

## UNA CAUTELA ATÍPICA

Por Jorge A. Rojas

### **1.- AMBITO NATURAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Este trabajo persigue como finalidad el deslinde y encuadre de conceptos utilizados, no de modo confuso, sino con límites imprecisos; aunque siempre relacionándolos con aspectos esenciales de las medidas cautelares.

Existe en nuestro derecho, una especie de zona gris, constituida por situaciones, que son tratadas (o interpretadas) dentro de los parámetros usuales de las medidas precautorias, aunque desde ya nos adelantamos a pronunciarnos -en algunos de esos casos- por su falta de correspondencia con aquellos.

La doctrina, se ha encargado de identificar estos temas con diversas denominaciones, por ejemplo: "cautela material", "tutela autosatisfactiva", o bien "tutela anticipada", los cuales, ameritan un tratamiento diferenciado, para marcar los caracteres que exorbitan el ámbito de las medidas cautelares.

Con ello, podemos adelantarnos a señalar, que si las medidas cautelares tienen un ámbito normal, dentro del cual se desenvuelven, y en el que podemos divisar sin mayores inconvenientes los requisitos que hacen a su procedencia, hay otro ámbito muy cercano, que está constituido por esa zona gris a la que antes aludimos, y que podríamos denominarlo: ámbito excepcional -parafraseando de algún modo a Carrió cuando distinguía esos esquemas de trabajo dentro del recurso extraordinario- aunque también nos apresuramos a señalar que ello resulta igualmente impropio, pues no se trata en puridad de medidas cautelares, sino que esa identificación sólo nos sirve para diferenciarlas de aquél primer ámbito.

En éste sentido, la doctrina, la legislación, y la jurisprudencia, son contestes en la identificación de los requisitos esenciales de las medidas cautelares, por lo tanto, siguiendo a Podetti (p. 33) podemos conceptualizarlas como "actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces".

Como se puede inferir de la conceptualización de Podetti, el ámbito normal de las medidas cautelares, permite apreciar un arco de resguardo que atiende no solo a la efectividad de una sentencia, sino además a la protección de bienes o personas, y asimismo al aseguramiento de pruebas, extremo éste que si bien no es compartido unánimemente por la doctrina, no podemos soslayar que no solo ha recibido consagración legislativa, sino además ha sido receptado por la jurisprudencia <sup>1</sup>.

En mérito a lo expuesto, no consideramos que requiera mayor aclaración ese ámbito "natural" en que se desarrollan las medidas cautelares, suscitando sí nuestro interés, aquél otro, que hemos denominado atípico o excepcional.

## **2.- AMBITO EXCEPCIONAL**

Al analizar Calamandrei, en su tradicional obra sobre la materia, el sentido o finalidad que poseen las providencias cautelares, de algún modo enfrenta la lentitud -del ordinario iter procesal (sic)- frente a la necesidad de una tutela urgente y efectiva, de allí su conclusión sobre la providencia cautelar, como "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma" (1997, p. 45).

Por lo tanto la nota típica de las providencias cautelares, dice Calamandrei, es que éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico <sup>2</sup>.

Por ello, si avanzamos sobre esas resoluciones dictadas en esa zona gris del derecho procesal, podremos apreciar que, tanto la cautela llamada material, como la medida

---

<sup>1</sup> Ramos Méndez (t. II, p.956) señala concretamente que no constituyen hipótesis de medidas cautelares las solicitudes de prueba anticipada. En nuestro país, podemos citar a Arazí, quien se ha ocupado del tema (1997, p. 17), cuando en apoyo de lo que señalábamos anteriormente e invocando un precedente judicial (L. L. 1985-E-40), considera que: la prueba producida antes de la etapa respectiva no participa de los caracteres de las medidas cautelares, dando a continuación algunas razones que diferencian la sustanciación de una y otra. Falcón, por ejemplo (t. II, p. 233), contrariamente a lo sostenido por Ramos Méndez, al clasificar a las medidas cautelares incluye en un primer grupo a la prueba anticipada, aunque deja aclarada su postura señalando que este instituto sólo tiene vinculación en forma mediata con las medidas cautelares, es decir con resguardar el objeto del litigio, pues su fin inmediato está relacionado con el derecho formal (t. II, p. 594). En este punto es interesante hacer notar que la jurisprudencia ha entendido que "el inventario de bienes resulta asimilable a los supuestos previstos por el artículo 326 del Código Procesal, los cuales constituyen una manifestación del proceso cautelar (CSJN, 13-11-90, *in re* "Mendoza, Provincia de c/Cía. Argentina de Teléfonos S.A.", inédito). Y a ello podemos agregar que en la legislación algunos códigos procesales, como por ejemplo el de la Provincia de Santa Fe dentro del Título V referido a las medidas cautelares, han incluido como sección primera una denominada "aseguramiento de pruebas" (arts. 272 y ss.).

<sup>2</sup> En general, toda la doctrina coincide en este sentido, verbigracia RAMOS MÉNDEZ (T. II, p. 949), quien señala que: "la medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en oren a su eficacia".

autosatisfactiva, como la tutela anticipada, si bien tienen algunos rasgos similares a los de las providencias cautelares, mantienen diferencias con ellas.

En consecuencia, a continuación analizaremos algunos aspectos centrales de aquellas, pero al solo efecto de detenernos -por la extensión que requiere este trabajo- en el análisis la llamada cautela sustancial o material, como paradigma de la atipicidad manifestada.

## **2.1.- LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA O CAUTELA MATERIAL**

Con toda precisión y claridad, Peyrano dice que resulta necesario distinguir lo urgente de lo cautelar, porque esto permitir agilizar la actuación de la jurisdicción, sin que ella resulte provisional, por eso entiende "... llegada la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente sustantiva "no cautelar", vale decir con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas" (J.A., p. 899).

Como se podrá apreciar, estamos dentro de un campo distinto, pues concretamente se atiende a la necesidad de agotar en el mismo pronunciamiento jurisdiccional que se pretende, el objeto de aquello que podría tener carácter provisional.

Por ese motivo es que hemos abordado en este parágrafo las dos variantes que indica su título, pues Peyrano, a estas medidas, las llama autosatisfactivas, mientras que otros autores prefirieron otra denominación, aunque desde luego estamos frente a la misma tipología.

Por ejemplo Morello la llama indistintamente como cautela material (J.A., p. 314), o bien como cautela satisfactiva (1996, p. 52), señalando que a través de ella no se procura más que "autoabastecer, en el inicio de la controversia, la prestación que debería reconocerse como exigible recién al recaer la sentencia de mérito". Madariaga la llama a esta variante cautela material (E.D., p. 1062), al igual que De Lazzari (J.A., p. 651).

Aunque éste último autor, considera que este concepto se puede superponer con el de tutela anticipada, concluye señalando que la nota distintiva de esta cautela es que los resultados emergentes de la actividad anticipatoria prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible (p. 660).

Este esquema que proponen todos los autores mencionados, excede con absoluta claridad el marco de las medidas cautelares, pues falta la instrumentalidad y provisoriedad típicas que distingue a estas últimas, ya que nos encontramos frente a una situación límite que importa un pronunciamiento jurisdiccional -en principio- definitivo.

Corroboramos lo expuesto con otro trabajo de Peyrano (E.D., p. 1345). Allí señala este autor, describiendo los límites de la que llama medida autosatisfactiva, que "se está ante un requerimiento "urgente", formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento".

Aclara a continuación que no se trata de una medida cautelar, y agrega que se asemeja a ella porque ambos se inician con una postulación, de que se despache favorablemente e inaudita et altera pars un pedido; y agrega a renglón seguido que se diferencian en función de lo siguiente: a) el despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia cautelar; b) su dictado acarrea una satisfacción "definitiva" de los requerimientos del postulante...; c) se genera un proceso (a raíz de la iniciación de una medida autosatisfactiva), que es autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo.

Y finaliza, remarcando que el nomen juris, aunque siempre importa, comparativamente es lo que menos debe preocupar, y recordando las distintas denominaciones con que se ha conceptualizado, lo que el denomina como "medida autosatisfactiva"<sup>3</sup>.

Por lo tanto, despejadas las dudas con respecto a su denominación e identificación, surge claramente el modo en que exorbitan el marco tradicional de las medidas cautelares, pues estamos aludiendo en todos los casos a supuestos que requieren un tratamiento diverso, por la impronta de los hechos que las generan, y sus propias particularidades.

### **3.- NUEVOS STANDARDS**

No sólo el marco, dentro del cual se van a ver sumergidas las situaciones que requieran una tutela urgente y efectiva, debe ser distinto, como lo reclama la doctrina, sino que además resulta necesario partir de nuevos standards interpretativos, para evaluar y regular estas situaciones urgentes.

A mi entender aquí radica la importancia de nuestra materia, toda vez que el Derecho Procesal, se caracteriza -entre otros aspectos- por la instrumentalidad de sus formas, que nos permiten, como activador del derecho sustancial, hacerlo efectivo.

---

<sup>3</sup> Así cita por ejemplo a Andorno, quien las identifica como *proceso urgente* (J.A. 1995-II-887), tutela diferenciada (Tarzia), medidas cautelares atípicas (Barrios de Angelis) o bien como ya lo señalaba Calamandrei: declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva (1997, p. 37).

En este sentido observamos nuevamente que tanto De Lazzari (J.A., p. 660), como Peyrano (E.D., p. 1347), coinciden en precisar este aspecto central, avanzando un poco más aún éste último, en la necesidad de crear un proceso que resulte autónomo, que no dependa, ni sea tributario de ningún otro, por lo cual ya tenemos un aspecto por definir que resultaría el proceso dentro del cual sustanciar esta tutela urgente, pues no existe uno de esas características en nuestro ordenamiento adjetivo, excediendo desde luego las posibilidades del sumarísimo.

Otras fuentes, de las que pueden surgir estos nuevos standards, podemos extraerlas del comportamiento que han tenido los tribunales frente a situaciones de algún modo especialísimas, que requirieron de la agudeza de la jurisdicción para su resolución.

### **3.1.- INFORME A PARTIR DE ALGUNOS PRECEDENTES**

Veamos algunas de esas pautas a partir de diversos pronunciamientos de nuestros tribunales, que en conjunto, permiten que los involucremos en ese ámbito que llamamos atípico o excepcional (dentro de la llamada cautela material).

Existió un interesante caso conocido como "de las toninas overas", a través del cual el Juez de Primera Instancia, decidió la suspensión de una resolución que autorizaba la caza de aquellas (L.L. 1983-D-568).

Existió otro caso, resuelto por la Sala G de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (L.L. 1988-D-12), del cual también se ha ocupado la doctrina, en donde se publicó -en forma errónea- el número de teléfono del actor, en pasajes emitidos por la demandada, que resultaba ser una empresa de transportes.

Podemos citar otro supuesto, que es el caso de la negativa de un paciente a someterse a un tratamiento que requería transfusiones de sangre, por razones de tipo religioso, habiendo interpretado el juez de primera instancia, que ello constituía una objeción de conciencia, que no resultaba cuestionable desde el punto de vista legal.

En apoyo de esta postura el juez interviniente citó la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal in re Bahamondez, al señalar que "la libertad religiosa es un derecho natural de la persona, y por tanto, inviolable. En virtud de él, nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia. Es por ello que la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la denominada objeción de conciencia con fundamento en los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional" (E.D. 162-624).

En ese precedente, la juez interviniente decidió -con referencia a los nuevos standards que tratamos de divisar- en relación al proceso aplicable, que "recibidas las actuaciones, y atento a la urgencia de la cuestión, se han obviado la falta de requisitos formales propios de cualquier

presentación en sede civil, aplicando mutativamente la doctrina de la Corte de la Nación elaborada en torno a los denominados recursos in pauperis (caso Gordillo, E.D. 127-267).

Además de estos indicadores existen otros que debemos tener en cuenta, y son de sobrada importancia para esta temática.

En tal sentido, la Comisión integrada por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker, elaboró en 1997, un proyecto de Código Procesal Civil y Comercial, para la Provincia de Buenos Aires, que luego adaptó -mutatis mutandi- para la Ciudad de Buenos Aires, previendo en el art. 67 las que denomina "Medidas autosatisfactivas".

Reza esa norma, que "en aquellos supuestos excepcionales en que:

- 1.- Se acredite la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto.
- 2.- Su tutela inmediata es imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.
- 3.- No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.
- 4.- Si el juez lo entendiere necesario se efectivizar contracautela, se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante".

Con lo cual como vemos han sido receptados -por lo menos en este proyecto- aquellos avances que vino haciendo, tanto la doctrina, como la jurisprudencia sobre este tema, siendo de destacar como algunas de las características más sobresalientes, aquellas que surgen de los propios precedentes que hemos citado, y que a continuación abordaremos.

### **3.2.- ALGUNAS PRECISIONES**

Un aspecto principal, que hace a la esencia de las medidas cautelares, aquí no surge con idéntico sentido, pues el llamado "humo de buen derecho", ahora aparece con otro alcance, como un conocimiento más preciso o acabado por parte del juez, sea porque se le exhibió la reglamentación correspondiente (vgr. la que dejó sin efecto en el caso de las toninas overas), o bien, sea porque se acreditó en forma cierta o efectiva, como el caso de la errónea consignación, por parte de la empresa de transportes, del número telefónico del actor en los pasajes que emitía, no solo el derecho invocado, sino además su vulneración cierta (o en su caso inminente), lo cual importa el rango de "tutelable" de una determinada situación.

Además, debemos reparar que en el proyecto antes mencionado, se alude a la acreditación de un interés cierto y manifiesto, que resulte tutelable, con lo cual la pregunta que cabría frente a este nuevo standard sería, "cuando un derecho vulnerado resulta cierto y tutelable?".

La respuesta que cae de maduro sería: cuando aparece violentado, por haber sido transgredido, o bien cuando esa violación aparece como inminente, pues la falta de tutela importaría su frustración (como señala el inc. 2 de la norma antes citada).

En relación al requisito tradicional de las medidas cautelares, llamado "periculum in mora" (peligro en la demora), cabría mantener su alcance para estas situaciones excepcionales, pues como bien señaló Calamandrei, para acreditar el peligro en la demora de una resolución cautelar típica, no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro para tratar de prevenir un daño, con lo cual la providencia se torna urgente, sino que además es necesario acreditar que el daño que se teme se transformaría en efectivo, o bien que se agravaría el ya ocurrido (p. 41).

Por lo cual nos pronunciamos por el mantenimiento de este presupuesto sustancial de las medidas cautelares como componente ineludible de las situaciones aquí abordadas, siendo los otros aspectos enunciados los que nos darán la pauta de estar inmersos en ese otro ámbito que denominamos excepcional.

El requisito de la contracautela, queda librado al arbitrio del juez, y como el casuismo que plantea la cuestión puede ser harto excesivo, se deberán tener en cuenta las circunstancias particulares de cada situación.

Hemos dejado para el final la norma que consagra el inc. 3ro. del proyecto analizado, pues de ella se desprenden dos aspectos importantes, por un lado señala la previsión que tomó la Comisión redactora: que se podrán otorgar esas medidas llamadas autosatisfactivas, cuando no fuere necesaria la tramitación de ningún proceso autónomo. Este sería uno de los aspectos a tener en cuenta.

Pero por otro lado, esa norma no señala proceso alguno dentro del cual deban tramitarse estas medidas autosatisfactivas, con lo cual se estaría previendo un trámite sin formas de ninguna índole, lo cual que genera algún tipo de dudas, pues la importancia de su establecimiento implica no sujetarlo a ningún criterio interpretativo que distorsione la finalidad perseguida.

Para ello, consideramos apropiado delinear un proceso protectorio, no dirimente, al estilo clásico de cualquiera de nuestros juicios de conocimiento, sino fundamentalmente tutelador, conformado en base a una estructura monitoria, en la cual se invierta la relación declaración-ejecución por una inversa, y de la que nos ocuparemos más adelante <sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Recordamos hoy –con el lanzamiento de este nuevo primer número- la primera aparición de la *Revista de Derecho Procesal*, en 1943, en el cual uno de sus colaboradores era el doctor David Lascano (p. 80), quien elaboró un trabajo que denominó: *Hacia un nuevo tipo de proceso*.

### 3.3.- ACTIVISMO JURISDICCIONAL

Todo lo que venimos exponiendo debe tener por supuesto un correlato en la actividad jurisdiccional, así lo enseña Morello, a los fines de aventar los riesgos o penurias de trámites engorrosos incompatibles para estos tiempos, "un trasfondo tutelador más que decisor de manera tal que a los jueces, desde una óptica que traspasa los derechos subjetivos egoístas, les corresponde la

Afirmación en concreto de derechos y prerrogativas de contenido social y colectivo, frente a lo cual deben ser muy cautos en adoptar rigideces o posturas que desemboquen en la frustración y no en la protección de aquellos" (1989, p. 36).

En este sentido, para la operatividad concreta del proceso protectorio que proponemos, consideramos fundamental, que se invista a la jurisdicción, de todas aquellas facultades que fueren necesarias para hacer efectiva la protección concreta, o resguardo preciso de los derechos en juego.

### 3.4.- LA LEGITIMACION PASIVA

Coincidimos con la doctrina sobre la necesidad de lograr de modo urgente el objetivo final que perseguimos con este tipo de medidas llamadas atípicas, lo cierto es que lejos estaría del ánimo de cualquier juez, no poder brindar un servicio efectivo, razonable y urgente, cuando las circunstancias así lo requieran.

---

Entonces haciendo alusión a los avatares que tenía en la jurisprudencia el juicio ejecutivo, y haciendo algunos comentarios de lo que doctrinariamente se pensaba respecto al mismo, concluía que debía regularse un nuevo tipo de proceso, que debía ser ejecutivo, si no había oposición del accionado, apoyándose para ello en el proceso monitorio italiano, en el *Mahnverfahren* germánico, en el *Mandatsverfahren* austríaco y en el *Rechtsbot* suizo, los cuales autorizaban un procedimiento coactivo, cuando luego de librado el mandamiento, el deudor no hacía ninguna oposición dentro de determinado plazo.

Recordaba entonces que estábamos frente a un proceso de ejecución en el cual, si el deudor manifestaba algún tipo de oposición al derecho invocado, se producía una especie de transformación hacia un proceso declarativo.

Lascano, vaticinaba lacónicamente, "tal vez hacia esos rumbos marchemos sin saberlo ni quererlo", pues indicaba con toda precisión que no es de la esencia de la ejecución la discusión sobre el derecho, lo que por cierto no quiere decir que se excluya la posibilidad de toda litis. Puede haber contienda, pero sobre la procedencia de la ejecución no sobre la existencia del crédito.

Este proceso de estructura monitoria, si bien generalmente ha sido estudiado y utilizado para procesos como el juicio ejecutivo, muchas legislaciones lo han adoptado con otro alcance (vgr. El Cód. del Proc. De la R. O. del Uruguay). Como señala, en nuestros días Martínez (p. 246) la sumariedad del proceso monitorio se justifica entre otras cosas por la alta credibilidad (certeza, verosimilitud) que surge de la naturaleza (en general simple) de la pretensión, y la forma en que se plantea (por la prueba que se acompaña), como asimismo le agregamos nosotros por la intervención que le puede caber al demandado, ya que como enseñaba Calamandrei, este proceso tiene muchos puntos de contacto con el proceso contumacial (1946, p. 66)



Sin embargo, la deformación profesional provocada por el espíritu conservador que reina en la clase forense, del que no están exentos nuestros jueces, hace que debamos reposar nuestra mirada en este aspecto para intentar su mejoramiento.

Aquí considero de suma importancia abordar un aspecto central en esta temática: la legitimación pasiva para obrar, que aparece totalmente desdibujada en muchas de los supuestos extraídos de nuestra jurisprudencia.

Obsérvese que o bien se desdibuja, no sólo por la índole de la pretensión, sino también por su propia difuminación, que la hace aparecer totalmente imprecisa; o bien, resulta absolutamente vacua, carente de contenido, por la liquidez del derecho invocado.

Por eso consideramos oportuno generar, como un nuevo standard en este tipo de situaciones tan particulares, aquél que apunta a discernir los caracteres que reviste la legitimación pasiva para obrar, frente a situaciones como la del enfermo que no admite -por razones de índole religiosa- una transfusión de sangre, o inclusive, el propio supuesto de los boletos de transportes mal impresos, con el teléfono del accionante.

Como se puede inferir, en los supuestos indicados, el demandado resulta incierto, o bien carente de argumentos, como el caso tan grosero de los boletos mal impresos, como para sostener una defensa.

Por eso, considero importante que nos retrotraigamos a lo que sucedió en los leading cases que dieron origen al amparo: Siri y Kot<sup>5</sup>.

En ambos supuestos, no apareció con claridad -como en los ejemplos que traemos a colación- quien podría resultar legitimado pasivamente en la pretensión deducida por el accionante. Más allá que en el amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública, no existe una verdadera contestación de demanda, sino un informe, en la otra variante, la del caso Kot, resultaría grosero por desmesurado imaginar al juez de la causa -en los términos del actual art. 321 del Código Procesal- ordenando correr traslado de la demanda interpuesta.

Desde luego la pregunta es "¿a quién?". Es decir en cabeza de qui, n est la posibilidad de esgrimir defensa alguna.

Se nos podrá decir, que el garantismo que previene la Constitución Nacional, hace que deba existir un proceso legal y justo, para que alguien -del modo que sea- pueda ser condenado

---

<sup>5</sup> J. A. 1958-II-478 y J.A. 1958-IV-227, respectivamente.

o absuelto, en todo o en parte. La pregunta es "cómo encontrar a alguien que se difumina por la peculiaridades del propio caso?"<sup>6</sup>.

Para evaluar estos parámetros entiendo conveniente que nos detengamos en el análisis de algunos indicadores que surgen de nuestra realidad cotidiana.

#### **4.-INDICADORES DE LA REALIDAD**

En las VII Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, llevadas a cabo en la Ciudad de Junín, en 1996, presenté una ponencia, que se denominó "Formas procesales y tutela efectiva", en la que trataba de señalar, la necesidad de completar un vacío legal, que proviene del alcance de las medidas cautelares, por las características de algunos hechos que las exorbitan, y la carencia de procesos urgentes para su contención.

En dicha oportunidad, para no reiterar aquello que había escrito, señal, un ejemplo, que considero, sumamente gráfico para ilustrar el contenido de mi trabajo<sup>7</sup>.

Retomando esa misma línea -que importaba una flagrante violación al derecho a la intimidad- voy a basarme en otro indicador de nuestra realidad, que considero útil a los fines de este trabajo.

Actualmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se está planteando un fenómeno muy particular, que es padecido por vecinos de algunas zonas muy puntuales en las cuales la prostitución "ha ganado la calle".

Propongo que hagamos el siguiente ejercicio.

Imaginemos por un momento -que como abogados- una persona (vecino de esos lugares), viene a plantearnos esta situación, "qué cosa es la que pretendería este señor en su consulta?

No parece difícil deducir, que nos va a decir que quiere saber si es posible que cese la situación que tiene que afrontar diariamente, porque sus hijos no pueden salir a la calle, o bien porque su familia no puede transitar libremente por el lugar, o bien porque tampoco pueden vivir en paz, ni aún dentro de su hogar por las cosas que suceden afuera.

---

<sup>6</sup> Precisamente la constitucionalidad de la estructura monitoria da pie para ello, siendo de destacar el trabajo de Morillo y Kaminker (E.D., p. 1001) quienes ya nos informaron al respecto.

<sup>7</sup> Entonces tomamos como ejemplo un caso judicial -aún no resuelto- que se generó con una estrella del deporte, a nivel tanto nacional como internacional, que vio invadida su esfera familiar íntima por periodistas y cámaras de televisión, que prácticamente hacían un *show* cotidiano desde una residencia de descanso. Señalábamos entonces que, años atrás, no hubiéramos imaginado ese "poder" de una cámara de televisión, tomando imágenes de escenas de la vida cotidiana de una familia. Sin embargo, en aquella oportunidad, la víctima de ese atropello pasó de ese rol a ser victimario, pues con un rifle de aire comprimido comenzó a disparar contra los periodistas, lastimando a algunos de ellos.

Seguramente podremos echar mano al art. 1071 del Código Civil, que dispone: que aquél que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena... perturbando de cualquier modo su intimidad... ser obligado a cesar en tales actividades ... ; o tal vez en el art. 2618 del mismo cuerpo legal.

Pero además quizás decidamos estar a lo normado por el art. 41 de la Constitución Nacional, norma que resguarda con suficiente apertura el medio ambiente, señalando -entre otros aspectos- que todos los habitantes tiene derecho a un medio ambiente sano, que el daño ambiental generar prioritariamente la obligación de recomponerlo, y además que las autoridades deben proveer a la protección de este derecho.

Y además también tengamos en cuenta al art. 43 que señala que toda persona puede interponer una acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, cuando una autoridad pública o un particular, de algún modo lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualquier derecho o garantía que resguarde nuestra Ley Fundamental.

Por lo tanto, cabe que nos preguntemos, si por la vía señalada, aquellas personas que arbitrariamente conculcan el derecho de algunos vecinos a su intimidad, o a un medio ambiente sano, no deberían cesar en esas actividades.

De ese modo podemos apreciar que la pretensión del vecino que nos consulta, se puede superponer con la cautelar que prima facie aparece como más efectiva, es decir, una medida innovativa que haga cesar esta "especie de comercio sin recato", para identificarlo eufemísticamente (conf. art. 232 Cód. Procesal).

En consecuencia, a los fines de mantener el sentido garantista que tienen las formas para el proceso, una de las preguntas que cabe que nos hagamos sería la siguiente: "surge con claridad la legitimación pasiva en este proceso?. Creemos que no, y que además éste sería otro supuesto de difuminación de aquella. De otro modo: "a quién debería correr traslado el juez de la demanda interpuesta?.

Si apreciamos la cuestión a la luz de lo normado por el art. 321 del Código Procesal, y con los par metros usuales -dentro de un proceso sumarísimo- ni siquiera así advertiríamos la respuesta a esta problemática, toda vez que el amparo resultaría ineficaz, y a su vez una típica medida cautelar, estéril.

Por eso, consideramos que el proceso protectorio que proponemos, que podría agotar la pretensión sustancial, junto a la eventual provisional, se torna operativo, en supuestos especialísimos como los mencionados.

No dudamos en sostener que este sería un típico supuesto de cautela material, o medida autosatisfactiva o cautela atípica, la cual no constituye ni más ni menos que una forma amparista, toda vez que por un lado sería fácilmente acreditable el derecho que le asiste al accionante, como asimismo el agravamiento que irroga el mantenimiento de ese status quo; mientras que por otro lado, no encontraríamos con precisión contra quien dirigir la posible acción a entablar, superponiéndose aquí el trámite de una cautelar, con el objeto de la pretensión final, que podría provocar, por la modificación que generaría respecto a los hechos puestos en escena, la innecesariedad de otro proceso autónomo y distinto al sustanciado.

De ese modo, además, cualquier interesado, que se sienta pasivamente legitimado para actuar, tendría la posibilidad, antes de producirse cosa juzgada, por el principio de preclusión, de hacer valer sus derechos, y generar desde su actuación el contradictorio correspondiente.

Esto permite dos cosas, que a nuestro entender resultan fundamentales, desde la instrumentalidad de nuestra rama del conocimiento. Por un lado tutelar en forma urgente y efectiva los derechos conculcados, y por otra, mantener el garantismo constitucional que todo debido proceso importa, al mantener expectante y abierto el contradictorio, trasladando su iniciativa a quien resultaría -en este supuesto- un demandado "indefinido".

Ello hace que adopte cierto grado de lógica la situación que así se plantea, toda vez que el demandado ha provocado -por acción u omisión- la violación a esos derechos que tutela la Constitución Nacional.

Por lo tanto, entiendo que nada resulta más justo y razonable que quien venía gozando de esos derechos, no sea quien tenga que demostrar luego en un proceso judicial clásico, que los poseía, sino por el contrario, quien trate de un invocar uno mejor al del accionante, que impulse el contradictorio o no, según los títulos que tenga para ello.

## **5.- CONCLUSIONES**

Como síntesis de todo lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) La llamada cautela atípica, o material, o autosatisfactiva, no constituye una medida cautelar, sino por el contrario un mecanismo amparista que cae dentro de la órbita del art. 43 de la Constitución Nacional.

b) Se desprende de los antecedentes citados, que el Derecho Procesal, desde su instrumentalidad -que constituye una de sus características fundamentales- no puede continuar

manteniendo un vacío legal, como el que algunas de las situaciones que describimos vienen exhibiendo, en desmedro de un principio liminar como es la seguridad jurídica.

c) Se hace imprescindible entonces, generar nuevos standards interpretativos e instrumentales para gobernar este tipo de situaciones especialísimas, a los fines de brindar una tutela urgente y además efectiva al justiciable, en aras de no distorsionar la administración de justicia.

d) El proceso protectorio, basado en una estructura monitoria, puede constituirse en una herramienta útil para zanjar este tipo de situaciones que denominamos especialísimas, toda vez que además de propender a la protección inmediata de aquellos derechos o garantías que hubieran sido vulnerados, o cuya violación resulte inminente, permitiría el mantenimiento del garantismo que hace a la legalidad de todo proceso, pues al invertir el desarrollo clásico: declaración-ejecución, traslada la iniciativa del contradictorio, hacia aquél que ha provocado o generado los hechos, cuya tutela ha merecido el pronunciamiento de la jurisdicción.

e) Este mecanismo o molde, dentro del cual podemos contemplar las situaciones descritas, provoca la necesidad de observar nuevos standards de interpretación, de razonamiento, o de comportamiento, que deben estar contemplados en una legislación específica, que tienda a la sistematización de estas figuras evitando una di spora que desvirtúe la letra del art. 43 de la Constitución Nacional.

f) Entre esas nuevas pautas, considero importante mantener el esquema dentro del cual se ha interpretado el peligro de la demora para las medidas cautelares. A ello cabe agregar, que la verosimilitud del derecho, no debe ser interpretada del modo clásico en que se lo ha hecho para una medida cautelar típica, sino por el contrario, el juez debe formar su convicción de un modo más pleno, estando a cargo del interesado la demostración de la certeza del derecho invocado, de su liquidez, generada a partir de su vulneración, o la inminencia del perjuicio, o la frustración que importaría la imposibilidad de tomar esas medidas, y por cierto, que todo ello merezca una tutela efectiva de parte de la jurisdicción.

g) Además, considero imprescindible tener en cuenta quien resulta legitimado pasivamente dentro de este esquema de trabajo, toda vez que la difuminación de este aspecto esencial en un proceso de conocimiento tradicional, va a coadyuvar al auxilio de la jurisdicción, que al decir de Morello, se va a constituir en justicia de acompañamiento, o tuteladora, y no simplemente dirimente.

h) Por último, consideramos que sin una jurisdicción investida de poderes suficientes, y que asuma ese rol tutelador, para que resulte útil y efectiva a las personas, no podríamos avanzar en un esquema de trabajo como el propuesto.