

Sebastián Irún Croskey

Medidas Cautelares y Debido Proceso



UNIVERSIDAD
AMERICANA

Sebastián Irún Croskey

Egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1996 (Cuadro de Honor - Distinguido).

Abogado de la Matrícula desde 1999.

Realizó cursos de especialización en arbitraje y mediación (Universidad de Georgetown, 2000, Universidad Torcuato di Tella, 2002/2003).

Ha cursado el Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2001).

Magister en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario (Argentina), 2007.

Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Miembro del Estudio Jurídico Irún (Asesoría Laboral de Empresas).

Profesor de Derecho Procesal Civil II en la Universidad Americana de Asunción.

Ex Profesor de Derecho Romano II (U. Americana, 2001/2008) y de Historia del Derecho (UNIDA, 2005/2006).

Ha publicado artículos en revistas especializadas (LA LEY y Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la UCA).

Participó como expositor en diversos foros de discusión sobre el "Proyecto de Código Procesal General de la República del Paraguay".

Expositor en el XX Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Santiago de Chile (2007).

Profesor del "Curso de Derecho Procesal Profundizado", Universidad Nacional de Caaguazú, dirigido por Adolfo Alvarado Velloso.

Sebastián Irún Croskey

Profesor de Derecho Procesal Civil en la
Universidad Americana – Asunción, Paraguay

Magister en Derecho Procesal - Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal

Medidas Cautelares y Debido Proceso



UNIVERSIDAD
AMERICANA

1ra. Edición



A mi esposa y mis hijas.

A mi maestro, Adolfo Alvarado Velloso.

Queda hecho el depósito por Ley.
Prohibida la reproducción parcial o total por cualquier medio.
© Sebastián Irún Croskey

ISBN 978-99953-62-09-6
Impreso en el mes de noviembre de 2009.

Diseño editorial: Ernesto Vázquez. Tel. 420 844.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD

DR. ANDRÉS BENKÖ

Rector y Presidente del Consejo Superior

AMALIA MONGES

Directora de Postgrado

Editado por el Departamento de Postgrado de la Universidad Americana
Avda. Brasilia 1100 - Telefax: (595-21) 291 965
www.uamericana.edu.py
Asunción, Paraguay

A mi querido Maestro y Padre
en el afecto, por toda la paciencia
recibida en estos años.

Sinceramente,


Agosto / 2010

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE	
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO. ESTADO ACTUAL DE LA MATERIA	17
CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES	19
1. Concepto	19
2. Fundamento	21
3. Antecedentes históricos. Derecho romano	24
4. Caracteres de las medidas cautelares	27
4.1. Instrumentalidad	28
4.2. Provisionalidad	31
4.3. Flexibilidad o variabilidad	32
4.4. Despacho sin audiencia de parte	34
4.5. Sumariedad	36
CAPÍTULO II: PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO	38
1. Introducción	38
2. Examen de cada uno de los presupuestos	39
2.1. Peligro en la demora	39
2.2. Verosimilitud del derecho	40
2.3. Contracautela	45

CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS LLAMADOS “PROCESOS URGENTES”. SU DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FORMAS DE TUTELA	49
1. La categoría de los “procesos urgentes”	49
2. El proceso de fijación de alimentos	50
3. El amparo	52
4. Los interdictos posesorios	55
5. Las llamadas “medidas autosatisfactivas”	57
5.1. Concepto	57
5.2. Su diferenciación de las medidas cautelares	59
5.3. Crítica	60
 CAPÍTULO IV: EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN CAUTELAR EN EL SISTEMA VIGENTE	65
1. Introducción	65
2. ¿Proceso o procedimiento cautelar?	66
3. Recursos otorgados por la ley contra las providencias dictadas en materia cautelar	68
3.1. Apelación directa por parte del solicitante. Efectos	69
3.2. Apelación directa por el demandado. Efectos	70
3.3. Imposibilidad de revocatoria por parte del demandado	71
3.4. Modificación por pedido del solicitante. Trámite y recurso	72
3.5. Modificación por pedido del demandado. Trámite y recurso. Levantamiento inmediato	74
3.6. Otras causas de levantamiento	75

SEGUNDA PARTE

EL DEBIDO PROCESO Y SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES	81
 CAPÍTULO V: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO	83
1. Introducción	83
2. Breve referencia histórica: desde la Carta Magna de 1215 hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos	83
3. Las normas procesales en la Constitución Nacional	87
4. El concepto de proceso derivado de la Constitución	91
5. Los principios procesales	93
5.1. Igualdad	93
5.2. Bilateralidad o contradicción	95
5.3. Imparcialidad del juzgador	96
5.4. Transitoriedad de la serie (cosa juzgada)	100
5.5. Eficacia de la serie	101
5.6. Moralidad del debate	102
 CAPÍTULO VI: BASES EPISTEMOLÓGICAS DEL PROCESO	104
1. El proceso como método de conocimiento	104
2. El método de conocimiento empleado en el proceso judicial. Conocimiento científico y conocimiento judicial	105
3. El carácter hipotético de la verdad procesal	106
4. Verdad sustancial y verdad procesal	110
4.1. La sujeción de la sentencia a los hechos “como fueron alegados y probados” (<i>secundum allegata et probata</i>)	111
4.2. Objeto de la actividad confirmatoria: la “verdad de las afirmaciones” y la “verdad de los hechos”	112
4.3. Límites impuestos por el derecho “sustantivo” con relación a la prueba y la verdad	113
4.4. La disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”	116
4.5. La verdad no es el fin último del proceso	118
4.6. El valor justicia y su relación con el proceso	120

TERCERA PARTE

ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA CAUTELAR VIGENTE.**PROPUESTAS PARA SU REFORMA** 125**CAPÍTULO VII: ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES** 127

1. El concepto de verosimilitud del derecho en la teoría dominante 127
2. Revisión crítica de la contracautela 132
 - 2.1. La contracautela como requisito esencial de las medidas cautelares 132
 - 2.2. El peligro de la ausencia o insuficiencia de contracautela 136
 - 2.3. Inconstitucionalidad de la medida cautelar dictada sin contracautela 139

CAPÍTULO VIII: EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD ENTRE PRETENSIÓN CAUTELAR Y PRETENSIÓN MATERIAL 141**CAPÍTULO IX: LAS DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN CAUTELAR** 144**CAPÍTULO X: NECESIDAD DE REFORMA DEL SISTEMA VIGENTE. BASES Y PROPUESTAS PARA LA REFORMA** 147

1. Motivación obligatoria de las resoluciones cautelares 147
2. Implementación de las bases epistemológicas y constitucionales del proceso en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares 149
3. Adecuación del sistema de revocación e impugnación cautelar a los principios constitucionales y epistemológicos del proceso 152
 - 3.1. Apelación directa por las partes 152
 - 3.2. Revisión de la medida cautelar denegada a pedido del actor 154
 - 3.3. El planteamiento de mejora de la contracautela sin necesidad de incidente 156
 - 3.4. Trámite de los incidentes de modificación promovidos luego de adquirir firmeza la resolución cautelar. Recursos 156

CONCLUSIÓN 159**BIBLIOGRAFÍA** 165

Sebastián Irún Croskey se destaca grandemente en una conocida familia de intachables abogados con honda raíz jurídica en el Paraguay.

Todavía joven abogado, egresó de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción en el año de 1998 y cursó durante los años de 1999 y 2000 la Carrera de Postgrado de *Maestría en Derecho Procesal* que hasta hoy dirijo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Prontamente se destacó en ella por la vivacidad de sus siempre atinadas intervenciones y sagaces comentarios acerca de temas puntuales relativos a la esencia misma de la idea de *proceso*, cuyo estudio metódico y detenido le proporcionó una cosmovisión constitucionalista del medio de debate que no es corriente en el medio tribunalicio en el cual se desempeña habitualmente. Como culminación de sus estudios, presentó su tesis final sobre el mismo exacto tema que hoy se entrega al lector y, luego de defenderla públicamente ante jurado de notables, obtuvo su grado académico de *Magister en Derecho Procesal* (2007).

Durante ese lapso, además de ejercer la profesión de abogado, ha sido profesor titular de *Derecho Procesal Civil II* en la Universidad Americana de Asunción del Paraguay, donde también se desempeñó como docente de *Derecho Romano II* (2001/2008) y en la Universidad de las Américas (UNIDA), en la cual actuó como docente de *Historia del Derecho* (2005/2006). Es también docente del *Curso de Posgrado de Litigación Civil* que la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas dicta en la Universidad Nacional de Caaguazú por medio de la *Academia Virtual de Derecho* (2009).

Además, ha publicado numerosos artículos de opinión doctrinal en la Revista Jurídica *La Ley* y de la Universidad Católica, y ha tenido muy destacada participación como panelista de fuste en las discusiones que se efectuaron en torno del *Proyecto de Código Procesal General de la República del Paraguay* que se intenta hasta ahora introducir al país, al que se opuso eficaz y tenazmente por mantener ideas filosóficas copiadas del *Código Procesal Modelo para América Latina* que contrarían expresos postulados de la Constitución Nacional.

Hasta aquí, pocas palabras referidas al autor. Toca ahora presentar la obra.

El tema relativo a las cautelas no es pacífico en la doctrina procesal. Antes bien, se discute —y arduamente— acerca de su naturaleza jurídica, máxime cuando entre ellas se mezclan claros anticipos de acogimiento pretensional que nada tienen de cautelar.

En los últimos años se ha entronizado una severa y grande confusión —y discusión— en los medios forenses, en los cuales pululan autores que sostienen con alegría y despreocupación que el proceso en sí mismo es claramente ineficaz como medio de debate cuando se litiga con irrestricto respeto a los postulados constitucionales. De donde coligen que lo bueno que hay que hacer es apartarse de inmediato de toda idea procesal y, en aras de la celeridad —en la cual únicamente hacen fincar la eficacia— es menester buscar para los litigios soluciones en vías puramente cautelares, en las cuales colocan, por ejemplo, a las llamadas *medidas autosatisfactivas*, de indudable, grosera y definitiva inconstitucionalidad.

Irún Croskey enfrenta paciente y docentemente todo el tema: lo explica en detalle a partir de hacer una necesaria recordación de los antecedentes históricos que deben ser tenidos en cuenta para comprender el instituto y de explicitar cuáles son los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares en el derecho positivo paraguayo.

Con tales elementos en la mano, diferencia adecuadamente las cautelas conocidas de los llamados *procesos urgentes*, de clara anticipación no precautoria y luego relaciona todo ello con el concepto de *debido proceso*, del cual explica adecuadamente sus bases epistemológicas, incluyendo un agudo estudio del problema de la verdad procesal.

Finalmente, luego de remarcar las deficiencias del procedimiento de revocación y modificación del sistema cautelar, efectúa interesantes propuestas de reforma y presenta las que serían para él las bases a tener en cuenta para ello.

Es éste un trabajo escrito con impecable estilo de tesis académica que no ha perdido de vista el norte abogadil que debe mostrar siempre un trabajo con miras a resultar útil para un foro determinado: por ello es que su lectura será de gran importancia para que los letrados puedan postular mejor y ayudará a los jueces a comprender qué es o que hay de verdad detrás de toda cautela.

Hago votos para ello, felicitando nueva y públicamente al autor por la excelencia de la obra que llega hoy a manos del lector.

Adolfo Alvarado Velloso
Setiembre de 2009

Introducción

**MEDIDAS CAUTELARES
Y DEBIDO PROCESO.**