

LOS SISTEMAS CAUTELARES

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION: EL "PODER" DE LA CAUTELA

Resulta fundamental a fin de propender a la consecución de una tutela que resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el "poder cautelar" para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: "ordinario iter procesal", esto es el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial¹.

Este "poder cautelar", lo identificamos como la reacción inmediata, efectiva y prudente, de la jurisdicción, que permite encauzar una situación afligente, y que por cierto cabe diferenciar concretamente de lo que significa una condena, por más que existan atributos o condiciones que permiten confundir un concepto con otro.

Aquél ilustre jurista florentino, discípulo directo de Chiovenda, nos legó una visión por demás particular y esclarecedora de las que hoy conocemos como medidas cautelares, que permiten configurar ese aspecto del ejercicio jurisdiccional, analizando el comportamiento –primordialmente asegurativo- que evidencian en el proceso, y a través de él, luego de distinguir diversos sistemas de actuación de la ley, siempre con ese carácter, concluyó en la existencia de una zona gris, por sus contornos difusos, en donde se superpone el contenido y alcance de una resolución cautelar, con el que le corresponde a una sentencia definitiva².

La transparencia de su postura, hizo que transcribiera en su obra la disidencia que había mantenido –por entonces- con su colega Allorio³, quien le señaló que en lugar de encontrarse frente a una medida cautelar, por el alcance que tenían esas resoluciones en donde se juzgaba sobre aquello que debía ser materia de la decisión de mérito, estábamos frente a una condena y no a una cautela. Cuando el juez pronuncia una resolución antes del dictado de la sentencia definitiva, que en todo o en parte se superpone con el contenido que deberá tener ésta última ¿está dictando una resolución cautelar o está condenando anticipadamente?⁴

En la actualidad, se reaviva esta difuminación que se produce en los contornos de situaciones como la señalada, con el dictado de la ley 25.488 que reformó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues contiene disposiciones de índole similar a la duda que planteamos, dentro del proceso de desalojo.

Allí se señala, que en algunos supuestos (vgr. el desalojo por cambio de destino, uso abusivo, falta de pago, o vencimiento de contrato), que "luego de trabada la litis", se puede solicitar el reintegro del inmueble dado en locación, y se agrega en la norma que para ello el accionante deberá prestar caución suficiente⁵.

¹ Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Marino Ayerra Merín, Ed. El Foro, 1997.

² Calamandrei, Piero, Ob. cit., p. 48.

³ ídem

⁴ Esta situación por ejemplo, fue contemplada por el propio Vélez Sarsfield, cuando introdujo dentro del art. 375 del Código Civil, la figura de los alimentos provisorios, más allá de ciertas desvirtuaciones que se han producido en los usos forenses.

⁵ Véase la redacción de los arts. 680 bis (ley 24.454), 680 ter y 684 bis (estos dos últimos conforme ley 25.488) del Código Procesal.

Como vemos se tratan de disposiciones que tienen aspectos que pueden confundirse con las medidas cautelares, aunque si analizamos el sistema creado por el legislador en estos casos, veremos que hay aspectos que las distinguen claramente de aquellas⁶.

Como vemos, tanto en nuestra jurisprudencia, como en la doctrina, ya comienzan a aparecer interpretaciones, por cierto interesantes, para tratar de “capturar” los institutos en juego, transformando –quizás impensadamente- en regla las excepciones, o viceversa, pero siempre en la inteligencia de incluir en moldes tradicionales, aquello que surge como novedoso, sin reparar tal vez en la importancia de brindarle la flexibilidad suficiente a esos sistemas, para diversificarlos dentro de los ámbitos en que cada uno de ellos resulte adecuado.

2.- ¿CAUTELA O CONDENA?

Un aspecto importante a tener en cuenta, para diferenciar esos distintos ámbitos antes señalados consiste en distinguir entre cautela y condena, es decir, corresponde tomar como presupuesto básico de análisis, la provisoriedad o la definitividad de las resoluciones que nos ocupan, extremos ambos distintivos de una y otra.

La resolución cautelar, por su propia índole, únicamente busca precaver los efectos de un acto en ciernes, o morigerar los que se hubieren ejecutado, retrotrayendo en ese supuesto las cosas a su estado anterior. Es decir, se cautela manteniendo un determinado status quo, o bien alterándolo.

Pero esto es solo desde un punto de vista, que justamente es el más trascendente y que debe ocupar nuestra mirada, pues existen otras formas, diversas a la expuesta, a través de las cuales la ley actúa en el proceso con carácter cautelar.

Por lo tanto, sería oportuno que nos preguntemos que quiere decir cautelar. Esta palabra deriva de cautela, que a su vez deriva de cauto, y es cauto aquél que observa un determinado cuidado.

De esta palabra deriva también caución (lat. cautio), y de allí precaver, precavido, precaución. Es decir, como se puede inferir, siempre apuntamos a evitar un riesgo, a actuar con prevención, porque somos cautelosos, o somos precavidos. Y en ese caso, dentro del proceso ¿qué riesgo podemos perseguir evitar?

En verdad, existen infinidad de riesgos que se nos pueden presentar. Sirva como ejemplo, la guarda de personas, el resguardo de material probatorio, la continuidad o permanencia de una empresa en su giro habitual, la aplicación de una norma inconstitucional, la disposición de mercadería perecedera, el efecto que puede provocar una obra ruinosa, etc.

Para las diversas alternativas que señalamos, a la ley se le presentan como inconvenientes clásicos, la operatividad del derecho sustancial, que es el que perseguimos dar vida en el proceso, y el desarrollo de éste, que como señalamos, requiere consumo de tiempo.

Ese efecto, que parecería en principio pernicioso, es el que vienen a contrarrestar las medidas cautelares, creación de neto corte procesal, que coadyuvan con la falta de operatividad de la ley sustancial, aunque no comportándose siempre de la misma forma.

Por ejemplo, no actúa la ley procesal del mismo modo para resguardar una prueba, que para asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia. Por ende, el legislador ha creado sistemas diversos que nos permiten la implementación de estos mecanismos aseguradores, o protectorios.

⁶ Obsérvese que en este sentido, ha existido un pronunciamiento –con disidencia de uno de los miembros del Tribunal– pronunciado por la Cámara Civil, señalándose que “el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la medida que dispone la desocupación inmediata del inmueble en un proceso de desalojo con base en el art. 684 bis C.P.C.C.N., debe concederse con efecto devolutivo, en atención a la naturaleza cautelar de la medida (arg. art. 198 C.P.C.C.N.) (CNCiv., Sala H, 2/7/02, in re Tubio, Francisco E. c/Gerola, Alcides A.), J. A. 2002-III-fascículo 3, boletín del 17/7/02, con nota en apoyo de la postura sustentada por la mayoría del Tribunal de Jorge L. Kielmanovich, quien sostiene que la entrega anticipada como medida cautelar, debe aparejar indefectiblemente la aplicación del art. 198 del Código Procesal, salvando con ello la excepcionalidad del efecto suspensivo, que a contrario, sienta el art. 243 del mentado ordenamiento.

Precisamente a través de esos sistemas, el legislador lo que persigue es el mantenimiento de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, de modo tal que puedan atenderse situaciones urgentes, pero también para que no se consumen vulneraciones de derechos que transformen en estéril la actuación de la jurisdicción.

Con un razonamiento distinto, el juez resultaría un convidado de piedra en el devenir de estos tiempos. La celebración y el cumplimiento de contratos a distancia en fracciones de minutos. La incidencia de los mass media en la vida cotidiana, con todo su poderío. La irrupción de la telemática, hacen que no podamos enfrentar el desarrollo de la vida utilizando mecanismos que datan del siglo XIV⁷.

Esto se debe entre otras razones, a la resistencia que se genera en el operador jurídico cuando desconoce la diversidad de los sistemas que debe utilizar, para caer así en moldes clásicos o tradicionales, que le brindan la tranquilidad de operar con herramientas conocidas, que no lo exponen a situaciones conflictivas.

Mientras tanto, el recipiendario de ese servicio de administración de justicia, dentro del cual actúa aquél operador, mira inerte el transcurso del tiempo, sin posibilidades, más que denostar permanentemente la realidad que le toca vivir, y no es para menos, si sus necesidades no se ven satisfechas como la realidad impone, esto es, con la celeridad y la seguridad que reclama.

La mirada distinta de esta realidad que vivimos cotidianamente, puede venir puesta por admitir la existencia de diversos sistemas, que pueden interrelacionarse entre sí, pero que tienen características propias que los distinguen de otros que ya están concebidos por el legislador, y la preparación del operador para su manejo.

3.- LOS DIVERSOS SISTEMAS

Como vimos existen dos líneas bien definidas dentro de estos que denominamos sistemas cautelares. Por un lado, las medidas cautelares tradicionales, que conforman sistemas que por sus características podemos denominar típicos, y otros opuestos, que aparecen dentro de una zona gris, o dentro de un ámbito excepcional, que podríamos denominar atípicos. No obstante ello, resulta oportuno partir, para analizar estas y otras líneas, que tengamos en cuenta las enseñanzas de Calamandrei en su tradicional obra en la materia⁸.

Este sostenía que la ley actúa en el proceso de tres formas distintas: para que el juez conozca, para que el juez ejecute, o bien para que el juez conserve.

Esta última variante es precisamente la que aquí nos incumbe, pues cuando la ley permite que el juez conserve, Calamandrei enseñaba que conservar debía interpretarse con una doble acepción: conservar, manteniendo una determinada situación, o bien conservar “alterándola”⁹.

Esa caracterización nos lleva a advertir que existen diversos sistemas –que vienen a quedar configurados como subsistemas, en este caso, los que llamamos cautelares, que pertenecen a un sistema mayor, que es el proceso, que a su vez se inserta en otro, el Código Procesal y así sucesivamente hasta insertarse en nuestra Ley Fundamental- en virtud de aquellos que mencionamos primero, la ley actúa en el proceso –como dijimos- con carácter conservatorio (o asegurativo).

⁷ A través de la bula Clementina saepe si contigit del año 1306, el Papa Clemente V, dio a la luz el proceso que nosotros hoy conocemos como ejecutivo, pues constituyó un desmembramiento del juicio sumario, a fin de agilizar las negociaciones entre los mercaderes, naciendo así las clausulas guarentigiata, que dieron origen a nuestros actuales títulos ejecutivos. Traemos éste ejemplo a colación, pues en el ámbito del juicio ejecutivo da cuenta la doctrina que nacieron y se desarrollaron las medidas cautelares, desde entonces pasaron “seis siglos”, para caer en el molde de un procedimiento que nos viene de la influencia que ejerció el derecho canónico en el derecho procesal civil.

⁸ Calamandrei, Piero, Ob. cit., p. 34

⁹ Ob. cit., p. 48. Esto se debe a que el daño que se quiere evitar proviene del mantenimiento de un determinado status quo, de ahí la necesidad de alterarlo, “innovando”, es decir modificando, la situación existente.

Sirva como ejemplo de ello, la actuación conservatoria que realiza el juez del concurso, o de la quiebra, muchas veces alterando una determinada situación de hecho para permitir que el concursado, o el fallido, puedan llevar a cabo una determinada gestión, o cerrar un determinado negocio, o permitir la continuación de las actividades habituales, en defensa de la propia masa¹⁰.

Otro ejemplo, lo encontramos en la actuación con carácter conservativo que tiene la ley en materia de prueba anticipada, cuando el juez debe alterar –en el sentido de avanzar modificando una situación procesal determinada- a los fines de conservar prueba que considera importante para dilucidar la litis, este aspecto tiene un sentido fundamental que propende a la mayor eficacia del proceso judicial¹¹.

Por ese motivo, consideramos que Calamandrei entendió conveniente estudiar centralmente a las providencias cautelares, como tales, pues así se manifiestan dentro del proceso.

La doctrina italiana, desde Chiovenda, siguiendo por Carnelutti y Calamandrei, ha analizado desde diversos puntos de vista las medidas cautelares, inclusive es cierto también, interpretándolas como procesos, aunque centrando la mirada de modo preeminente, sobre la pretensión esgrimida, y no sobre el procedimiento, o bien sobre los efectos que producía una decisión al respecto.

Sin embargo, es de destacar que el estudio que lleva a cabo Calamandrei, tiene como punto de partida, la “resolución cautelar” del juez, de carácter conservativo, con el alcance que hemos señalado, es decir manteniendo o alterando.

Precisamente, ese es el sentido que le dio nuestro legislador, al momento de sancionarse la ley 17.454, cuando al aludir a la prohibición de innovar, reguló expresamente en el art. 230 del Código Procesal que aquella medida precautoria era procedente –como sistema asegurativo- *“siempre que existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho...”* (sic), toda vez que lo que la jurisdicción persigue, con el dictado de este tipo de medidas, es precisamente evitar que por vías de hecho (positivas u omisivas), se consume una irregularidad, o un perjuicio, o una violación de un derecho o garantía, por una parte, en desmedro de la otra.

Es decir, que a través de ella se persigue el mantenimiento –esta es la actuación conservativa o innovativa, con carácter protectorio (asegurativo)- de la igualdad de las partes ante la jurisdicción, tratando de evitar un perjuicio hacia alguno de los litigantes, que fuera de muy dificultosa reparación ulterior.

Y por cierto que para ello, no solo alcanza con mantener un determinado status quo, toda vez que en ese caso sus efectos se producirían hacia delante (ex nunc), sino que es probable que sea necesaria la variación de ese status quo, es decir, innovando sobre él, de modo de que en ese caso, el perjuicio se manifestaría por el mantenimiento o subsistencia de esa situación, de hecho o de

¹⁰ De tal forma se resolvió que “a los fines de tutelar el interés iuspublicístico comprometido en el proceso concursal, el juez está autorizado a dictar medidas cautelares de excepción –en el caso, el cese de la suspensión de la fallida del Registro de importadores y exportadores decidido por la Administración Nacional de Aduanas- cuando de ello se sigue un beneficio para la quiebra, sin verificarse un perjuicio irreparable para el tercero afectado” (del dictamen del Fiscal ante la Cámara, que ésta comparte y hace suyo); (CNCom., Sala A, 26/12/97, in re “Manuel Fernández Vega S.A. s/Quiebra”, E.D. 181-404).

¹¹ Cabe señalar que existen ordenamientos provinciales, como el art. 272 del Código Procesal santafecino, que contempla a las medidas de prueba anticipada, dentro del capítulo de las medidas cautelares. Otro ejemplo lo constituye el Código de Mendoza, elaborado por Podetti, quien en el Título VI, al aludir a las medidas precautorias, consagra un capítulo I referido a normas generales, y un capítulo II, que denomina “medidas para asegurar la ejecución y conservativas”, y un capítulo III, que llama “otras medidas preventivas”, dentro del cual su primer artículo (el 125 de ese cuerpo legal), contempla las medidas preventivas para el aseguramiento de pruebas, y nótese como se perfila ya en Podetti, este ámbito que llamamos excepcional, al solo efecto de distinguirlo de aquél otro tradicional, que apuntaba únicamente al aseguramiento de la efectividad de una sentencia, pues dentro de ese artículo 125 del Código Procesal mendocino, se señala, además que podrán adoptarse medidas preventivas para el aseguramiento de personas, la conservación de cosas o la satisfacción de necesidades urgentes (y como ejemplo de lo que constituye un claro anticipo jurisdiccional, el art. 129 contempla los alimentos provisionales).

derecho, que resulta lesiva o perjudicial; de allí la posibilidad de retrotraer –si fuera necesario- las cosas a su estado anterior (efectos ex tunc).

Todo ello se puede advertir con claridad en la obra de Calamandrei, cuando considera que existen cuatro tipos de actuaciones de la ley –en el proceso civil- con carácter cautelar, a partir –reiteramos- del alcance asignado a las resoluciones que las contemplan:

a) Uno de ellos es la actuación de la ley propendiendo –con su actuación conservatoria- a una mayor eficacia del proceso. A este tipo de resoluciones las denominó “providencias instructorias anticipadas”, y constituyen aquellas actuaciones que nuestra ley contempla como prueba anticipada en sus arts. 326 y ss.

b) La otra actuación de la ley que tiene carácter cautelar, es más tradicional, y es la que habitualmente identificamos como la que propende al efectivo cumplimiento de la sentencia, y que Calamandrei denominó: “providencias para el aseguramiento de la futura ejecución forzada”.

c) La tercera actuación que distingue, es la que nosotros conocemos como contracautela, evidenciándose aquí el carácter precautorio de la actuación de la ley, al tratar de resguardar al afectado por una medida cautelar, de los riesgos que importaría su obtención sin derecho, o bien que aquél no pudiera ser demostrado en el proceso, y eventualmente se produjera algún perjuicio.

Antes de proseguir sobre la última variante, es de destacar que dentro de todos estos sistemas cautelares, existe un denominador común, y es que en todos ellos se requiere la reunión de los mismos presupuestos sustanciales, para habilitar a la jurisdicción al dictado de las resoluciones correspondientes.

En todos ellos es necesaria una simple apariencia de que el derecho invocado es verdadero (verosimilitud del derecho, o *fumus bonis iuris*), y que existe un peligro en la demora (*periculum in mora*), que se reflejaría a través de cada situación en particular, sea por la pérdida del medio probatorio que se trata de resguardar, sea por una actuación de hecho del deudor, que persigue insolventarse para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, pero lo cierto es que son presupuestos esenciales de ese tipo de resoluciones estos dos extremos fundamentales, y como consecuencia de su reunión, recién entonces resulta operativa la contracautela, ya que ésta actúa como consecuencia de la reunión de aquellos otros recaudos.

4.- ¿POR QUE SU TRATAMIENTO COMO SISTEMAS?

Con la descripción precedente, se puede observar la existencia de diversos sistemas cautelares, pues de la misma forma en que vimos como el juez del concurso o de la quiebra puede actuar con carácter conservatorio (*innovando*), a favor de la masa, también vemos que aquí actúa la ley procesal, en resguardo de una determinada situación, pero obsérvese que por más que existan puntos en común, existe una divergencia en todos los supuestos descriptos.

Por eso, lo importante a advertir cuando aludimos a los sistemas cautelares, es tener en cuenta qué cosa es un sistema. Grün, lo define como “una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico”¹², y ese conjunto de partes que está

¹² Grün, Ernesto; *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 27. Su definición es tomada de la adoptada por la Asociación Argentina de Teoría General de Sistemas y Cibernética, aunque en general los autores son coincidentes en esa apreciación, más allá de las divergencias que puedan apreciarse en sus definiciones. Lo importante a destacar como bien señala Bunge es que es ínsita a la idea sistémica, que todo sistema tiene propiedades emergentes, que no poseen cada una de las partes que lo integran, precisamente porque la idea en esta teoría es que el todo es más que la suma de sus partes, desde un punto de vista cualitativo. Cabe agregar a ello que

interrelacionada entre sí, permite advertir que un análisis estático (por tradicional, esto es, meramente analítico), permitirá advertir cada una de las variantes que las distinguen, pero que analizadas en forma dinámica nos permiten advertir que al sistema proceso judicial, lo hacen aparecer con características propias distintas de cada una de sus partes.

Por eso, obsérvese que el procedimiento a seguir para la obtención de una prueba anticipada, no es el mismo que el que se debe seguir para el dictado de una medida precautoria típica, como un embargo preventivo.

Además, es de la esencia de las medidas precautorias, que tramiten inaudita parte, una mayor amplitud recursiva (por las variantes que contempla el art. 198), aunque sea restrictiva su concesión (por el efecto), entre otras características además de su celeridad e instrumentalidad para propender así a la mayor efectividad asegurativa que persiguen.

En algunos casos el juez hace actuar a la ley sustancial, vgr. en el caso de la actuación en el concurso o en la quiebra, en otros, el juez hace actuar a la ley procesal, vgr. en el embargo preventivo, o en la producción de prueba anticipada, o en la contracautela.

Lo cierto es que estos parámetros, nos dan la pauta de la existencia de determinados subsistemas (distintos entre sí, aunque su finalidad sea cautelar) que operan dentro de otro sistema mayor que los comprende que es el proceso judicial¹³.

5.- SISTEMAS DIFUSOS O AMBITO EXCEPCIONAL

Esta visión más amplia o abarcativa de las distintas características que distinguen a los sistemas analizados, nos permite introducirnos en la cuarta variante que ha tenido en cuenta Calamandrei en su obra, que es aquella que aquél denomina: “providencia cautelar temporal”, que consiste en una decisión anticipada y provisoria del mérito, aclarando el ilustre florentino, que existía una proximidad conceptual con las que su maestro -Chiovenda- denominaba: “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva”.

Esto en razón que se generaba una situación fronteriza muy particular, pues como señalamos al comienzo, al producirse el pronunciamiento anticipado de la jurisdicción, sobre aquello que tenía que ser objeto de decisión en la sentencia de mérito, era evidente que se producía una confusión.

Pero Calamandrei explicaba, que aquello no excedía el ámbito de las medidas cautelares, pues no había que confundir la definitividad de una sentencia de mérito, con la provisoriedad de una cautelar, la cual se hacía imperioso dictar –antes de la sentencia definitiva- cuando la situación excepcional que se planteaba en el proceso así lo requería, pues las partes no podían quedar sujetas al transcurso de lo que él llamó: el “ordinario iter procesal”, esto es el transcurso de tiempo que normalmente consume el proceso, cuando era imperiosa una decisión provisional sobre el mérito.

Partiendo de la doctrina italiana, el legislador al concebir el Código Procesal en 1968 (ley 17.454), reflejó en sus normas en especial al regular la prohibición de innovar en el art. 230, la posibilidad de que se tutele manteniendo o bien alterando una determinada situación de hecho o de derecho.

Hoy, la doctrina denomina indistintamente como tutela anticipada, situaciones diversas que vienen puestas tanto por la ley sustancial, como por la ley procesal, y que requieren a nuestro entender algún tipo de deslinde, precisando en rigor sus singularidades¹⁴.

la idea de **estructura** dentro de esta teoría, importa el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema. Mientras que el **subsistema** comporta cada una de las partes que integran el sistema que son funcionales y estructurales a la vez, por lo cual cabe agregar que por **función** debemos interpretar la acción o actividad que desarrolla el sistema o cualquiera de sus partes o elementos, conducente al logro del objetivo previsto (Falcón, Enrique M.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, T. V, p. 191).

¹³ Es sencillo advertir en esta línea, dentro del sistema proceso judicial, el subsistema probatorio, recursivo, etc., es decir sistemas menores dentro de otro mayor, que tienen una estructura propia, y funciones que los distinguen, caracterizan, e individualizan, al igual que sucede con los diversos subsistemas cautelares, conforme la descripción realizada en la nota anterior.

Tomemos como ejemplo, lo que sucede con los alimentos provisorios. En el Código Civil, Vélez Sarsfield, por cierto sin ningún tipo de tendencia procesal, pues todavía la ley adjetiva se desgajaba de la sustancial, había pergeñado un sistema a través del cual se lee en el art. 375, que cuando se promueva un juicio de alimentos, junto con la demanda, o bien durante su sustanciación, el alimentado podrá solicitar -cuando sean de toda necesidad- la fijación de una cuota provisorio de alimentos.

Esto es un ejemplo claro y elocuente, de lo que podría identificarse como tutela anticipada, siguiendo la denominación hoy utilizada por la doctrina, y al margen de los reparos que nos merece aquél sistema¹⁵.

Otro ejemplo, también elocuente de la utilización de los sistemas cautelares, con carácter excepcional, que llevaron a la jurisdicción a anticipar, en todo o en parte, aquello que debía ser materia de su sentencia de mérito, se puede ver reflejado en infinidad de fallos colectados en los anales de jurisprudencia de los primeros años de la década de los 80, en los cuales con motivo de diversas circulares del Banco Central de la República Argentina¹⁶, los mutuos hipotecarios, en virtud de la espiral inflacionaria que padecía el país, sobre la base de los mecanismos de ajuste que contemplaban, y los intereses que se devengaban, a favor de las entidades financieras, se provocaba una situación por demás paradójica, pues cuanto el deudor más pagaba, más debía, como lo señaló, con tanta precisión, por entonces el juez Buedo.

De tal forma, para no caer en mora y estar habilitado para pedir la revisión del mutuo hipotecario, el deudor estaba indefectiblemente obligado a peticionar una medida cautelar, que le permitiera hacer frente a sus obligaciones, dejando de lado el sistema de ajuste que consagraba el mutuo, y de esa forma acceder al dictado de una sentencia de mérito, que declarara la invalidez de esos mecanismos de ajuste.

Entonces, existieron muchísimos pronunciamientos judiciales, que para evitar el mantenimiento de ese status quo reinante, lo alteraban a través de una medida innovativa (que incluían tanto dentro de los pliegues del art. 230, como del 232 del Código Procesal), para aventar esos riesgos para el deudor¹⁷.

¿Para qué se hacía esto? Era precisamente para lograr que por vías de hecho, el actor no viera desdibujada su posibilidad de obtener la tutela de la jurisdicción, frente a una realidad inflacionaria que era pública y notoria.

Pero lo importante era que el juez, en oportunidad de dictar esa medida cautelar, lo que estaba haciendo, era adelantando, aquello que iba a tener que decidir al momento de sentenciar la causa.

¹⁴ Sirva como ejemplo la normado por los arts. 680 bis (ley 24.454), o los arts. 680 ter, o 684 bis (ambos según ley 25.488), todos éstos preceptos incorporados al Código Procesal, dentro del proceso especial de desalojo.

¹⁵ Al respecto señalé, en un trabajo titulado “Alimentos provisorios: ¿especie de los sistemas cautelares?, publicado en Revista de Derecho Procesal 2002-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 351 y ss., más allá de seguir el mismo criterio de interpretación sistémica con respecto al alcance tuitivo de la ley, las observaciones que merecía el sistema tal como se lo interpretaba o aplicaba en los usos forenses, pues se estaba desvirtuando su funcionamiento.

¹⁶ Como por ejemplo las tristemente famosas circulares 1050, 687, entre otras, de ese organismo.

¹⁷ “Procede la adopción de medidas precautorias si se advierte que el mantenimiento en forma absoluta de las prestaciones contractuales llevaría a desvirtuar la razón de ser del Art. 1198 del Cód. Civil (invocado en el principal), tornándolo inoperante si se permite que durante la sustanciación del pleito se opere el desmedro patrimonial que tiende a evitar. La situación provisional así arbitrada ha de quedar sujeta a las resultados del derecho que se declare en la sentencia definitiva” (CNCom., Sala A, 29/7/1983, “Cata, S.A. c/Cía Interamericana de Finanzas, S.A.”, E.D. 115-476, Sum. 105).

“La fijación de una cuota provisional tiende a facilitar que el deudor pague cuotas acordes con sus posibilidades, lo que redundo no solo en su beneficio, sino también en el de la entidad financiera acreedora, pues en cuanto comerciante de dinero, siempre le resulta conveniente recibirlo” (CNCom., Sala D, 6/3/1984, “Ferreira, Diana c/Cosmos, S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda”, E.D. 104-617, Sum. 95).

Y ello desde luego, requería un conocimiento mucho más cuidadoso de la situación que se planteaba, por los efectos que se derivaban del dictado de una medida de tales características¹⁸.

Pero lo cierto, es que tanto desde aquella época, como sucede en la actualidad, la jurisdicción anticipatoria, o tutela anticipada, viene de la mano de una medida cautelar típica, como puede ser la prohibición de innovar, o la medida innovativa, y se aprecia con mucha mayor claridad cuando se trata de la segunda, pues su efecto hace retrotraer las cosas (o recomponer si fuera posible), al estado anterior a la situación de hecho, o de derecho, que se trata de encauzar, pero siempre persiguiendo mantener el equilibrio entre las partes litigantes, es decir su igualdad ante la jurisdicción, para evitar así que por fuera del proceso judicial, una de ellas actúe en desmedro de la otra, y transforme en estéril cualquier reclamo, o protección, que se pretenda obtener¹⁹.

Como vemos, parecería que aquí, dentro de este ámbito que llamamos excepcional, se darían los mismos presupuestos sustanciales que se requieren para el dictado de una medida precautoria típica (aquellas que involucramos en su faceta normal), sin embargo no es así, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, que es necesario observar una mayor prudencia en su concesión, y esto no puede estar puesto más que por el juicio de valor que realiza la jurisdicción, al apreciar los hechos que se le someten a su consideración, para el dictado de esa cautela.

En este sentido, resolvió nuestro más Alto Tribunal, en el leading case Camacho Acosta, y con apoyo en otros precedentes que: “esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”²⁰.

Sin embargo, es de hacer notar que con lo que llevamos dicho, dentro de este ámbito excepcional de los sistemas cautelares, se accede a una tutela efectiva e inmediata, dentro de los pliegues de una medida cautelar tradicional, pero también por la propia concepción que ha hecho el legislador, por ejemplo, dentro del proceso de desalojo, como señalamos, se puede acceder a una solución de similares contornos.

Evidentemente el hecho de que estemos frente a un tratamiento similar de uno y otro instituto, no significa que ambos sean similares, pues es evidente que su tratamiento, por lo expuesto hasta aquí es claramente diferente, por ello la cuestión que se genera sería la siguiente ¿cuál es tutela anticipada, o mejor dicho a que debemos llamar como tal, a la que surge por ejemplo del proceso de desalojo, creada especialmente por el legislador, o la que se origina con motivo de una cautelar, como por ejemplo la innovativa?²¹

¹⁸ Lo expuesto lo podemos reflejar en uno de los tanto fallos de entonces. Así se decidió que “admitida la procedencia de una medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso en el que se reclama la nulidad parcial de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en el que se pactó un interés del 12% anual sobre el capital actualizado, y no resultando posible su encuadramiento estricto dentro del tipo permitido por el art. 230 del Cód. Procesal, es adecuado recurrir a las autorizadas por su art. 232 y disponer una reducción del interés fijado a una tasa del 6% anual, sobre cuya base deberá efectuarse el pago de las mensualidades que se adeudan” (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 2/3/82, E.D. 98-739). En ese caso, se adoptó esa medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso por nulidad parcial de un mutuo hipotecario, a fin de evitar que los derechos cuya protección se reclama puedan resultar ilusorios. Estos precedentes pueden resultar de utilidad tenerlos en cuenta, pues nuestra cíclica realidad hace que estemos transitando caminos similares, aún dentro de esa materia que se contempla en los fallos que citamos.

¹⁹ “La prohibición de innovar puede ser decretada tanto para que la situación de hecho existente no se modifique durante el curso del juicio como también para que no continúe como estaba en su comienzo. Este último supuesto constituye lo que doctrinariamente se ha denominado “medida cautelar innovativa” (CNCiv., Sala G, 7/12/1984, E.D. 113-660).

²⁰ Fallos 320:1633.

²¹ Se puede advertir aquí que prima un interés social puntual y concreto que se manifiesta en una determinada política legislativa, a través de la cual se resignan pautas que podríamos denominar de carácter científico, con lo cual se pueden desdibujar algunas precisiones sobre el particular.

6.- LAS DISTINTAS FACETAS DE LA PROHIBICION DE INNOVAR

Conviene analizar, dentro de los diversos sistemas tratados, si la prohibición de innovar y la medida innovativa, constituyen dos medidas cautelares distintas, o bien si se trata, como ya lo adelantamos, de las dos facetas que presenta una única medida cautelar, que quedó regulada en el Código Procesal en el art. 230, como prohibición de innovar.

Ello en razón que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en algunos supuestos, han preferido involucrar a la medida innovativa, dentro de los parámetros de la llamada medida cautelar genérica, que contempla el art. 232 del Código Procesal, y a su vez en la legislación de emergencia que se dictó en este último tiempo, parece intención del legislador marcar esta diferencia.

Obsérvese que cuando se dictó la ley 25.587, se intenta marcar la diferencia entre la prohibición de innovar (interpretándola sólo como medida de no innovar) y la medida innovativa, pues se desprendería de la última parte del primer párrafo del art. 1 de la ley, que la única medida admisible será la reglada en el art. 230 del Código Procesal. Y cuál es esa medida sino la prohibición de innovar, que el código la llama así, y no “medida de no innovar” como suele identificársela a través de su apreciación parcial.

Sin embargo, para reconocer lo que sucede en la realidad, es importante destacar, que originariamente la jurisprudencia y alguna línea doctrinaria, identificaron a la prohibición de innovar como aquella que perseguía el mantenimiento de un determinado status quo²², y cuando se aludía a la medida innovativa, se refería a un “uso no conforme” de la prohibición de innovar²³.

No obstante, la simple lectura, al margen de lo que hasta aquí hemos expuesto, para diferenciar los distintos ámbitos que podemos reconocer en las medidas cautelares, nos llevan al convencimiento que dentro de los pliegues de la prohibición de innovar, como la propia “ley tapón” 25.587 lo señala, encontramos inmersa la medida innovativa, pues en la parte final de ese primer párrafo del art. 1 que estamos refiriendo, la ley transcribe la misma oración del art. 230 del Código Procesal que antes citáramos: “cuando existiere el peligro de que si se *mantuviera o alterara*”, y a continuación alude a la situación de hecho o de derecho existente.

En verdad, mantener y alterar son dos términos diferenciables, que a la luz de lo expuesto, con relación al origen de los sistemas que nos ocupan, no consideramos apropiado agregar otro comentario.

Por ende, cae en saco roto el esfuerzo del legislador, cuando a continuación, pretende prohibir en el segundo párrafo del art. 1 de la ley, aquellas medidas cautelares que tengan “*idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa*”, ello en razón de tratarse de una intromisión claramente inconstitucional, no sólo por avasallar derechos de neta raigambre constitucional, como el principio de reserva, o el acceso a la jurisdicción, sino porque además importa –como adelantamos– una violación al principio de separación de poderes.

Solo basta como ejemplo de la irregularidad denunciada, el párrafo inmediato siguiente al que comentamos, ya que se plasman allí, una serie de excepciones, que configuran una regla expresa y concreta de lo que se ha denominado por la doctrina procesal como tutela anticipada, que para no caer en la inconstitucionalidad denunciada, deben ser apreciadas con la amplitud que cada caso

²² Procede la medida de no innovar, si en el caso de prosperar la demanda por nulidad de un acto administrativo, que ordena la demolición de lo construido, la sentencia devendría de cumplimiento imposible, lo que causaría mayores perjuicios que los que se pretenden evitar con aquella medida (CNCiv., Sala E, 5/3/96, “Landivar de Matienzo, Mari Meri y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/Art. 250 CPCCN”; LD-Textos).-

²³ Ver en ese sentido el trabajo de Peyrano, Jorge W.; Sobre “usos no conformes” de la prohibición de innovar y la revisión judicial de contratos indexados (E.D. 97-953), en el cual el autor precisamente se explaya sobre esta cuestión abordando la problemática que se planteaba con los mutuos hipotecarios a partir de esa recordadas circulares del Banco Central (1050, 687, entre otras).

requiera, para tornar así viable un reclamo que no caiga expresamente dentro de las excepciones contempladas²⁴.

Por eso, es importante concluir, en que no sólo es posible que se superpongan las pretensiones cautelar y sustancial, como lo señalamos, sino que además, las previsiones en ese sentido de la ley 25.587 resultan claramente inconstitucionales, y además es la propia ley la que da la pauta de ello, creando mecanismos que evidentemente no tratan de ser discriminatorios, pero que sí lo serían de contemplarse únicamente las excepciones que allí se mencionan, descartándose de antemano otras que podrían tener la misma envergadura, o importancia, que las consagradas en la letra de la ley, en desmedro de las potestades de la jurisdicción.

En síntesis, de lo expuesto no puede inferirse en modo alguno un nuevo sistema cautelar, sino que estamos como lo hemos señalado hasta aquí, en el ámbito normal o excepcional –según cada caso– de las medidas cautelares.

7.- VARIANTES DENTRO DE LA LLAMADA “TUTELA ANTICIPADA”

Siguiendo nuestro hilo de razonamiento, a fin de encontrar algunas distinciones, podríamos indagar ¿qué caracteres o requisitos se deben observar para obtener una tutela anticipada? Y, a su vez, si resultan idénticas las figuras que bajo esta denominación hemos descripto hasta aquí.

Es evidente que cuando la tutela anticipada viene puesta dentro de los pliegues de una medida cautelar típica, por el alcance que la jurisdicción le asignó, en virtud de los hechos que se contemplan, el primero de los recaudos a observar, en atención a la prudencia que exige la Corte, es requerir no ya una simple verosimilitud del derecho, como en cualquier otra medida cautelar, sino un mayor grado de certeza con respecto a esa apariencia del “buen derecho” que se invoca, que seguramente se verá reflejado no sólo por los títulos que se exhiban, sino además por la situación urgente que se trata de resguardar.

Este peligro en la demora, que clásicamente se ha señalado como uno de los presupuestos sustanciales de viabilidad de las medidas precautorias, algunos autores (vgr. Peyrano), siguiendo la interpretación jurisprudencial, lo han desdoblado, llamando así al peligro que importe demorar la toma de una decisión que no admite dilaciones, para distinguirlo de otro peligro denominado “in damni”, por el perjuicio irreparable que la omisión en adoptar la tutela jurisdiccional, pueda traer aparejada.

En verdad, este recaudo no surge en forma expresa de norma alguna, pero sí de la posición que adoptó la Corte en los casos resueltos con esta suerte de anticipo de jurisdicción, cuando señala que el conocimiento del juez sobre los hechos que se le presentan debe ser mucho más cuidadoso, por las consecuencias que traerán aparejadas para el proceso, por eso añadimos, que esa mayor prudencia que requiere nuestro más Alto Tribunal, únicamente puede estar dirigida a apreciar con mayor claridad y precisión, tanto la verosimilitud del derecho, como el peligro de la demora, que bien pueden interpretarse como mayor certeza sobre el derecho invocado, y por otro lado, mayor evidencia del peligro en ciernes que se pretende evitar²⁵.

Por lo tanto, sintetizando estos recaudos o presupuestos sustanciales de la llamada “tutela anticipada” –reiteramos, obtenida a través de una medida cautelar clásica– por ahora de acuerdo al

²⁴ Sirva como ejemplo lo resuelto por la Sala II de la Cámara Contencioso-administrativo Federal, con fecha 25 de junio de 2002, in re “Grimberg, Marcelo Pablo c/P.E.N. – Dto. 1570/01 s/Amparo ley 16.986, en donde declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley tapón, pues se trata de una situación de hecho que excede el marco legal. A este precedente lo siguieron luego muchos otros de la Cámara Federal.

²⁵ En esta línea la Corte ha sostenido que: “La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Dentro de aquella la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que confirma un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/Estado Nacional-DGI; E.D. 172-605).

desarrollo que ella ha tenido en nuestra jurisprudencia (al margen de algunos proyectos de regulación, y otras como el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa), podemos advertir que existe una diversidad en la graduación de los presupuestos sustanciales de las medidas cautelares típicas, pues la verosimilitud del derecho, se transforma ahora, no ya en una mera apariencia del buen derecho que se alega, sino en una fuerte probabilidad de certeza (oponiéndola a la certeza plena a que accede la jurisdicción al momento de pronunciar su sentencia de mérito), del derecho invocado.

De allí deriva el otro recaudo, pues el peligro en la demora, le ha hecho sostener a la jurisprudencia, que aparezca también líquido este derecho, de modo de demostrar que la actitud omisiva de su parte, puede generar un perjuicio irreparable, o de muy difícil reparación ulterior.

Esta gradación de los hechos, nos hace transitar por zonas grises, que es saludable que se caminen, pues abrirán los surcos necesarios para el andamiaje de estas cautelares, y que es importante señalar que vienen puestas por la fuerza de los hechos, como manifestaciones de la realidad.

El abanico de posibilidades que se abre, a partir del conocimiento de esos hechos por la jurisdicción, nos elevará –más allá de las formas que se observen en la implementación de estos sistemas– a advertir diversas alternativas que pasan de la simple verosimilitud del derecho (medida cautelar típica), a la certeza o fuerte probabilidad de certeza (ámbito excepcional de los sistemas cautelares), hasta llegar al convencimiento pleno, esto es la evidencia (sistemas cautelares que superponen una pretensión cautelar con la pretensión de fondo) que más adelante analizaremos.

En forma paralela, surge la urgencia de la situación a contemplar para encausarla desde la jurisdicción, todo lo cual nos da la pauta de la diversidad que se puede manifestar dentro de éste otro recaudo.

Por ese motivo, no parece que estemos en el mismo terreno cuando analizamos medidas cautelares típicas, más allá que se presenten en un ámbito natural o el que denominamos aquí excepcional, con las diversas medidas a las que puede acceder la jurisdicción dentro del proceso de desalojo al que antes hemos hecho mención.

En el proceso de desalojo, el legislador optó por una solución urgente, que si bien tiene connotaciones similares a las medidas cautelares, por la necesidad de que no se desvirtúe el régimen creado (vgr. por el efecto del recurso de apelación, como antes señalamos), es evidente que aquí nos encontramos en un terreno distinto.

Esto se debe a que se rompe con una de las pautas básicas de las cautelares, esto es su trámite inaudita parte, lo que quiere decir, contrariamente a lo expuesto por el legislador en la norma, que una vez contestada la demanda, es decir cuando el juez conozca de los eventuales títulos que pueda invocar el (presunto) locatario para permanecer en la ocupación del inmueble, se podrá disponer su desocupación.

Es claro que el pronunciamiento tendrá carácter provisional, pero no es menos cierto, que su régimen es diverso al de las medidas cautelares típicas, por el mayor conocimiento de la jurisdicción sobre los hechos, con lo cual también se desvirtúan los presupuestos sustanciales de verosimilitud del derecho y peligro de la demora.

Por ende, mal puede sostenerse que estemos frente a la misma tutela anticipada. Lo cierto es que estamos frente a dos manifestaciones diversas del mismo fenómeno, que no es otro, que el adelantamiento de parte de la jurisdicción (total o parcialmente), de aquello que debe ser objeto de pronunciamiento en el mérito.

Por eso la importancia de advertir las diversas formas dentro de las cuales se estructuran esos sistemas, pues identificándolos podemos propender a su mejoramiento, no sólo desde el punto de vista legislativo, sino inclusive por parte del operador jurídico.

8.- LA SITUACIÓN DE TENSION

Todas las variantes que antes mencionamos, vienen puestas por la tarea de nuestros tribunales, que si bien no tienen plena concreción legislativa, si han tenido andamiaje por vía pretoriana, han generado alguna situación de zozobra, por su incidencia en el desarrollo del debido proceso legal. Con ello queremos señalar, que por proteger no podemos renunciar a la observancia de los principios liminares del debido proceso legal, que vienen puestos no sólo por nuestra Ley Fundamental, sino además por la letra de los Tratados internacionales que hoy son derecho positivo en nuestro país.

Por ese motivo es que hablamos de principios elementales del debido proceso legal, y la posibilidad de crear sistemas que tengan carácter protectorio, en los cuales aparezca una mixtura entre aquél, y el sistema cautelar clásico.

Para ello conviene precisar qué entendemos por principios y sistemas. Los primeros, apuntando al desarrollo del debido proceso legal, y los segundos hacia la tutela inmediata y efectiva de los derechos que pudieran estar en riesgo o fueron vulnerados.

Es evidente que juegan un rol fundamental en estas cuestiones, los hechos que se le presentan en la realidad a la jurisdicción, aquellos por la fuerza incontenible que plantean algunas situaciones límites, y la última por el rol que desarrolla por su función en la sociedad.

Es lógico que el juez no pueda permanecer inerte frente a una situación grave, por ejemplo de salud, que pueda presentar una persona enferma, que requiera una intervención urgente u otra medida similar. No puede pasarnos por alto que frente a este cuadro, la jurisdicción no puede permanecer de espaldas, o asumir una actitud omisiva, o bien lo que es más grave, encauzar la situación dentro de los pliegues de un proceso de conocimiento tradicional.

Sin embargo, caeríamos en una situación confusa, si pretendemos de la jurisdicción una protección efectiva e inmediata, en desmedro de quien eventualmente resulte el afectado por la medida, toda vez que esto importará lisa y llanamente el avasallamiento de los principios que hacen al debido proceso legal.

Por eso, cuando aludimos a los principios referidos, queremos señalar aquellas pautas esenciales que deben observarse para el desarrollo de un proceso judicial, esto es la aplicación de una ley anterior a los hechos objeto de ese proceso, y por una vía que haya tenido consagración legislativa (principio de legalidad).

Que esa decisión haya sido adoptada por el juez "natural" de la causa (principio de autoridad), al margen de las cuestiones de competencia que puedan plantearse.

Que para ello haya existido un juicio de valor de su parte, esto es determinar cual de las posiciones del pleito es la verdadera, lo que importa no sólo interpretar al juicio como el desarrollo del proceso judicial (principio de congruencia), y para ello es evidente que como manifestación del principio de igualdad, la parte que se vea afectada por esa medida de carácter protectorio deberá ser debidamente oída (principio de bilateralidad de la audiencia).

Estos principios suscintamente expuestos, son los que surgen de nuestra Ley Fundamental, es decir vienen puestos por el constituyente. Por ese motivo, siguiendo a Clemente Díaz, podemos señalar que los principios del debido proceso legal son los presupuestos políticos y jurídicos que hacen a la existencia de un ordenamiento procesal cualquiera²⁶.

Mientras que paralelamente a ello, el legislador le da vida a esos principios a través de las formas adecuadas, que constituyen los sistemas a los cuales venimos haciendo mención. Es decir que los sistemas vienen a ser las formas metódicas a través de las cuales esos principios cobran vida en el proceso judicial de que se trate²⁷.

Y esas formas metódicas sí vienen puestas por el legislador, conforme las necesidades sociales. Ejemplo de ello, es el Código Procesal, que es un típico sistema, dentro del cual encontramos diversos subsistemas que le dan vida a aquél. Por ejemplo, el sistema o subsistema probatorio, el recursivo, o bien el cautelar, que aquí nos ocupa.

²⁶ Díaz, Clemente A.; *Instituciones de Derecho Procesal*, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 198.

²⁷ Díaz, Clemente, *Ob. cit.*, p. 198.

Cuando aludimos al sistema cautelar, lo que debemos advertir es que la ley cuando actúa en el proceso con carácter asegurativo, como lo hemos señalado, lo hace de diversas formas.

Por ese motivo, consideramos apropiado que el legislador desarrolle los sistemas que estime necesarios para cautelar o proteger, sin que se afecte el desarrollo del debido proceso legal, pues como lo hemos visto, en el juicio de desalojo –política y jurídicamente- es viable, con la salvedad que restan algunas precisiones que pueden conseguirse, pues apuntarán a mejorar el sistema.

Distinto es que para evitar riesgos, caigamos en un molde clásico en el cual inadvertidamente podamos lesionar derechos que merecen la misma tutela que se está brindando a una de las partes litigantes, pero no debemos olvidar que para ello está la jurisdicción, y estos son los sistemas que debemos crear, aquellos que le brinden la ductilidad necesaria a ésta para afrontar tanto situaciones urgentes y afligentes, como situaciones novedosas.

9.- LOS SISTEMAS DIFUSOS Y EL AMPARO

La duda que genera el procedimiento que se observa en los sistemas cautelares, consiste en determinar si a través suyo se pueden resolver situaciones urgentes que agoten la pretensión cautelar, cuando ésta se superpone con la pretensión principal, pues en ese caso ¿estamos frente a una cautela o a una condena?

Aquí aparecen en tensión dos derechos o garantías, que se enfrentan a partir de la interpretación de las formas que observemos, para el desarrollo de un verdadero proceso judicial. Uno de ellos, estaría representado por el derecho a una tutela efectiva e inmediata, y otro estaría representado por el derecho de toda persona a ser oída en juicio.

Es decir, surge con claridad de la correlación de los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, por citar solo algunos de esos Tratados internacionales a los que aludíamos, y a su vez del art. 43 de la Constitución Nacional, que el amparo debe brindar una tutela efectiva e inmediata, a los derechos vulnerados de cualquier persona, pues ese es el espíritu que se desprende de esas normas, y precisamente es el que han recogido nuestros tribunales, y desde luego no pueden menos que compartirse, pues no existe conflicto interpretativo alguno respecto a su alcance.

La tensión que se plantea, surge de la misma letra de esos Tratados, y de nuestra Constitución Nacional, cuando permiten generar una nulificación de trámites como los que apuntamos, al advertirse que no ha tenido intervención alguna en esos procedimientos, aquél que resulte afectado por una condena a través de las medidas que se adopten, pues por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, señala en su art. 8, que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un proceso judicial.

En idéntico sentido señala el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente, y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial... También se desprende de nuestro art. 18 de la Constitución que nadie será condenado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, etc.

Por lo tanto, el desafío que se presenta hoy al Derecho Procesal, pasaría por resolver la tensión generada entre estos dos aspectos centrales, diseñando las formas, los procedimientos, o los “sistemas” (como aquí proponemos), para superar esos inconvenientes, evitando confrontaciones estériles.

En definitiva, debemos advertir que los caminos que se transitan en ese sentido son similares, pues apuntan a encontrar la respuesta esperada por el justiciable, que es aquella que permita la efectiva realización de los derechos que ha visto vulnerados, por acción o por omisión.

Por ese motivo, ya ensayamos una modesta respuesta frente a semejantes dudas, pues consideramos que ella tiene que venir puesta únicamente de la mixtura de los diversos sistemas en juego, de

modo tal de permitir la protección efectiva e inmediata por un lado, y por otro dejar a salvo el derecho de defensa en juicio de aquel que resulte afectado por la medida que se adopte²⁸.

Para ello, consideramos que en primer lugar resulta oportuno recordar, como ya lo manifestamos en este trabajo, que no existe impedimento alguno en otorgar una medida cautelar, que se superponga con el fondo de aquello que eventualmente podría constituir el objeto de una pretensión principal, cuando la situación existente así lo justifique. Esto así fue receptado por nuestros tribunales, y se logró dentro del molde de un amparo²⁹.

Por lo tanto, como podemos apreciar, se desprende de aquí algo que ya habíamos advertido, que no podemos mantenernos –frente a una cautela de estas características- dentro de los parámetros de los presupuestos tradicionales de las medidas cautelares, pues la verosimilitud del derecho, se transforma aquí en una fuerte dosis de certeza de que el derecho que se invoca resulta verosímil, circunstancia ésta que se correlaciona, con el tradicional peligro en la demora, que nuestros tribunales, quieren que se manifieste como un perjuicio real e irreparable, que justifique una decisión anticipada como la que se solicita.

Mientras tanto, el rol del futuro demandado, no es que aparezca desdibujado, sino que la necesaria intervención jurisdiccional hace que por el momento no aparezca, pues es imperiosa –de ahí lo de solución urgente- la tutela jurisdiccional, que no puede verse diluida por la existencia de formas que importen algún vasallaje procesal del trámite.

Hasta aquí el carácter protectorio de la jurisdicción, dentro del ámbito de un proceso de amparo, que debe brindar una respuesta expedita y rápida al justiciable, ante la evidencia, o el carácter manifiesto, como señala el art. 43 de la Constitución Nacional, de la arbitrariedad o ilegalidad, que justifican la intervención judicial.

Esa decisión, para no desnaturalizar el proceso judicial, si le atribuimos carácter definitivo, nos genera el vicio del procedimiento que antes apuntamos, pues no tendría intervención el afectado. En cambio, si dejamos en sus manos la iniciativa del contradictorio, para el supuesto que eventualmente tenga algún derecho mejor, o preeminente al que invocó el accionante, dejaríamos a buen resguardo no solo su derecho a ser oído, sino además la construcción de un verdadero proceso ajustado a derecho.

Por eso, sostenemos que las soluciones que se obtienen, si bien son urgentes, no constituyen un verdadero proceso, el cual se puede construir, otorgándole carácter cautelar a la decisión que se adopte, de ahí la distinción que hicimos entre definitividad y provisoriedad, para que una vez en manos del accionado la iniciativa del contradictorio, éste lo impulse o, por el contrario, estime innecesario su desarrollo, aviniéndose así al acatamiento del mandato judicial respectivo, que ahora sí permitiría –en mérito al principio de preclusión que importa la consumación de una facultad procesal- que la jurisdicción emita una sentencia de mérito que deje a resguardo el derecho de aquél.

Esta inversión en el contradictorio, típico de los sistemas cautelares, es el que permitiría –desarrollándolo sistemática y eficazmente dentro del amparo- el molde de un verdadero proceso urgente.

Esto ya ha sido receptado por vía pretoriana por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso que siendo de su competencia originaria ha provocado que nuestro más Alto Tribunal otorgue la cautela provisional (también resguardando el derecho a la salud) que se superponía con el fondo

²⁸ Rojas, Jorge A.; Un nuevo molde para el amparo, Revista de Derecho Procesal nro. 5, 2000, p. 63 y ss.

²⁹ En este sentido se ha decidido que: “el hecho de que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente- con el objeto de la pretensión principal, no invalida la cautela solicitada. Pero, tal circunstancia, si exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda, pues únicamente cabe hacer lugar a determinado tipo de cautelares, ante la certidumbre de que el daño a prevenir reviste el carácter de inminente e irreparable” (CNCiv., Sala D, 26/9/97, in re “Bella, Elvira Isabel c/Federación Argentina de Tiro (F.A.T.) s/Amparo”, E.D. 180-135).

de la pretensión del amparo, para requerir a su vez, en forma concomitante con ella, el informe que establece el art. 8 de la ley 16.986³⁰.

Es decir, primero se protege, por la imperiosa necesidad que reflejan los hechos de la causa, y luego, se observan las formas esenciales para cubrir el derecho de defensa que asiste al afectado por la decisión, sin que el agotamiento de la cuestión –debido al otorgamiento de la cautela urgente– desnaturalice el proceso judicial, toda vez que existe la vía sucedánea que consagra el art. 1083 del Código Civil, para el caso de que no existiera derecho de parte del accionante de obtener la tutela que le hubiere sido concedida, ni posibilidad de dirimir la cuestión dentro del molde de un proceso de conocimiento absolutamente restringido, expedito y rápido como el amparo, circunstancia que limitaría el efecto de la sentencia para habilitar –si fuera el caso– otra instancia.

10.- CONCLUSIONES

Es evidente que se pueden superponer conceptos, o generar algunas confusiones cuando analizamos las situaciones que se plantean en el ámbito excepcional o zona gris de los sistemas cautelares, pero lo cierto es que son netamente diferenciables el ámbito cautelar, y por ende una decisión de ese carácter que tiene carácter provisorio, con el definitivo que tiene una sentencia, por ejemplo de condena.

Si existen superposiciones, éstas únicamente podrían tener lugar sin dañar principios constitucionales liminares, como los que apuntamos, que hacen al debido proceso legal.

Por lo tanto, la pregunta que en alguna oportunidad a lo largo de este trabajo dejamos formulada como: ¿cautela o condena?, debe transformarse en una oración con una conjunción copulativa. Esto es cautela “y” condena.

En ella, la primera tendrá un alcance esencialmente protectorio, mientras que la segunda resultará un presupuesto insoslayable de validez de la primera, teniendo ambos en el campo del amparo que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional, terreno fértil para su desarrollo.

Precisamente, lo que se persigue en aras a lograr un verdadero proceso urgente, es la combinación de ambos sistemas con la efectividad suficiente, para consagrar así, si fuera necesario, por vía pretoriana, como viene sucediendo en estos últimos tiempos, con motivo de nuestra ajetreada realidad económica, un proceso de carácter urgente.

Las medidas cautelares por sí solas, no conforman un verdadero proceso, la provisoriedad de sus resoluciones, además de su mutabilidad, caducidad, instrumentalidad, entre otros caracteres que las distinguen, no permiten concebirlas como un verdadero proceso, aunque sí sirven para evitar la perpetración de un daño que en algunos casos puede resultar irreparable, y el amparo, tal como está estructurado, tampoco alcanza esa finalidad.

Su compatibilización con esos sistemas cautelares, que funcionan dentro del que denominamos “ámbito excepcional”, por los efectos que provocan, al generar un anticipo jurisdiccional, constituyen la llave para que accedamos a un proceso urgente, por cierto, con las precauciones que ha señalado nuestro más Alto Tribunal.

No podemos pasar por alto que el proceso judicial, cualquiera sea su tipo, es consumidor de tiempo, y esta realidad ha hecho que se deba avanzar firmemente en trabajar con nuevos estándares que permitan una justicia más efectiva.

Por eso, debemos advertir que los temas o las cuestiones que aquí nos ocupan, que desde luego exceden el molde tradicional de las medidas cautelares, no pueden quedar restringidas a una especie de novedad lingüística, pues no son pocas las confusiones que se generan con sus diversas denominaciones, creyendo que eso solo por sí mismo es suficiente para estar dentro de un nuevo régimen o un nuevo sistema, ya que como sostiene Gadamer, la lente de la subjetividad es un espejo deformante, por lo cual lejos de construir estamos desvirtuando, ya que como dice este

³⁰ Alvarez, Oscar Juan c/Buenos Aires, Pcia. de y Otro s/Amparo, Fallos 324:2042.

filósofo alemán, los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser³¹.

Ejemplo elocuente de ello lo constituyen los efectos que importan algunas medidas cautelares, que llevan a una tutela anticipada, la cual –como lo dejamos expuesto- ha cobrado forma a través de sistemas diversos, pues quizás una de las principales vías que nos falta transitar, y tal vez debería ser la primera de ellas, es la preparación adecuada del operador, mostrándole las ventajas de esos sistemas, para que no rehúse su utilización, por la sola resistencia que importa un cambio de actitud frente a una realidad que ya no es nueva.

³¹ Gadamer, Hans Georg; Verdad y Método I, Ed. Sigueme, Salamanca, España 1996, p. 344.