

## Peticiones cautelares y procesos urgentes

María Gabriela Irún Elizeche

Para principiar el análisis del tema, considero importante establecer la perspectiva desde la cual será abordado; en este sentido, debo mencionar, que abrazo la idea de un derecho procesal garantista, que, como bien dice Alvarado, debe ser considerado, no ya como antaño en épocas de la inquisición medieval o de la inquisición española, un método de opresión a los justiciables, sino -en el sentido diametralmente opuesto- como el último bastión de la libertad para todo ciudadano.

Así, desde la V enmienda de la Constitución de los EEUU nace la concepción del debido proceso. Pero, en definitiva, cabe preguntarse ¿qué idea encierra la voz “debido proceso”? utilizada, tan recurrentemente en nuestro tiempo y hasta banalizada, y, al decir de Alvarado, no requiere cosa más que el cumplimiento de la idea lógica del proceso, en otras palabras, que efectivamente el mismo se desarrolle como un método pacífico de debate dialéctico para la solución de conflictos intersubjetivos de intereses entre dos antagonistas en pie de perfecta igualdad ante un tercero -autoridad- que debe ser imparcial, imparcial e independiente.

En este sentido, de la misma aseveración anterior surge que para poder hablar de debido proceso, la relación procesal debe cumplir ciertas características en cuanto al juez, los sujetos y la pretensión, sobre los que volveré al final de la exposición.

Por ello, todos los institutos o herramientas procesales previstos en las legislaciones, deben ser cuidadosamente establecidos a efecto de evitar la desnaturalización del debate procesal y en consecuencia impedir, lo que ya pregona Maquiavelo, que el fin justifique los medios.

Ahora, adentrándome al tema que me ocupa, cabe señalar que este trabajo parte de ciertas interrogantes que pretendo responder y se hallan relacionadas con: a) la finalidad de las tutelas cautelares en el proceso judicial; b) la clasificación de las mismas y sus notas distintivas; c) el examen de la legislación actual -en materia cautelar- para evaluar si se cumplen los principios del debido proceso judicial y d) la distinción entre tutelas cautelares y procesos urgentes.

### **Finalidad de las tutelas cautelares** [\[arriba\]](#)

Con respecto a la primera interrogante, podemos establecer desde dos miradas la finalidad de las tutelas cautelares durante la tramitación de procesos judiciales:

La primera, desde la perspectiva del justiciable, para lo cual conviene traer a colación la definición de las mismas a la que refiere el autor Martínez Botos, quien establece que las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo.

De lo que podemos extraer que la finalidad de éstas, desde esta perspectiva, es la de evitar posibles perjuicios a los litigantes -probables titulares de un derecho

subjetivo sustancial- y que la decisión judicial recaída alcance a ser eficazmente cumplida.

Otra posible respuesta puede ensayarse desde la perspectiva del sistema de administración de justicia, es decir, desde del Estado, al respecto ya decía Piero Calamandrei, que la tutela cautelar más que estar dirigida a defender derechos subjetivos, lo está para garantizar “la eficacia, y por así decirlo la seriedad de la función jurisdiccional”, es decir a salvaguardar “el imperium iudicis, o sea impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal , una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde... (...)”.

Evidentemente, las tutelas cautelares también son producto de un interés estatal de custodiar el rol protagónico de la autoridad en la solución de conflictos entre particulares y responden, principalmente, a la falta de inmediatez en las respuestas de la administración de justicia, pues, a nadie escapa, que la solución de conflictos a través de un proceso judicial insume tiempo; y en nuestros países, lamentablemente, es dable reconocer, conlleva mucho más del que prescriben las leyes rituales. Es así que con diferentes tipos de tutelas cautelares se busca brindar respuestas a tales problemas que efectivamente existen y se agravan por la mora judicial.

Sin embargo, la preocupación se da cuando en pos de la celeridad -con una pretendida inmediatez en las soluciones de los conflictos sometidos por los justiciables-, a través del denominado eficientismo procesal, se soslayan garantías constitucionales y derechos humanos fundamentales.

Idea que ya fuera sostenida por el Prof. Gustavo Calvino al referir: “este panorama invita a ciertos operadores a buscar el norte en la celeridad, por encima de la seguridad jurídica y las garantías emanadas de la Constitución nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la supuesta dicotomía entre proceso eficaz y debido proceso, prefieren la prevalencia del proceso eficaz.”.

#### **Distinción entre las tutelas cautelares [\[arriba\]](#)**

En cuanto a la segunda interrogante planteada, Calamandrei, décadas atrás ya establecía una distinción entre las providencias cautelares, a las que clasificaba en conservativas e innovativas y las medidas anticipatorias o interinales, a las cuales deben sumarse las llamadas medidas autosatisfactivas, que aparecen en los últimos años, con Jorge Peyrano -procesalista argentino- como su principal exponente.

Para ensayar una diferenciación un tanto acotada entre estas, pero que intenta presentarse con claridad, podríamos establecer:

Las tutelas conservativas, poseen la finalidad de mantener determinado status quo mientras dure la tramitación del proceso, para que el tiempo que insume la tramitación del mismo, no torne ilusoria la sentencia, en otras palabras, en nada intenta modificar el estado actual de las cosas al tiempo de la presentación de la petición.

Las tutelas innovativas, en cambio, parten del vocablo innovar, que según la RAE significa: “Mudar o alterar algo, introduciendo novedades”. Respecto a estas,

señala Alvarado, que el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados. En otras palabras: 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.

Se la ha definido en un principio como: "medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan los resultados consumados de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente".

En cuanto a la tutela anticipada, si quisiéramos entrar en una disquisición terminológica, podríamos decir que entre las medidas innovativas -entiéndase por estas, las que intentan modificar el estado de las cosas durante la tramitación de un proceso- generalmente pueden encontrarse inmersas decisiones que adelanten la pretensión final del actor; sin embargo, el juez también podría ordenar como tutelas innovaciones que no satisfagan plenamente tales pretensiones, pues cuando esto ocurre -se adelanta íntegramente una resolución el resultado del pleito- a lo que un sector de la doctrina las denomina, ya no medidas innovativas, sino tutelas anticipadas o anticipos de sentencia.

Las distinciones precedentes, implican en consecuencia, la variación en los presupuestos que debe acreditar el actor para la acogida favorable de la tutela solicitada:

En doctrina, es generalmente aceptado que para las medidas cautelares -conservativas- se exijan tres presupuestos: la verosimilitud del derecho, la urgencia o peligro en la demora y la contracautela.

Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*): señala Palacio que el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado sino que basta con la simple apariencia o verosimilitud del derecho a cuyo efecto el procedimiento probatorio es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida.-

La urgencia o peligro en la demora: sobre este presupuesto Palacio señala: "toda medida cautelar se halla condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora, es decir, a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión".

Asimismo, Podetti lo define como es el interés jurídico procesal que sustenta la medida, que debe ser actual, dejando a salvo el caso de acciones declarativas o de condenas de futuro. Asimismo el peligro debe ser real y objetivo, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del

solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto.

La contracautela: que es definida como caución, prevención o precaución que importa la acepción jurídica de “seguridad”; vale decir la seguridad que otorga una persona a otra de que cumplirá una determinada prestación u obligación.-

Es por tanto, la única garantía para el cautelado, quien, recordemos, no es oído antes del dictado de la tutela por el juez, para obtener una reparación del cautelante, en caso de haber sido dictada sin derecho, de ahí la importancia de que la misma sea prudentemente fijada para responder a los daños que podría ocasionar la medida solicitada a quien no se le dio oportunidad de audiencia.

Ahora bien, cuando hablamos de medidas innovativas o anticipos de sentencia, de la misma distinción de los fines a las que van orientadas, surge que los presupuestos para su procedencia deban ser también disimiles, pues, como lo establece Calvino: 1. No alcanza con la mera verosimilitud del derecho de las peticiones cautelares, sino que es necesaria una fuerte probabilidad, aunque no sea certeza, de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado. 2. Urgencia extrema, al punto que si la medida no se efectiviza de inmediato, se causaría un daño irreparable al peticionante. Aquí ya no se habla de *periculum in mora*, sino más bien de *periculum in damni*; 3. Contracautela suficiente a efectos que responda por los daños y perjuicios quien obtuvo la medida, en caso de ser revocada ulteriormente o al rechazarse la pretensión en la sentencia definitiva; y 4. Que la anticipación de la tutela no genere de por sí efectos irreparables en la sentencia definitiva. Esto implica que los efectos de la sentencia anticipatoria, sean fácilmente reversibles, lo que por ejemplo no ocurre en el caso de entrega de una cosa mueble consumible que una vez usada resulte imposible reponer. En definitiva, para decretar la medida anticipatoria la autoridad debe considerar que frente a la mayor intensidad de la tutela solicitada, debe exigir mayor rigor y profundización en sus extremos de procedencia.

En síntesis, cuando hablamos de medidas innovativas o anticipos de sentencia, para su decreto se exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: la fuerte probabilidad del derecho, la urgencia por daño cierto o inminente, la contracautela y que la tutela peticionada no genere efectos irreparables en la sentencia del proceso principal.-

### **Examen de la regulación normativa en materia cautelar [\[arriba\]](#)**

A mi parecer en mi país y en las legislaciones de América Latina en general, existe una deficiente regulación en cuanto a las cautelas que pueden ser decretadas durante la tramitación de un proceso judicial, pues no se establece una distinción en la naturaleza y finalidad de cada una de ellas y, consecuentemente, al carecer de claridad conceptual en la materia, no existen parámetros adecuados sobre los presupuestos que deben concurrir para su dictado por el juez, pues, más allá de que sea harto conocida en doctrina la distinción conceptual que marcaba previamente, ella no se halla plasmada en la ley procesal, que regula -a todas las medidas- de manera general y, por ende, insuficiente, para brindar respuestas a los problemas que se suscitan en el marco de las innumerables transacciones comerciales y cambios sociales en que transita el mundo actual.

Como refería previamente, considero que la dificultad en la aplicación de la materia estudiada deviene -principalmente- a consecuencia de una transformación en las relaciones sociales y comerciales en el mundo actual, que por su gran magnitud y variedad, reclaman otro tipo de protecciones a los derechos presumiblemente conculcados, durante la tramitación de un proceso judicial, y no encuentran respuestas adecuadas en las previsiones de las normas procesales que rigen la materia.

Así Alvarado Velloso, establece que la tutela cautelar: “...se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés (...)”.

Es en este contexto, que la regulación de la materia cautelar se inicia en las legislaciones con reglas propias para el decreto del embargo preventivo a los efectos antes señalados, de ahí deviene -tal como lo refiere Alvarado- la insuficiencia normativa en cuanto a la petición cautelar, pues, para el otorgamiento de cualquier petición, aunque su naturaleza y fines difiera sustancialmente con los del embargo, la legislación no hace más que remitirse íntegramente las reglas para este último establecidas.

Así, adentrándome a las previsiones de las normas aplicables en Paraguay, los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares se hallan reglados en general por el artículo 693 del Código Procesal Civil, que prevé que el peticionante debe acreditar los presupuestos de verosimilitud, peligro en la demora y contracautela. Dicha norma, resulta aplicable por el juez ante cualquier petición cautelar, cualquiera sea la naturaleza de esta, pues si bien en leyes de fondo se prevé, para determinados casos, la facultad del juez de dictar ciertas medidas innovativas o anticipos de tutela, en general, la norma procesal aplicable es la que mencionaba líneas arriba, por lo que no se exigen más que estos presupuestos, que como vimos resultan deficientes para garantizar la defensa del cautelado cuando hablamos del dictado de las últimas tutelas.-

En este contexto, para obtener claridad expositiva del tópico abordado, paso a enumerar las insuficiencias normativas a que hacía alusión:

1. Las medidas cautelares se hallan regladas en general, es decir, la norma procesal no prevé distinciones en cuanto a los presupuestos para su otorgamiento y el trámite aplicable para cada clasificación de estas según la naturaleza y finalidad de la tutela que sea objeto de petición, es decir, entre las peticiones cautelares conservativas, innovativas o tutelas anticipadas.-

2. Al no distinguirse entre medidas conservativas e innovativas o anticipatorias, se obvia la audiencia previa al cautelado. Lo que quebranta su derecho a la defensa, pues se adelanta la pretensión final sin escuchar previamente a la otra parte, al respecto, Alvarado ilustra claramente: “Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata pues, caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos....”

A partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al anticipo de solución judicial las exactas características de todas las cautelares procesales y, particularmente, la de la unilateralidad. A base de tales circunstancias, cuando actualmente se adelanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate. Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente puede perderse (el del alimento anticipado, por ejemplo) y el que de seguro se perderá (el de defensa en juicio), debe prevalecer éste, de claro rango superior en el orden constitucional. (...)”. La solución propuesta por el autor -a la que adhiero- consistiría en idear trámites harto más breves que posibiliten la concesión de horas de audiencia previa a la otra parte, que en nada quebrantaría el derecho del actor, pero preservaría el derecho constitucional a la defensa en juicio del cautelado, evitando la desnaturalización del proceso como medio de debate.

3. Ante la ausencia de la distinción antes mencionada, cuando hablamos específicamente de medidas innovativas o anticipatorias, se somete al cautelado a que el magistrado que acogió favorablemente el adelanto del derecho sustancial, sea quien en definitiva lo resuelva, con lo cual, sabe de antemano que el juez ya tiene, cuanto menos, un juicio de fuerte probabilidad sobre el derecho del cautelante, lo que a todas luces afecta su imparcialidad para decidir el fondo del asunto, razón por la cual considero que esto debería estar previsto como causal de recusación al magistrado, o en todo caso, reservar a otro juzgador -que no entendió en la tutela anticipada- la resolución del fondo del asunto; cuestiones que no se hallan regladas en las normas aplicables.

4. No existe regulación específica en cuanto a las formas exigidas al juzgador para el dictado de la cautelar. Y si bien, por imperio del art. 15 del CPC, los jueces están obligados a fundar sus decisiones, y al establecerse presupuestos para su dictado, se entiende que tal concurrencia deba ser plasmada por el juez en la decisión; en general -como no existe una regulación específica- se establece una práctica judicial -con la cual disiento totalmente porque vulnera derechos fundamentales- y son dictadas por proveídos a través de los cuales el juez simplemente establece la concurrencia de los presupuestos exigidos y ordena su decreto, es decir, no reúne los requisitos mínimos de fundabilidad por lo que el cautelado no sabe por qué el juez decidió como lo hizo, lo que lógicamente, deja al primero en total estado de indefensión y quebranta el principio de razonabilidad de los actos de autoridad en todo Estado Republicano, permitiendo así graves arbitrariedades del juzgador.

5. Cuando hablamos de medidas cautelares el código procesal prevé, en su artículo 694, que las resoluciones que concedan medidas cautelares, son apelables sin efecto suspensivo y las que las hagan cesar lo son también, pero con efecto suspensivo. Sin embargo, al dictarse por proveídos carentes de fundamentos, el cautelado -al momento de expresar agravios- no sabe cuáles son los criterios judiciales para el decreto de la medida y por ende se debe prescindir de una crítica razonada a la decisión y simplemente establecer lo arbitrario de la misma, pero en definitiva, lo que pretendo enfatizar es que el cautelado, que pretende hacer valer sus reclamos en grado de apelación -y quien ya no fue oído previo al dictado de la decisión primigenia-, no sabe cuál es el criterio judicial que debe poner en crisis, lo que indudablemente conculca su derecho a la defensa en juicio.

6. Uno de los presupuestos indispensables para el decreto de toda petición cautelar es la contracautela, que debe ser entendida como la única garantía que se

otorga al cautelado, para preservar el derecho a la defensa de quien no fue oído previo a su dictado. Sin embargo, en nuestro sistema se siguen decretando medidas cautelares exigiendo simples cauciones juratorias, que, conviene mencionar, consisten en la simple promesa o juramento por parte del cautelante de responder por los daños que pudiera ocasionar la medida dictada sin derecho; cuestión que considero totalmente ajena a la realidad de las relaciones humanas y litigiosas de nuestro tiempo, pues, se supedita a la voluntad de un antagonista cumplir tal promesa o juramento para el efectivo resguardo de los derechos de quien sufrió los efectos de una decisión judicial solicitada sin derecho, por lo que, si la misma es incumplida, la contracautela ordenada en nada sirvió para garantizar los derechos del cautelado, con lo cual, nuevamente, se lo deja en estado de indefensión, en el caso de cautelas decretadas sin derecho.

7. El art. 692 del CPC faculta al juez a disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, lo que a mi parecer, quebranta el principio dispositivo y, a su vez, la imparcialidad e imparcialidad del juzgador, pues el cautelado no debe ya oponerse a las pretensiones expuestas por el actor para obtener la tutela, sino a las del propio juzgador (?), a quien además corresponderá, nada más y nada menos, que resolver el derecho sustancial de fondo puesto a su conocimiento.

Así, esta deficiente regulación de la materia analizada somete al justiciable a graves trasgresiones de derechos elementales reconocidos constitucionalmente y por las convenciones internacionales de derechos humanos, limitando y hasta anulando el ejercicio los derechos a la defensa en juicio, a ser juzgado por jueces imparciales, imparciales e independientes y a la libre disposición de la materia recursiva para la revisión de los fallos judiciales, en otras palabras, quebrantando la idea básica del debido proceso de la que hablaba previamente.

#### **La categoría de los *procesos urgentes* [\[arriba\]](#)**

En doctrina, se establece la denominación de “procesos urgentes” para aquellos en que el actor requiere la máxima celeridad en la satisfacción de la pretensión, debido a que la ausencia de resolución judicial inmediata podría producir la pérdida inexorable del derecho sustancial, al respecto Irún Croskey señala: “En puridad, convendría aclarar que lo “urgente” no es el proceso en sí, sino la necesidad de que sea adelantada o satisfecha la pretensión del actor, para que ésta no resulte estéril; es decir, lo urgente es el objeto material del proceso, y no el proceso mismo.”

Ahora bien, es importante mencionar que los denominados procesos urgentes y las tutelas cautelares no son equiparables, pues, si bien poseen un presupuesto en común, cual es la urgencia o peligro en la demora; existe una diferencia fundamental en cuanto a la naturaleza de ambos. Así, en los procesos de pretensiones urgentes se pretende lograr una resolución sobre el fondo del asunto puesto a conocimiento del juzgador, es decir, una resolución sobre el derecho sustancial que ponga fin al litigio (por ejemplo, la acción de amparo, el proceso de alimentos, los interdictos posesorios, etc.); sin embargo, cuando hablamos de tutelas cautelares, las mismas se caracterizan por su instrumentalidad, en otras palabras, la necesaria presencia de un proceso de fondo que es el instrumento auténtico de tutela de los derechos o de las situaciones jurídicas sustanciales, por lo que no poseen un fin en sí mismas, sino vinculadas al proceso a cuya eficacia sirven.-

## **Medidas autosatisfactivas** [\[arriba\]](#)

Bordenave, define a las medidas autosatisfactivas como una figura procedimental que busca solucionar una cuestión urgente, satisfaciendo al requirente de manera inmediata y que, una vez despachadas favorablemente, se agotan en sí mismas, o sea sin generar un proceso accesorio o ser sirviente de otro principal.

En este sentido, debe ser entendida, no como una medida instrumental y accesorio para garantizar el resultado del proceso principal, sino como un procedimiento que promueve una decisión sobre el derecho sustancial o de fondo, en el cual el justiciable obtiene inmediatamente la satisfacción de su pretensión, reservando la bilateralización de la misma recién a un momento posterior del dictado de la decisión judicial, a través del planteo del recurso de apelación contra esta; sin embargo, resulta innecesario profundizar en que difiere diametralmente la amplitud en la defensa de los derechos que confiere ordinariamente la contestación de una demanda, con la que limitadamente se puede ejercer al deducir una apelación contra una decisión judicial; pues, en la primera, la contraparte es un antagonista puesto en pie de igualdad; en la apelación, se debe, no ya cuestionar las pretensiones del actor sino los propios criterios esgrimidos por el juzgador, quien además, resolvió sin siquiera oír previamente a la otra parte.

Asimismo, más allá de que se pretenda evitar tal elocuente conculcación del derecho a la defensa del demandado, mediante una acotada bilateralización de la pretensión previa a la sentencia, tales esfuerzos resultan a todas luces insuficientes para su efectivo resguardo, pues, repito, no nos encontramos analizando una medida instrumental sino un procedimiento que pretende soslayar la idea básica del proceso en pos de la celeridad, reduciendo el debate procesal a un efímero traslado que no hace más que desnaturalizarlo limitando así garantías constitucionales fundamentales.

## **Conclusión** [\[arriba\]](#)

El mundo actual vive importantes transformaciones en las relaciones humanas que día a día exigen mayor inmediatez en las comunicaciones y en el cual, el tiempo constituye quizás el bien máspreciado; en este contexto, el derecho procesal debe ocuparse de brindar nuevas respuestas y no mostrarse ajeno a esta realidad.

Pues, es dable reconocer que el proceso judicial naturalmente insume tiempo, al cual, lamentablemente, debe adicionarse la mora judicial que impera en los sistemas de administración de justicia, donde la eficiencia en las respuestas a la ciudadanía es aún una materia pendiente.

Es a ese menester que nacen las tutelas cautelares, para garantizar al justiciable la ejecutoriedad de la sentencia luego del trascurso del tiempo que insuma el desarrollo de toda la serie procedimental del proceso; y para hacer, a su vez, que la función de administrar justicia del Estado, no se reduzca a tardíos e inútiles enunciados verbales que resulten inocuos para la solución de los conflictos cuya solución se pretenden.

Es así como la doctrina ha diseñado, décadas atrás, una clasificación de tales tutelas conforme a su naturaleza y finalidad, categorizándolas en: conservativas, innovativas y anticipatorias; para las cuales se establecieron claras distinciones conceptuales, que implican, a su vez, que los presupuestos para su otorgamiento y



los trámites aplicables a cada una de ellas deban igualmente ser disimiles, todo esto, en pos de resguardar el derecho a la defensa de quien sufre los efectos de las tutelas ordenadas.-

Sin embargo, pese a que tal distinción ya establecía Calamandrei, más de medio siglo atrás, y en ella la doctrina haya avanzado considerablemente, los legisladores nacionales se empeñan en mantener una regulación deficiente en la materia, reglándolas, en general, por las normas aplicables al embargo preventivo, es decir, a las tutelas conservativas; pero, contrariamente, en las leyes de fondo amplían los poderes cautelares del juzgador a las demás categorías de tutelas antes mencionadas.

Por lo tanto, observo una patente contradicción, pues por un lado se observa una resistencia para regular acabadamente el fenómeno cautelar, pero por otro, dotan a los juzgadores de cada vez mayores poderes cautelares, abriendo el abanico con la inclusión de cada vez más tutelas; lo que me permite concluir sobre la conveniencia de mantener esta deficiente regulación, pues con ello, al tiempo de limitar las garantías al ciudadano se amplía el poder de la autoridad, quien -en general- so pretexto de la ausencia de expresas regulaciones normativas, y haciendo uso y abuso de facultades discrecionales, comete graves arbitrariedades, con claro menoscabo a derechos fundamentales del cautelado.

Es importante señalar que los denominados procesos urgentes y las tutelas cautelares no son equiparables, pues, si bien poseen un presupuesto en común, cual es la urgencia o peligro en la demora; existe una diferencia fundamental en cuanto a la naturaleza de ambos, así, en los procesos de pretensiones urgentes se pretende lograr una resolución sobre el fondo del asunto puesto a conocimiento del juzgador, es decir, una resolución sobre el derecho sustancial que ponga fin al litigio; sin embargo, cuando hablamos de tutelas cautelares, las mismas se caracterizan por su instrumentalidad, en otras palabras, la necesaria presencia de un proceso de fondo que es el instrumento auténtico de tutela de los derechos o de las situaciones jurídicas sustanciales; de lo que deviene que pretender equiparar los trámites procesales para ambos, implicaría incursionar en inobservancias de estas ideas elementales en detrimento de garantías del justiciable.-

Esto ocurre, cuando un sector de la doctrina pretende imprimir el trámite previsto para la petición cautelar a decisiones sobre el derecho sustancial o de fondo sometido a decisión jurisdiccional, a través de una figura procedimental que busca solucionar una cuestión urgente, satisfaciendo al requirente de manera inmediata y que, una vez despachadas favorablemente, se agotan en sí mismas, desnaturalizando todo debate procesal, y soslayando garantías elementales en pos de una supuesta celeridad, con las denominadas medidas autosatisfactivas.

En este contexto, si el debido proceso implica que se desarrolle la idea lógica del proceso, considero que en lo que refiere a las tutelas innovativas y anticipos de sentencia, e indubitablemente en referencia a las medidas autosatisfactivas, la idea básica del proceso se ve notablemente desvirtuada; pues en cuanto al juzgador, se priva al demandado de un juez imparcial, imparcial e independiente; en cuanto a los sujetos, mal podríamos establecer que se hayan en pie de perfecta igualdad; y en cuanto a la pretensión, por tener carácter de urgente y ser satisfecha inmediatamente por el juzgador, impide que ambas partes participen de todas las series procedimentales del proceso. Es así como so pretexto de la pretendida inmediatez y celeridad en las soluciones judiciales, se eluden garantías

constitucionales reconocidas en los pactos internacionales de derechos humanos; y con ello, se logra una fórmula más que beneficiosa para un modelo que sirva a los intereses de la autoridad y olvide los del ciudadano, pues sirve para dotar cada vez de mayores poderes al juzgador y como lógica consecuencia, aumentar los límites a las garantías del justiciable.

Finalmente, considero importante establecer que creo válidas las tutelas instrumentales creadas para el resguardo de determinados bienes jurídicos con la celeridad que requieren las relaciones humanas en la actualidad, tales como las innovativas y anticipatorias; sin embargo, su adecuación a garantías constitucionales y derechos humanos fundamentales, evitaría que en pos de asegurar determinados derechos se conculquen indefectiblemente otros, tal como lamentablemente ocurre en nuestros sistemas procesales.

#### **Notas** [\[arriba\]](#)

- [1] Alvarado Velloso, Adolfo, Teoría General del Proceso, Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, lección 5, p.1 a 13.-
- [2] Alvarado Velloso, Adolfo, óp. cit., p.13.-
- [3] Martínez Botos, Medidas Cautelares, Ed. Universidad, 1990, Bs. As., pág. 27-29.-
- [4] Calamandrei, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1945, p. 140.-
- [5] Calvino, Gustavo Bordenave, Leonardo, Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas. Su diferenciación e impacto frente al derecho de defensa en juicio, Editorial LA LEY, Bs. As., 2011, p.1.-
- [6] Peyrano, Jorge W., "Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional", en JA, 1977-III-63. Pyerano, Jorge W., "Medida cautelar innovativa", Depalma, Bs. As. 1981., p. 21.
- [7] Palacio, Lino Enrique. Manual de derecho procesal civil. 18va. Edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis (Abeledo Perrot), 2004, p. 773.-
- [8] Palacio, Lino Enrique, óp. cit. p. 773.-
- [9] Podetti, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Aguiar, 1956, Bs. As., p. 57-61.-
- [10] Podetti, óp. cit., p. 59.-
- [11] Calvino, Gustavo Bordenave, Leonardo, Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas. Su diferenciación e impacto frente al derecho de defensa en juicio, Editorial LA LEY, Bs. As., 2011, p. 3.-
- [12] Alvarado Velloso, Adolfo. Cautela procesal: Críticas a las medidas precautorias (Temas procesales conflictivos; 2 dirigido por Adolfo Alvarado Velloso), Editorial Juris, 2008, p. 12.-
- [13] Alvarado Velloso, Adolfo, Teoría General del Proceso, Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, p. 40 a 48.-
- [14] MEDIDAS CAUTELARES Y DEBIDO PROCESO, Irún Croskey, Sebastián, p. 44 y 45.-
- [15] V. BORDENAVE, Leonardo: "La medida autosatisfactiva como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna". Juris, Rosario, 2009, p. 27.-