

¿EXISTEN LOS PROCESOS CAUTELARES?

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

No cabe duda alguna que existen procesos que tienen carácter urgente, no sólo por la índole de la materia que en ellos resulta objeto de debate, sino además por la estructura que le ha dado el legislador a su desarrollo. Sirvan como ejemplo, los interdictos, la denuncia de daño temido, la oposición a las reparaciones urgentes, o el mismo juicio de alimentos.

Sin embargo, en esta tarea lo que pretendemos destacar es que se ha concebido una nueva especie o categoría, a partir del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Ciudad de Santa Fe, en el año 1995, que se la dio en denominar “procesos urgentes”.

Dentro de ella se han involucrado a las medidas cautelares, a la tutela anticipada y a la medida autosatisfactiva¹, por lo cual la pregunta que formula el título de este trabajo, es si las medidas cautelares constituyen un verdadero proceso, y en su caso si se trata de un proceso urgente.

Este deslinde conceptual, permitirá un mejor acercamiento a institutos que se vienen delineando dentro de un ámbito por cierto muy especial porque constituyen una especie de tertium genus que se desenvuelve en forma cercana a otros que tienen ya un viejo cuño jurídico.

2.- LA URGENCIA Y EL PROCESO

Como consecuencia de esas conclusiones antes referidas, si se hiciera abstracción de ella y se tuviera que conceptualizar el adjetivo urgente, sería muy sencillo pensar que es aquello que resulta impostergable, que requiere una atención inmediata, que no admite ningún tipo de dilaciones, aunque no se presenta la misma uniformidad ni simplicidad cuando se alude al sustantivo proceso.

Esto es así, pues cuando se piensa en él, aparecen de inmediato aquellos que pueden considerarse “presupuestos jurídicos subyacentes”², es decir, las concepciones previas que se asumen como ciertas, dogmáticamente, sin cuestionar su sentido intrínseco a la luz de un conocimiento empírico y objetivo.

Por lo tanto, como se puede apreciar de las referidas conclusiones, surge un primer aserto que consiste en identificar como una de las especies del proceso urgente a las medidas cautelares. Veamos si esto es así.

¿Se trata de un verdadero proceso el cautelar? Es evidente que el dictado de una medida cautelar, luego de cumplimentar todas las gestiones necesarias para la concurrencia de sus presupuestos sustanciales y procesales, y obtener la resolución de

¹ Ver Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones; de Juan Carlos Quiróz Fernández, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 269 sum. 1205.

² Así los identifique en Sistemas cautelares atípicos, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 35 y ss.

la jurisdicción, exhibe este tema con absoluta transparencia, pues si bien resulta de su propia esencia la urgencia o premura que requiere su dictado para atender situaciones especiales, es bien sabido que se obtienen inaudita parte, y además tienen carácter instrumental, pues dependen inexcusablemente de un proceso principal que les dé vida, como asimismo resultan mutables, carecen de autonomía, caducan y tienen carácter provisional, entre otros aspectos que hacen a su caracterización, y que permiten vislumbrar desde ahora toda duda de que no se está frente a un verdadero proceso, sino por el contrario, se evidencia un determinado procedimiento, que no tiene la envergadura de un proceso, en el cual no se advierte una intervención concreta de la parte afectada ni una decisión que dirima una disputa con alcance de cosa juzgada.

Idéntico razonamiento cabe cuando se alude a la llamada tutela anticipada, que importa un anticipo de la jurisdicción, total o parcial, de aquello que debería ser materia de decisión en la sentencia de mérito, y muchas veces viene puesta dentro de los pliegues de una medida cautelar típica, al margen de su instauración por el legislador³, lo que no significa que esa sea la única vía, que constituye una tutela diferenciada por los efectos que provoca su dictado, que se proyectan, como lo ha señalado la Corte, sobre la decisión de mérito⁴.

Por lo tanto, si no resulta complicada la identificación del adjetivo urgente, no se puede sostener lo mismo, para poder avanzar por cualquiera de las líneas que se intenten, sobre el significado del sustantivo “proceso”.

3.- EL PROCESO JUDICIAL.

Si se pretende hacer “ciencia del proceso”, desde un punto de vista analítico y racional, es probable que se tenga en primer lugar, una visión fragmentada del objeto de estudio (el proceso), y por otro, una pretensión voluntarista ligada exclusivamente a “amoldar la realidad” a la legislación, o bien a la doctrina, o inclusive a conceptos que pueden emerger de la vía pretoriana.

Esto no se condice con uno de los presupuestos básicos que debe observar toda disciplina que pretenda tener carácter científico, que es el contraste de sus datos y propuestas con la realidad, o sea, la posibilidad de verificación de sus postulados⁵.

Si se interpreta con este alcance el fenómeno “proceso”, se podrá verificar de inmediato que un análisis estático no permitirá apreciar las implicancias y trascendencia de su expresión dinámica, aunque de hecho siempre se ha constituido en el eslabón inicial de cualquiera de las tantas doctrinas que lo han tratado de interpretar.

³ Sirva como ejemplo de ello, el tercer párrafo del art. 1 de la ley 25.587, que contempla específicamente esta figura; o bien, el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, agregado por la ley 24.454; o en su caso, el art. 684 bis del mismo cuerpo legal, introducido por la ley 25.488.

⁴ Fallos 320:1633

⁵ Enseña Bunge que el conocimiento científico es verificable, pues debe aprobar el examen de la experiencia. La prescripción de que las hipótesis científicas deben ser capaces de aprobar el examen de la experiencia es una de las reglas del método científico (Bunge, Mario; La Ciencia, su método y su filosofía, Ed. Siglo Veinte, p. 24).

El proceso judicial –como señala Clariá Olmedo- se presenta técnicamente como una abstracción de la ley. Ésta prevé hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones, formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia. Pero las previsiones legales que lo conforman en abstracto deben necesariamente concretarse por cuanto consisten en una actividad, concertación que se resuelve específicamente en cada uno de los diversos procedimientos judiciales⁶.

Esta aproximación que hizo aquel ilustre jurista, lleva inexcusablemente a delimitar dos conceptos que no admiten confusión, por un lado el de proceso, que como lo lleva dicho el autor, se presenta en la realidad, si bien como una abstracción teórica, como un mecanismo de carácter racional y controlable por las partes, en virtud del cual se hace actuar la voluntad de la ley sustancial, precisamente para crear una norma de carácter individual que ponga fin a la controversia o conflicto.

Por otro lado, el procedimiento que es la cara visible de ese proceso. El autor citado lo denomina “el rito del proceso”, denominación que tiene connotaciones por cierto históricas, pero que no es otra cosa más que eso: la exteriorización de esa abstracción.

A su vez, estos conceptos tampoco deben confundirse con los términos juicio o litis, voz de la que deriva litigio, ya que el término juicio proviene de la voz del derecho romano “iudicium”, que se la utilizaba como sinónimo de proceso⁷, aunque técnicamente no lo era.

Si bien el juicio es entendido, en un lenguaje natural de neto corte forense, como aquella controversia de carácter contencioso que involucra a dos partes, y usualmente se lo distingue así al proceso de conocimiento clásico de aquél que se denomina voluntario, como los que el Código Procesal Nacional identifica así en sus arts. 774 y ss., también cabe emplear esa denominación “juicio” a la operación que lleva a cabo la jurisdicción en su momento máximo, esto es cuando realiza la operación que Couture denominó de subsunción jurídica, para determinar cuál de las posiciones en el pleito es la correcta o verdadera (iudicium).

Este “juicio” de valor no debe confundirse con el proceso judicial, pues constituye un momento muy particular y definido dentro de aquél.

Esto es así, pues ese juicio de valor también lo debe llevar a cabo la jurisdicción cuando conoce de un modo menos pleno, o absolutamente restringido, al tener que pronunciarse, por ejemplo, sobre una medida cautelar clásica.

Tradicionalmente, la tesis más usual que permite conceptualizar al proceso, dejando de lado las que tienen que ver con sus antecedentes históricos, con especial referencia a la litiscontestatio (contractualistas y cuasi-contractualistas), se

⁶ Clariá Olmedo, Jorge A.; Derecho Procesal, Ed. Depalma, 1989, T. I, p. 126.

⁷ Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot. 1983, T. I, p. 226.

vincula con la que ha integrado lo que se ha denominado escuela científicista del derecho procesal⁸, que no es otra que la tradicional concepción llevada a cabo por von Büllow, en el año 1868, concretando algunos precedentes desarrollados previamente por Hegel y Hollweg, que ha interpretado al proceso como una relación jurídica que se desarrolla lentamente, en forma paulatina, no ya entre las dos partes entre quienes se ha generado el conflicto, sino ahora con la intervención de un tercero imparcial, que será aquél que vendrá a hacer actuar la voluntad de la ley sustancial, de modo de poner fin a la controversia⁹.

La doctrina, tanto nacional como extranjera, ha sido influenciada por esta teoría tradicional, pudiendo observarse como se manifiesta, por ejemplo, en un autor de la talla de Palacio, quien sostiene –al margen de su posición egológica- que “el proceso puede definirse como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención”¹⁰.

Como se puede advertir, el referido jurista destacaba la actividad compleja que requiere el desarrollo de una serie de actos que están concatenados entre sí, que además está reglada, pues la ley la regula específicamente, con lo cual se aprecia un claro desmembramiento de la actividad privada, lo que denota una relación distinta a la que mantuvieron las partes hasta desembocar en el tratamiento de su conflicto en sede judicial.

Además, se advierte desde el punto de vista subjetivo, la existencia de dos partes que -al margen de su enfrentamiento con motivo del conflicto que mantienen- dan cuenta de la existencia de un tercero, ajeno a ellas, para su resolución.

Este aspecto muestra la visión finalista del proceso, que no es otra que la actuación de la voluntad de la ley, a través de la creación de una norma individual, que será la que ponga fin al litigio, como también lo destacaba Palacio.

Si se toma a Clariá Olmedo, también se puede ver reflejada una tesis similar a la expuesta. Esta conceptualización se manifiesta de la siguiente forma: el proceso judicial, en su consideración externa y teleológica, es la actividad procesalmente regulada, compleja, progresiva y continua, que se realiza mediante actos concatenados entre sí, cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares que intervienen voluntaria o coactivamente, en virtud de las atribuciones y sujeciones que la ley establece para la actuación concreta del derecho sustantivo con respecto a los hechos de la causa que resulten fijados¹¹.

De tal modo se puede señalar, existiendo prácticamente consenso en toda la doctrina en esta línea, que un proceso judicial no aparece en el mundo del derecho como fenómeno, en tanto no exista desde el punto de vista subjetivo por lo

⁸ La cual se considera iniciada a partir de la famosa polémica entre Windscheid y Müther, sobre la distinción entre la vieja *actio romana* y la nueva acción nacida en el derecho alemán.

⁹ Dicha concepción se puede encontrar plasmada sintéticamente en el trabajo de von Büllow denominado “La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales, J.A. 1957-II-doct.-69, traducido por Rosas Lichtschein.

¹⁰ Palacio, Lino E.; Ob. cit., T. I, p. 221.

¹¹ Clariá Olmedo, Ob. cit., p. 129.

menos un demandante, un demandado y un juez que tendrá por fin hacer actuar la voluntad de la ley para superar el conflicto que se le presente¹².

Desde luego que en el ámbito del proceso penal actúan un acusador y un imputado, ambos frente al juez, sin perjuicio de lo cual además está señalar, que por cierto, existen otras personas que participan del proceso, en uno u otro ámbito, a quienes se denomina intervinientes procesales (sean auxiliares de la jurisdicción, o de las partes, o bien terceros).

A su vez, desde el punto de vista objetivo -como se señalara- el proceso constituye una abstracción de carácter complejo, que está legalmente regulada, de ahí la posibilidad de las partes de ejercer su control, además de desarrollarse en forma continua y progresiva mediante actos que están concatenados entre sí.

Esto lleva a analizar un aspecto más del proceso que es la finalidad que persigue, esto es, la posibilidad de que las partes actúen cumplimentando los actos procesales tendientes a la consecución de la sentencia de mérito, mientras que la jurisdicción justifica así su propia existencia, pues el proceso le da el ámbito adecuado para esa actuación.

El agotamiento de la justicia por mano propia, o la lucha de fuerzas antagónicas, o las pruebas creadas con un fuerte influjo místico, dieron paso a este sistema absolutamente metódico y manejado por las propias partes, en virtud del cual la jurisdicción justifica su propia existencia, manteniendo el orden y la paz social, haciendo actuar la voluntad de la ley, una vez fijados los hechos que se le someten a su decisión.

Es evidente entonces, que existe así una relación jurídica de carácter procesal, distinta a la sustancial que le dio origen, en virtud de la cual, las partes someten una serie de hechos a la jurisdicción, de modo de permitirle a ésta la aplicación del derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, a partir de la teoría –aún mayoritaria- que interpreta así al proceso, es posible la extracción de algunos caracteres, respecto a los cuales también, en líneas generales, existe uniformidad de criterios a nivel doctrinario, como por ejemplo:

- a) Se constituye una relación jurídica procesal, distinta a la sustancial, que en principio cae dentro de la órbita del derecho público, y en la cual existen cargas, deberes y obligaciones, tanto para las partes, como para los demás intervinientes procesales, como para la jurisdicción.
- b) Esa nueva relación jurídica a su vez es autónoma de la originaria, y sin perjuicio de la forma en que ésta se ha dado, en la procesal lo que se persigue resulta independiente –por contar con una regulación propia sobre todo en cuanto a sus modalidades y alcance- de la anterior relación, que es llamada material o sustancial.

¹² No empece a este criterio los procesos llamados de jurisdicción voluntaria, pues no se advierte un conflicto de intereses y se trata de integrar la personalidad de un sujeto, o un acto jurídico, mediante la intervención y decisión del juez (De La Rúa, Fernando; Jurisdicción y Administración, Ed. Lerner, 1979, p. 41), por lo cual este autor considera que la jurisdicción llamada voluntaria es efectivamente jurisdiccional, toda vez que lo que se persigue, al igual que en el proceso clásicamente bilateral, es la integración de la voluntad de la ley haciéndola actuar también en un proceso con características peculiares, vgr. una autorización para contraer matrimonio, en el cual el juez también debe actuar el derecho individualizando la voluntad de la norma (Ob. cit., p. 43).

c) Por ser independiente y autónoma de la relación de fondo habida entre las partes, debemos distinguir tres sujetos, uno de los cuales constituye un órgano público¹³, de ahí que la relación que se establezca resulta diversa de la que le da origen, regida además por normas propias distintas a las de derecho sustancial.

d) Se trata de una relación progresiva, pues tiene un carácter unívoco el sentido hacia donde todos apuntan, que consiste en la obtención del mérito a través del cual se hará actuar la voluntad de la ley sustancial.

Desde luego que existen otras posturas de sobrado calibre jurídico y trascendencia suficiente como para ser tenidas en cuenta, como por ejemplo, la de la situación jurídica, creación de James Goldschmidt¹⁴, que por oposición a la que antes se ha reseñado sucintamente, sostiene que aquélla importa una visión estática del proceso, por lo cual analiza al proceso desde un punto de vista empírico, lo contempla desde la realidad de los hechos, tendiendo a conseguir una construcción sistemática.

La diferencia con la anterior no consiste en que ésta constituya un sistema y la otra no, pues por el contrario, la otra también constituye un sistema, entendido como un conjunto de partes que se vinculan entre sí en busca de un determinado objetivo.

La distinción en este caso radica en que Goldschmidt sostiene que las partes se encuentran en un estado de permanente expectativa frente al derecho subjetivo que hicieron valer, el cual apunta a la obtención de una sentencia que pueda pasar en autoridad de cosa juzgada, pues según su autor, la finalidad del proceso es beneficiar a las partes de ese modo, es decir, a través de un pronunciamiento que haga cosa juzgada.

Otros autores, como Guasp, analizan el proceso con carácter institucional, centrando su mirada en la pretensión, pues consideran que a través de él se debe satisfacer una determinada pretensión, sea actuándola o denegándola.

Esto se debe a que éste apoya su mirada en la relación pretensión-satisfacción, la que considera definitiva para el proceso, circunstancia que nos devela no sólo una mirada distinta, sino además otra de las concepciones que tradicionalmente existen sobre el proceso y que en este aspecto que aquí importa es esencial para evitar confusiones, pues como se advierte el carácter satisfactivo de una pretensión requiere la existencia de un proceso que permita esa realización, lo que por otra vía señala un camino similar al que indica el resto de la doctrina apuntada.

4.- LOS PRESUPUESTOS JURIDICOS SUBYACENTES

¹³ Aunque eventualmente pueda ser privado, vgr. árbitros, si las partes así lo decidieron o la ley imperativamente lo imponga.

¹⁴ Pese a que éste reconoce que esa denominación se debe a los trabajos de Kohler (Goldschmit, James; Principios Generales del Proceso, T. I, Ed. Ejea, 1961, p. 62 y ss.).

Conforme lo expuesto, cabe analizar si realmente la concepción del proceso, tal como fue caracterizado, siguiendo la doctrina mayoritaria, se constituye en la materia a analizar, en un típico presupuesto jurídico subyacente¹⁵.

Conforme señalara anteriormente muchas veces se da por supuesto un determinado concepto, sea por el propio bagaje cultural, sea por una determinada formación técnica, sea por una deformación del lenguaje, o por las razones que se estimen necesarias tener en cuenta en cada caso.

Lo cierto es que en esos casos no se obtiene una precisión concreta desde el punto de vista técnico sobre el verdadero alcance que tiene una determinada voz, o un término como el de “proceso”, dando por supuesto en qué consiste, o involucrando dentro de su significado un significante que en puridad no le corresponde, o no le resulta del todo asimilable.

Es decir, se trata de una condición del conocimiento que se presupone como cierta, y por ende válida, en cuanto al alcance que tradicionalmente se le atribuye, tal vez por la influencia del “magister dixit”, o tal vez por el peso específico que le da la propia historia a un determinado instituto. Por eso, la importancia que adquiere el lenguaje en este aspecto es fundamental.

En el mundo del derecho existen infinidad de palabras que los usos forenses desvirtúan. Por eso, existe un fuerte condicionamiento que tiene una connotación cultural impuesta por el lenguaje, con su textura abierta, al otorgarle un determinado valor a las palabras, que subyace en nuestro conocimiento como un supuesto previo, que no resulta susceptible de análisis alguno, pues se da por conocido su sentido y alcance, como una especie de verdad absoluta.

El lenguaje constituye la principal herramienta a través de la cual se lleva a cabo la comunicación humana; la sociedad se ha estructurado en torno a una cultura lingüística y gracias al lenguaje ha configurado su historia¹⁶.

Esto es lo que acontece con la voz “proceso”, y resulta uno de los aspectos centrales que genera inconvenientes interpretativos, que no permiten un adecuado desarrollo de este campo del conocimiento, especialmente en el ámbito de las medidas que tradicionalmente se las conoce como cautelares.

Obsérvese que en el punto anterior se ha tratado de proporcionar una conceptualización del término proceso, por lo tanto si se circunscribe el conocimiento a precisar una especie de naturaleza jurídica de lo que se ha dado en llamar el “proceso cautelar”, la pregunta que cabría es si se dan todos aquellos requisitos que distinguen a un proceso, para saber que aún dentro del ámbito cautelar se está frente a un verdadero proceso.

Ello surge como una necesidad de la clase forense de encorsetar algunos conceptos, en pautas tradicionales, que sólo por conocidas, permiten un manejo más acomodado, sin advertir tal vez, que se está frente a otras situaciones novedosas o simplemente diferentes, que requieren un nuevo encuadre, por lo menos distinto al tradicional, para transitar carriles

¹⁵ Así los identifiqué en el trabajo “Un nuevo molde para el amparo”, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, nro. 5, 2000, p. 67.

¹⁶ Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba, Ed. Astrea, 2003, T. I, p. 502.

diferentes a los clásicos, por supuesto en aras siempre de obtener una mayor fluidez en su conocimiento, aprehensión y aplicación concreta.

En esta línea, los preconceptos son inevitables: es imposible pensar sin partir de algunos axiomas o premisas y, de paso, es ilusorio negar la fuerza con la que nuestra formación cultural nos impone ciertos puntos de partida. Sin embargo, si examinamos con cuidado nuestro pensamiento tenemos oportunidad de advertir que ciertas premisas ya no nos convencen, o resultan contradichas por la experiencia, o bien han perdido su anterior relevancia porque nuestros puntos de vista han evolucionado. Entonces nos apoyamos en más preconceptos –en los que todavía confiamos- para cuestionar otros. Y elaboramos nuevas ideas, más acordes con las premisas que conservamos y, a nuestros ojos, más útiles para ordenar nuestras nuevas experiencias y actitudes¹⁷.

Esto, desde luego puede brindar mejores soluciones, no porque las que se obtengan no resulten apropiadas, sino porque la utilización de las herramientas que existen para ello se podrán precisar mejor, o bien, se perfilarán de otra manera, o en su caso, se podrán generar los cambios que sean necesarios al efecto, de modo tal de permitir su utilización de un modo más simple por todos los operadores jurídicos.

Corresponde analizar entonces si el llamado “proceso cautelar”, conforme las pautas antes indicadas, que son las receptadas por la mayoría de la doctrina, está adecuadamente conceptualizado como un proceso.

Evidentemente, si el proceso es el método utilizado para que dos partes enfrentadas por un conflicto puedan obtener de la jurisdicción un pronunciamiento que haga actuar la voluntad de la ley sustancial, el llamado “proceso” cautelar resulta claro que es otra cosa.

En el ámbito cautelar ni tenemos dos partes enfrentadas, ni su objeto constituye un conflicto para resolver, ni tampoco la jurisdicción hace actuar la voluntad de la ley para poner fin a ese litigio, ni menos aún lo hace a través de una decisión que puede adquirir el carácter de cosa juzgada; con lo cual es por demás claro que si aquello es proceso, esto no es lo mismo.

Forzosamente cabe interpretarlo así, pues se violaría el principio lógico de identidad. Si se llama proceso a lo primero, no podría llamarse al segundo fenómeno de la misma forma, de ahí la confusión que se genera sobre el alcance que tiene el llamado “proceso cautelar”.

Así como existieron diversas teorías que intentaron encasillar el proceso dentro de un rótulo que lo identifique, no es menos cierto que todas ellas tienen mucho de valioso; pero también existen imprecisiones, pues adolecen de deficiencias que le quitan toda utilidad científica y práctica.

Por eso Palacio, siguiendo a Satta, considera que el proceso constituye un fenómeno único en el mundo del derecho, y sólo corresponde que sea explicado como tal a través del análisis de sus elementos, de sus posibles objetos y de los

¹⁷ Guibourg, Ricardo A.; Ilustración, diario La Ley del 14/2/08, p. 1.

principios que lo rigen, para lo cual no podemos sustraernos de la importancia que tiene la experiencia de conducta humana que exhibe el proceso y las normas jurídicas que conceptualizan esa experiencia¹⁸.

Por ello, cabe despejar la idea de proceso dentro del ámbito de las denominadas medidas cautelares, buscando así no sólo mayor precisión para su manejo, sino además remover esquemas tradicionales que impidan su fluida utilización. De ahí entonces que si las medidas cautelares no constituyen un verdadero proceso, cabe cuestionar qué son. Para ello, como bien señala Palacio, no se puede perder de vista la realidad humana y normativa que se refleja en una actuación de carácter cautelar.

Resulta apropiado entonces, ver cuáles son las diferencias que las distinguen de un proceso, en la conceptualización señalada.

Por lo tanto, dejando de lado las tesis tradicionales que se apoyan en la pretensión¹⁹ como activadora de la tutela jurisdiccional y restringen a esa “fotografía” en el espacio la contemplación del proceso-, y siguiendo el mismo hilo de razonamiento que el utilizado para describir los aspectos distintivos de un proceso, se puede advertir lo siguiente:

- a) En el procedimiento cautelar no sólo el trámite es diverso al de un proceso judicial, pues no se convoca al afectado por la medida hasta tanto ésta se efectivice, de ahí que se desarrolle inaudita parte, sino que además no se entabla una relación jurídica entre tres partes, sino entre el solicitante de la medida y la jurisdicción, por lo menos hasta su efectivización.
- b) No se constituye una nueva relación jurídica, pues la medida que se solicita tiene carácter meramente instrumental que sirve a un fin determinado del proceso principal, de ahí que carezca de autonomía.
- c) Además una medida de carácter cautelar no resulta independiente precisamente por esa falta de autonomía, pues puede caducar, y además, siempre es sustituible y modificable, persiguiendo su mejor adaptación al proceso principal al que reporta.
- d) Por ende, no se trata de una relación progresiva que propenda a la actuación de la voluntad de la ley sustancial. Si bien puede encontrar sustento en aquella, también puede encontrarlo en la ley procesal, y su desarrollo se circunscribe a determinadas pautas establecidas para el procedimiento de cada medida en particular.
- e) La actuación del afectado encuentra un campo mucho más restringido que el que posee en un verdadero proceso de conocimiento, pues más allá de la vía impugnativa, solamente podrá actuar en el trámite cautelar una vez trabada la medida, por vía incidental.

¹⁸ Palacio, Lino E., *Ob. cit.*, T. I, p. 245. En esta línea es de destacar que Clemente Díaz señalaba que el proceso es conceptualmente unitario, lo diferente son los procedimientos, con lo cual no pueden confundirse con aquél (Díaz, Clemente A.; *Instituciones de Derecho Procesal*, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 24).

¹⁹ Señala Palacio que el objeto del proceso está constituido por la materia en derredor de la cual gira su iniciación, desenvolvimiento y extinción, y agrega que dicho objeto se halla representado por una o más pretensiones (Palacio, Lino E., *Ob. cit.*, T. I, p. 368), pero esto no puede condicionar la interpretación del vocablo con una extensión que no resultaría apropiada. En la misma línea resulta absolutamente claro Falcón cuando reconoce que la mayoría de la doctrina procesal reconoce la falta de autonomía de las medidas cautelares, considerándolas no un proceso sino un procedimiento (Falcón, Enrique M.; *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. IV, p. 88).

f) El origen histórico del proceso no es el mismo que el observado por el procedimiento cautelar, que de algún modo nace como desmembramiento de los procesos de ejecución en la legislación alemana y cobra su fuerza expansiva en los finales del siglo XIX, y comienzos del XX, sobre todo por la tarea llevada a cabo por la doctrina italiana.

Todo ello, permite demostrar algunos de los extremos que distinguen a un proceso de un procedimiento cautelar como el expuesto, sin perjuicio de que se puedan advertir otros, como el sentido finalista que persigue una pretensión (que analizada científicamente no se la puede denominar como tal cuando tiene por objeto una cautela), que no es el mismo que el que persigue una pretensión de carácter sustancial²⁰, o el alcance que tiene una resolución cautelar, que evidentemente es diverso al de la cosa juzgada que se obtiene a través de una sentencia de mérito.

Consiguientemente, si aquello que se conceptualizó en primer término como proceso no es similar a estos caracteres que presentan las medidas cautelares, cabe preguntar qué son, o en su caso, si se está utilizando inapropiadamente la voz proceso para su conceptualización.

Esta circunstancia permite advertir que si se evitan estas confusiones lingüísticas, utilizando una denominación más apropiada, se puedan delimitar mejor los caracteres que presentan en la realidad y sea así más adecuada su regulación, conocimiento e implementación²¹.

La doctrina ha reconocido esta dicotomía por la cual se denominan dos cosas diferentes de la misma manera y ha tratado de explicarlo en diversos sentidos. Por ejemplo, se ha sostenido que las medidas cautelares tomadas luego de promovido el proceso tendrán carácter incidental, y las concebidas antes de la deducción del proceso, como habrán de insertarse en éste una vez iniciado, adoptan también el carácter de incidentes anticipados del proceso principal, lo cual niega la autonomía como proceso²².

Para ello he propuesto la utilización de la voz “sistema” para subsumir todos estos procedimientos que tienen una envergadura muy particular, pero que por cierto requieren su diferenciación²³.

1.5.- PROCESO Y PRETENSION

²⁰ Más allá que existe la posibilidad de que empíricamente se presente una superposición que permita una subsunción que no resulta tal, por el carácter provisional que tiene una petición cautelar, aún concedida y el final que tienen una pretensión sustancial, de ahí su carácter satisfactivo. Lo contrario importaría una confusión que superpondría conceptualmente situaciones que tienen un régimen diverso, lo que no solo violenta el principio lógico de identidad sino que además priva una adecuada utilización y eventual regulación de situaciones que cabalgan sobre los pliegues de institutos ya consagrados.

²¹ Si bien el lenguaje tiene como característica su ambigüedad y vaguedad, lo que se pretende es llevar cierta precisión aventando esas ambigüedades para saber distinguir los institutos estudiados (ver en este sentido Kollar, Marta Ethel; El problema del lenguaje en la investigación científica, Ed. Biblos, 2001, p. 11).

²² Ver Di Iorio, Alfredo J.; Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares, L.L. 1978-B-833.

²³ Esta distinción entre los sistemas cautelares, y una de sus especies que son las medidas precautorias lo he desarrollado en el trabajo antes citado Sistemas cautelares atípicos, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, en donde además se completa este estudio con relación a la posible existencia (o no) de la categoría denominada “procesos urgentes”.

Es importante destacar, conforme la concepción doctrinaria tradicional, cuál es el verdadero alcance de la voz pretensión, para distinguirla de la otrora tradicional acción, y a su vez de lo que representa una demanda, todo ello en aras de depurar más aún el concepto del llamado “proceso cautelar”, para advertir la confusión que genera esa mirada tradicional²⁴.

Esto permitirá la demostración de la distinción -vital para esta tarea- que existe entre una petición procesal de carácter cautelar y una pretensión sustancial, para tratar de romper con algunos mitos que se han creado respecto a la imposibilidad de que se superpongan, y como consecuencia de ello, se inhiba la actuación de la ley con carácter cautelar cuando la pretensión sustancial resulta similar al objeto de una cautela²⁵.

Para evitar la remisión a antecedentes que tienen un notable peso e influencia desde la historia de la materia, la línea que distinguían Clariá Olmedo o Palacio, apoyados en la propia doctrina italiana, sobre el verdadero alcance del vocablo proceso, hace que en la actualidad se pueda sostener, siguiendo a Taruffo que se apoya precisamente en contemporáneos suyos como Fazzalari, que los juristas reconocen en el contradictorio la idea fundamental o núcleo central del proceso, distinguiéndolo así específicamente “per differentiam specificam” de los otros procedimientos en los cuales no existe este fundamental núcleo dialéctico.

Y agrega ese autor, con apoyo en Comoglio, que no se trata sólo de reafirmar la inevitable actuación de la garantía de la defensa en juicio como principio fundamental del Estado moderno, sino que sobre todo se trata de entender que la

²⁴ Sirva como ejemplo de lo expuesto citar a Kielmanovich, quien sostiene que “concibe al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés o de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo...” y agrega más adelante también en transcripción textual que “no vemos obstáculo, por nuestra parte, en conceptuar a este mecanismo de tutela como un *proceso* por el hecho de que la función cautelar, por lo general, se pueda resolver sin bilateralidad inicial, vale decir, sin sustanciación previa, pues existen procesos que operan sin una verdadera etapa de contradicción, así, vgr. los juicios de alimentos o el de demencia, entre otros...” (Kielmanovich, Jorge L.; Medidas cautelares, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 20 y ss.).

²⁵ Ejemplo de ello, es el intento fallido del legislador al sancionar la ley 25.587, conocida como ley tapón, a través de la cual se intentó inhibir a los justiciables de acceder a la obtención de cautelares con motivo de los amparos promovidos en razón del llamado “corralito financiero” creado en nuestro país a partir del año 2001 por la farragosa legislación de emergencia que se dictó desde finales de ese año, sosteniéndose que existía una superposición entre las medidas cautelares y la pretensión de fondo. La regulación dispuso lo siguiente: Art. 1.- En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley 25561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz.

En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela.

Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos, en los que se pruebe que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o más años de edad.

Esta disposición, de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial.

estructura básica del proceso se fundamenta en la contraposición de dos o más hipótesis relativas a la situación de hecho y de derecho que está en la base de la controversia.

Por ello, concluye que es necesario comprender que el proceso es ante todo controversia, y que la controversia nace del conflicto entre posiciones contrapuestas²⁶.

Resultaría sobreabundante volver a destacar que no es lo mismo un proceso de la índole que se acaba de describir –en forma tradicional– que una actuación en el proceso con carácter cautelar, no sólo por la diferencia en la pretensión o en la actuación de la jurisdicción, sino además por la finalidad que se persigue con una actuación de carácter asegurativo.

Precisamente en este sentido, Palacio destaca una diferencia esencial que no puede dejar de señalarse entre la “pretensión procesal” que se perseguiría a través de una actuación cautelar, con una pretensión de carácter sustancial.

Mientras la primera constituye un acto que tiene por destinatario a un órgano decisor, la segunda se halla configurada como una facultad o derecho de exigir el cumplimiento de una prestación, y sólo es susceptible de actuarse contra el sujeto pasivo de la respectiva relación material²⁷.

Por ello, es evidente que mientras en la primera relación existe un vínculo procesal entre accionante y jurisdicción, de quien se reclama la tutela jurisdiccional; en el segundo, la pretensión sustancial se dirige contra quien resultará demandado, reclamándose de la jurisdicción la actuación de la voluntad de la ley contra una persona distinta (demandado), de quien ejerció esa pretensión sustancial a los fines de resolver así el conflicto existente.

En este mismo sentido, es importante destacar que también Falcón apunta a distinguir estos aspectos, que luego se trasladan a una especie de restricción o inhibición que no debería existir, cuando indica que una medida cautelar no tiene una pretensión, sino que lo que persigue es un determinado objeto, cuya finalidad precisamente es asegurar una pretensión²⁸.

Con lo cual como venimos insistiendo no se pueden violar principios lógicos elementales y confundir conceptualmente dos institutos que funcionan de modo diverso.

Si se compartieran estos fundamentos se advertiría que en el procedimiento cautelar no existe pretensión, por eso no puede tener carácter satisfactivo la decisión de la jurisdicción que recaiga sobre la petición, de ahí que se constituya en un subsistema dentro del sistema más amplio que es el proceso judicial.

Si se partiera de la idea del destinatario de la norma jurídica, existe otro elemento fundamental que la doctrina ha distinguido con relación a la norma procesal, consistente en que mientras en la norma material el juez solamente realiza una función de intermediación entre aquella y los justiciables, en la norma procesal el juez es el destinatario del mandato, con lo cual se permite advertir con claridad la distinción señalada²⁹.

²⁶ Taruffo, Michele; *Sobre las fronteras (escritos sobre la justicia civil)*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2006, p. 148.

²⁷ Palacio, Lino E.; *Ob. cit.*, T. I, p. 386.

²⁸ Falcón, Enrique M.; *Tratado cit.*, T. IV, p. 92.

²⁹ Díaz, Clemente A.; *Instituciones de Derecho Procesal*, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, T. I, p. 55.

Los planos en que se manejan ambas situaciones no permiten confusión alguna respecto a la existencia de un procedimiento en la actuación cautelar, de neto corte procesal, en donde se destaca como premisa fundamental la falta de bilateralidad, como idea esencial del contradictorio como lo señala Taruffo, por oposición a la pretensión de fondo³⁰.

En esta línea, lo que se advierte es la importancia de distinguir a la norma procesal de la sustancial, teniendo en cuenta la finalidad que ambas persiguen.

Precisamente esto le hizo desarrollar a Carnelutti la idea de caracterizar a la norma procesal por su instrumentalidad, circunstancia que ha llevado a considerar que el proceso cautelar finalmente es un proceso instrumental, y que corresponde distinguir si se trata de un proceso cautelar instrumental o final, según que tienda a garantizar los medios del proceso definitivo o su practicidad³¹.

Esta circunstancia abordada por la doctrina nacional ha llevado a considerar al proceso cautelar como un proceso instrumental³², sin advertir la distinción a la que hacían referencia tanto Palacio como Clemente Díaz, que apuntaba a distinguir el carácter instrumental de la norma procesal por oposición a la material o sustancial, toda vez que la primera no establece una regla de juicio para solucionar el conflicto sino las condiciones y requisitos para que el conflicto de intereses sea solucionado.

A los fines de esta tarea resulta importante distinguir además, que Clemente Díaz destacó que la tesis de la instrumentalidad de la norma procesal, se fundamenta en una concepción dualista extraída de la distinta estructura funcional de la norma, pues por un lado existen normas que consisten en juicios de valor sobre los conflictos de intereses (materiales), y por otro, normas que consisten en medios operativos para que se pueda emitir el juicio de valor (instrumentales), las cuales resultan insuficientes por su excesiva generalidad.

Por eso señala que la norma procesal es instrumental, no porque sirva como medio o instrumento para componer los conflictos de intereses, sino porque forma la materia de una gran rama de disciplinas jurídicas que se caracterizan por atribuir poderes e imponer sujeciones y que en puridad son “el derecho para el derecho”, conformando una rama del

³⁰ En el sentido expuesto advertía bien Podetti, que el concepto de autonomía de las medidas cautelares puede llevar a serias confusiones, pues a su juicio no existe una acción cautelar (en el sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva, y citando a Carnelutti, distingue que el llamado “proceso cautelar”, como lo identificaba aquél, sirve en forma mediata a la composición del litigio, pues su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto”, y agrega más adelante que Redenti, habla de los “procedimientos cautelares”, señalando que ellos no tienden a un juicio definitivo sobre una acción civil, ni a una ejecución satisfactiva, sino a la introducción y realización de providencias destinadas a prevenir el inconveniente de que, mientras se discute la existencia (fundamento) –según sus palabras- de una acción y de la satisfacción a que tiende ope iudicis desaparezcan los medios o los bienes sobre los que dicha satisfacción habría en hipótesis de conseguirse, u ocurra algún otro accidente que la haga imposible o muchísimo más dificultosa” (Podetti, J. Ramiro; Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Ediar, 1969, p. 18 y ss.).

Como se puede apreciar de lo expuesto hasta aquí, **no sólo** la doctrina tradicional puede generar alguna confusión en la interpretación del llamado proceso cautelar, por el alcance brindado a la voz acción o a la voz pretensión. Desde luego que su mantenimiento en la actualidad sigue dependiendo de la mirada que se le brinde a estos institutos, lo que implicará las restricciones posteriores en su operatividad.

³¹ Carnelutti, Francesco; Instituciones del Proceso Civil, Ed. Librería El Foro, 1997, T. I, p. 88.

³² Di Iorio, Alfredo J.; Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares, L.L. 1987-B-833.

derecho público, por oposición al privado, cuyas características son precisamente su instrumentalidad y la supraordinación normativa³³.

De todo ello se puede colegir, que existen dos ámbitos claramente diferenciables en donde resultan operativas las normas procesales, sea para permitir el desarrollo del proceso en sí mismo, o sea para propender a asegurar su desarrollo, con lo cual, es inevitable concluir que existe una clara diferenciación finalista que no permite superponer conceptualmente el objeto de una actuación cautelar, con una pretensión sustancial o material.

³³ Díaz, Clemente A.; Ob. cit., T. I, p. 59.