponer de sus propias posibles rentas y en consecuencia crear un beneficio que brinde la posibilidad de litigar sin pagar impuestos o tasas de justicia, pero no otra cosa —como las costas—. Pero lo que no puede hacer seriamente es afectar el bolsillo de otros ciudadanos y ordenar que sean ellos quienes carguen patrimonialmente con el beneficio otorgado a los que litigan en su contra. Y esto es lo que sucede —remata— gracias a la solidaridad impositiva: si no paga el actor, paga el demandado, de donde resulta que a la postre el Estado no renunció a nada y, simplemente, cambió la persona del contribuyente.

Párrafo aparte a su análisis de la prisión preventiva, donde cuestiona la detención —y sucedáneos— de personas sospechadas de delito pese al constitucional *estado de inocencia*, lo que se agrava cuando estos "detenidos por las dudas y a las resultas de la investigación" ingresan a establecimientos carcelarios para condenados por sentencia, derivando en una mixtura de clara ilegitimidad, pues se da a los procesados el mismo tratamiento que a los condenados. Llama la atención en cuanto esta detención cautelar configura el adelanto de una pena que el detenido puede no llegar a

(Continúa en pág. 4) >

(Viene de pág. 3) >

merecer jamás, si no se prueba procesalmente la comisión del delito imputado. Concluye afirmando que en tiempos de vigencia del sistema acusatorio esta rara cautela es ilegítima, a la vez que convoca a una seria discusión sobre el tema para ver si debe mantenerse y, en su caso, determinar las condiciones necesarias para ordenar una restricción de la libertad, máximo valor constitucional para el individuo de a pie.

La cuarta y última parte está reservada al detallado estudio de la anticipación judicial de la pretensión demandada, tema que ya adelantáramos y que a nuestro juicio resulta de gran actualidad. La clara postura de Alvarado Velloso debe ser —al menos— conocida por abogados y funcionarios judiciales en épocas donde la entronización de la celeridad procesal ha creado una peligrosa tendencia jurisprudencial alejada de la Constitución que, en definitiva, acoge pretensiones sin las mínimas garantías para el futuro afectado, por carecer de bilateralidad.

Subraya el autor que desde el momento en que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearan, y cuando ya está instalado en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver todos los problemas —aun los no justiciables— se tornará muy difícil retornar a soluciones sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de anticipo cautelar. De ahí que, con sólidos fundamentos, destaque una ineludible línea divisoria conceptual: todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de necesaria e imprescindible audiencia previa. Lo que significa idear trámites hartos breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas.

Con esta idea rectora se clasifican los anticipos de tutela como legales y judiciales. Los primeros están previstos en la ley —prestación de alimentos y litis expensas, apertura de servidumbre de paso y clausura de obra nueva que perjudica a un vecino—. Los segundos, en cambio, son propios de la actividad de los jueces aunque no estén autorizados en la ley.

La pulcra y lógica explicación final de Alvarado Velloso sobre los anticipos judiciales de tutela seguramente hará meditar para luego regresar sobre sus pasos a más de un abogado, a algunos legisladores y a muchos magistrados. Señala que a partir de la desvirtuación de los poderes cautelares genéricos, sin reparar en la diferente naturaleza de la cautela y el anticipo de sentencia, se han inventado ciertas "medidas cautelares" que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional, como la medida innovativa y la medida autosatisfactiva.

En la medida innovativa, recuerda, el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión.

La advertencia final se refiere a las medidas autosatisfactivas: si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término es otro instrumento. En rigor, el instrumento del

instrumento. Entonces, toda protección cautelar accede siempre a un proceso principal del cual es su instrumento, justificando en él su existencia, validez, extensión y duración. Pero —añade— la novedad de este particular y exótico tipo de "cautela" estriba en que no se exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia "cautelar", que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado en la carga de impugnar dicha "sentencia", como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios.

En definitiva, la contribución de *Cautela Procesal* no se agota en la novedosa sistematización y presentación del tema. El decidido y docente estilo del autor deja instalado un provechoso debate con importantes consecuencias prácticas que conducirá, inexorablemente, a que operadores del sistema de justicia replanteen su posición. Otra vez, el pensamiento profundo de Adolfo Alvarado Velloso nos hizo pensar.

Gustavo Calvino