

## PRESENTACIÓN

Uno de los temas que mayor conflictividad presenta actualmente en el campo procesal de la República Argentina, es el relativo a las *cautelas procesales*.

Y, según se comenta con insistencia en los foros internacionales, algo similar ocurre en el Perú a partir de los poderes cautelares que el ordenamiento procesal vigente ha otorgado a sus jueces, generando con ello una imprevisibilidad judicial que desespera a la abogacía seria del país y que, a juicio de muchos, conspira contra la seguridad jurídica del hombre medio que sufre de a pie los desbordes del poder.

Y es que desde que se enseñoreó en nuestras judicatura lo que se conoce como *poder cautelar genérico*, que defiende tenazmente la mayoría de los autores, se ha hecho moneda corriente en la vida tribunalicia la solución de los litigios mediante la inmediata emisión de una sentencia que otorga sin más el contenido de la pretensión presentada por el actor civil, sin perjuicio de que, a veces, el proceso continúe hasta tanto se dicte una sentencia de mérito que establezca ciertamente el derecho del actor a percibir lo que ya le fue anticipado.

Esto, que se considera un verdadero logro de la posmodernidad pues ¡por fin! la Justicia opera con tales novedades dentro de los tiempos que se esperan de ella en homenaje a la siempre tan ansiada y pocas veces lograda eficacia del proceso, se encuentra a mi juicio reñido con el sistema constitucional. En rigor de verdad, con todos los sistemas constitucionales del Continente.

Ello es así porque dicha novedosa anticipación se otorga en sede cautelar y sin la previa y debida audiencia que marca la Carta Magna como precisa garantía del derecho que tiene todo ciudadano a que no se viole su defensa en juicio.

Al día de hoy, y so capa de cumplir el mandato de *tutela judicial efectiva* contenido en varios cuerpos normativos internacionales que se han hecho ley en nuestros países, los carriles judiciales transitan permanentemente por los arrabales de la Constitución pues cada vez que se dicta una medida autosatisfactiva o una medida innovativa, etcétera, se tutela el derecho incierto del actor con absoluto demérito del derecho cierto del demandado: se afecta con ello y en forma grosera su derecho de defensa,

Hay quien sostiene que tal crítica es asaz injusta pues con la protección cautelar puede ser cumplido el mandato constitucional contenido en el Preámbulo en el sentido de que hay que *afianzar la Justicia*.

Quienes esto afirman, olvidan que ese *mandato* no es tal sino una intención entre otras varias que se tienen en cuenta como objetivos fundamentales para establecer los derechos que se declaran en el texto mismo de la norma cúspide del sistema.

Y uno de tales derechos es, precisamente, el de asegurar *la inviolabilidad de la defensa en juicio*, idea que supera largamente a la contenida en el conocido sintagma *debido proceso* que nadie ha definido hasta ahora en términos positivos.

Hay normas superiores que, haciendo una suerte de *ranking* de derechos constitucionales, ponen en primer lugar a la *vida*, de inmediato a la *libertad* (pues la vida sin libertad no merece la pena de ser vivida) y, seguidamente, al *debido proceso* (pues sin proceso no hay defensa lícita posible de la libertad y de todos los demás derechos de rango inferior: propiedad, intimidad, domicilio, correspondencia, etcétera).

Surge de lo aquí expuesto que ésta es una obra crítica que, manteniendo ideas propias, pretende ser seria y fundada. Para poder articularla, hago lo que creo es novedoso planteamiento del tema cautelar, incluyendo entre sus posibles clasificaciones algunos tópicos que desde siempre han estado ajenos a él y que, sin embargo, muestran las mismas exactas características de todas las demás conocidas.

Aspiro así a mostrar una óptica disidente de la que exhibe la ley procesal vigente, a fin de alertar acerca de los problemas que ya se han presentado en otras partes de América y que han logrado hacer más imprevisible aún el sistema judicial actual.

Y para ello, agradeciendo la deferencia del sello editorial *San Marcos*, entrego este libro que ya ha sido presentado en la Argentina bajo el nombre de *La cautela procesal* (editorial *Juris*, Rosario, 2008), como adelanto de parte del texto de obra de inminente aparición: *Sistema procesal: garantía de la libertad*, y que publico precedido de un prólogo de quien es una de las personalidades más prometedoras del mundo procesal peruano y que hoy lleva con honor la carga de ser Presidente del Capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Ignoro si lo que aquí intento explicar puede resultar provechoso para el lector. Toca a él decírmelo. Para eso, como siempre, consigno mi dirección al pie.

**ADOLFO ALVARADO VELLOSO**

aaav@alvarado-abogados.com

## PRÓLOGO

**“Para ser amigos es importantísimo ser bastantes  
parecidos y afines; pero para ser amantes  
y amarse no hay nada mejor en el mundo  
que ser distintos por eso escribí esta canción...”**

*(Ricardo Arjona refiriéndose a “Quien diría” en un concierto en Venezuela).*

Aunque el cantautor guatemalteco despierta las más dispares sensaciones, en esta ocasión la cita tiene el valor de dogma. Los que amamos el derecho procesal **no podemos conformarnos con el tañido monocorde de la campana de siempre: el activismo judicial**. Aquella que escuchamos cuando estudiantes y que izaba las banderas de la justicia, la verdad, el juez justo y todas las conocidas panaceas recomendadas. Sin embargo, ya como operadores jurídicos -a cualquiera de los lados del mostrador- nos desencantaba. **La conclusión no admite dubitaciones: se impone entonces un tañido distinto**. No caminar por el derrotero ya transitado. El repensar del derecho procesal es, entonces, una urgencia impostergradable.

En el Perú, una de las expectativas legales más grandes fue el Código Procesal Civil, construido sobre los cimientos ideológicos del decisionismo judicial: dotar a los jueces de mayores poderes para que, saltándose la serie lógica del proceso, resuelvan con su conocimiento y sabiduría. Para ello, minimizó al extremo el aporte de las partes. Lo dispositivo perdió su razón de soporte genuino del proceso. Se le ha satanizado. Para la literatura jurídica tradicional es sinónimo de abuso procesal. La parafernalia publicista que tuvo detrás lo ayudó a colocar las expectativas hasta donde conocemos. Ahí ya empieza a actuar su señoría el tiempo. Él coloca cada ficha en la ranura justa.

Se pensó que por economía de tiempo –una vez más- bastaba adecuar el Código Procesal Civil peruano al Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Se desdeñó inclusive la exposición de motivos. Resultado: Su precoz derrumbe. Se privilegió el esqueleto y se olvidó el alma.

Con una postal así de nuestra realidad procesal, con un cráter ostensible respecto al respeto irrestricto del debido proceso y con la ausencia de una literatura autocrítica y repensante del proceso, es que se impone colocar sobre el tamiz del debate procesal, textos como el que tiene entre manos.

Mas aún si está referida a *Las cautelas procesales*. Temática asaz conflictiva desde su nomenclatura hasta sus efectos, pasando por su naturaleza de urgencia, que de tantos prismas

es observada. Las publicaciones repetitivas y ciegas en el Perú en materia procesal nos tienen acostumbrados a copiosas precipitaciones de páginas. Además de parecer todas fotocopias –dicen todas lo mismo que ya fracasó-, difícilmente son leídas en su totalidad. Menos aún comprendidas. Pero en nuestro caso, el lector encontrará, desde la forma, un manual con una propuesta diferente.

Como diferente es también el enfoque de fondo. Doctrina pensada, clara y abierta al debate es casi inédita en sede nacional. **Los que conocemos al autor, al leerlo sentimos como si nos hablara, nos explicara y nos invitara a pensar permanentemente. Asumo que quienes no lo conocen sentirán lo que Dante de Virgilio: Se puede tener un Maestro sin contacto personal.** Lo decimos sin ser obsequiosos sino sinceros. Hay una sola forma de comprobarlo: Continúe leyendo sus reflexiones y análisis en las siguientes páginas.

Finalmente, celebramos que en nuestro país se instalen publicaciones de esta naturaleza. Nos sentimos agradecidos y orgullosos de escribir la antesala de un libro que sin dudas marcará un punto de inflexión en la literatura procesal peruana: **la difusión del proceso como medio pacífico de debate y como expresa garantía constitucional.** Esta labor está garantizada si el portavoz es el abanderado del garantismo procesal en el orbe jurídico y el procesalista de mayor prestigio en Latinoamérica. El incansable difusor de la libertad en el proceso, un motor que no se detiene nunca. Quien trae esta brisa fresca y pura a nuestro proceso es un jurista con un valor agregado: tiene vena de Maestro. El autor de esta obra es ADOLFO ALVARADO VELLOSO.

Guido Aguila Grados

CODIRECTOR DE LA ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS EGACAL

PRESIDENTE DEL CAPÍTULO PERÚ DEL INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

## PRIMERA PARTE

### INTRODUCCIÓN AL TEMA: LAS MEDIDAS CAUTELARES

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de *medidas cautelares* o *precautorias*, de muy antigua raigambre legislativa<sup>1</sup>.

También se las conoce como *acciones cautelares*, y como *acciones asegurativas*, y como *acciones garantizadoras*, y como *procesos cautelares* y como *providencias cautelares*. Como luego se verá, nada de todo eso es.

A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de *medidas cautelares*, creo que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador<sup>2</sup> y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

En efecto: castizamente, la voz *medida* ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal<sup>3</sup>. Ya se comprenderá el porqué.

Igual ocurre con la palabra *precautoria*<sup>4</sup>, que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analizará en esta obra.

Por mi parte, prefiero utilizar el sintagma *petición cautelar*, por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial *cautelar* (o *precautoria*) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda<sup>5</sup>. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible<sup>6</sup>, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés.

Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo*, mediante el cual –y hasta el día de hoy– se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia.

Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se

1 Tanto, que así se mencionaba al tema en la mayoría de los códigos vigentes en el siglo XX.

2 Que, en la tarea de normar, incluye como *precautorio* a lo que no lo es: y así, a sus requisitos habituales se someten casos que no tratan de evitar inconvenientes, cual se verá *infra* en la nota 4, sino de adelantar o anticipar la pretensión demandada por medio de mandato judicial emitido sin audiencia previa de quien debe sufrirlo y acatarlo. El tema se comprenderá cabalmente luego de terminar la lectura de este libro.

3 De todas las acepciones castizas del vocablo, la que más puede acercarse a ello refiere a *adoptar* o *tomar una disposición dirigida a o encaminada a prevenir cierta contingencia o a evitar que suceda algo*.

4 Es lo que sirve de *precaución* y esta voz, a su turno, significa el *cuidado que se pone al hacer algo, para evitar inconvenientes, dificultades y daños*.

5 Cosa que ocurre exactamente igual en la actualidad.

6 La seguridad nunca es tal: el deudor puede morir, concursarse o quebrar, es posible que aparezcan acreedores con privilegio o de grado preferente, etcétera. En todos estos casos, el acreedor embargante no aseguró nada (en el sentido de dejar firme o seguro o de tener la certeza de que podrá percibir su crédito con el bien embargado).

## LAS CAUTELAS PROCESALES

le embargo, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales vigentes en América latina (de ahí es que me parece apropiada denominar *petición* –y no *acción procesal*<sup>7</sup>– a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación.

Y, hasta hoy, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar*<sup>8</sup>. Esto se puede ver en casi todas las legislaciones de América, salvo en las pocas que ya han insertado un capítulo cautelar genérico referido a todos los supuestos legislados.

Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior<sup>9</sup>.

A partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisibles y peligrosísima discrecionalidad judicial.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas “cautelares”: por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de *las medidas precautorias*.

<sup>7</sup> Pues generalmente no hay bilateralidad del instar en las cautelas.

<sup>8</sup> Por ahora, y sin perjuicio de lo que se verá luego en el texto, tales condiciones son: *verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela*.

<sup>9</sup> En esta tesitura, la jurisprudencia de siempre se mostró parca y cautelosa con los adelantos extemporáneos de los resultados pretendidos en el litigio. Así lo entendió la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se puede ver en JA, 2005-IV-67 y en muchos tribunales del país: LL, 2005-A-475; JA, 1998-I-469; ED, 43-235, etcétera, hasta la irrupción del caso Camacho Acosta c. Grafo Graf SRL, 07.08.97, LL, 1997-E-653) referido a excepcional asunto de muy urgente solución. Por cierto, no cabe siquiera pensar en poner en tela de discusión su estricta justicia. Pero dado el auge que cobró tal solución, extensiva ahora a muchos otros problemas a veces no tan graves, la pregunta que se impone es otra: ¿puede obviarse el proceso con la mera invocación unilateral de una semejante urgencia?

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás<sup>10</sup>.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica ya adelantada.

Mientras eso ocurre, habrá que tener siempre presente que desarrollaré en este punto y con exclusividad lo relativo a *las cautelas propiamente dichas*, dejando para después todo lo que sea anticipo de sentencia.

---

10 Con lo cual todo termina en sede cautelar. ¡Absurdo!

## SEGUNDA PARTE

### EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

#### CAPÍTULO 1

#### LA PETICIÓN QUE LO ORIGINA

Ya adelanté opinión respecto del tema en el capítulo anterior.

Parece evidente que lo cautelar no es ni puede ser una *acción procesal*<sup>11</sup> pues lo caracterís-

11 El tema lo he explicado detenidamente en mi *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, varios años. Extraigo de allí parte del texto para que el lector pueda comprender la importancia y los exactos alcances que le doy al asunto.

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la correspondiente prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en toda interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto del poder*, pueden existir diversas *relaciones* que son posibles de existir en la interacción entre *gobernado* y *gobernante*, las cuales pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas legalmente por *normas necesariamente dinámicas*.

Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza).

Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la *instancia* como *el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano*.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que recibe el nombre de *procedimiento*.

De tal forma, el *objeto* (lo que desea lograr) de la *instancia* es siempre un *procedimiento*, en tanto que el *objeto* de éste es una *resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado) - autoridad (gobernante)*, en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos —que pueden ser infinitos— se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reacertamiento, queja, y acción procesal.

Estas posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional. Cuando lo tiene, cabe distinguir —con criterio clasificatorio— entre si la autoridad puede cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende exclusivamente de la actividad de otra persona.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

- 1) **LA DENUNCIA:** Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley. Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometiéndose un delito en un lugar dado.

Como puede advertirse, esta instancia se caracteriza por su carácter *primario* y por la *ausencia de contenido pretensional*: el particular nada pide a la autoridad sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento.

- 2) **LA PETICIÓN:** Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que tiene competencia para resolver por sí misma acerca de la pretensión que aquél le somete a su decisión. A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un *procedimiento* que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar. Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería, para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, *insta* ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso. Si se cumplen los requisitos del instar (obviamente regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de su *petición*, se iniciará necesariamente un *trámite procedimental* que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la *emisión de una resolución*, típico acto de autoridad. Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante. En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso

---

solicitado. Para cumplir tal tarea resolutoria, la autoridad debe producir una *comprobación*, es decir la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad. Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso. En idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico. De ahí que toda autoridad —administrativa o judicial— *acerta* (o *acerta*, para la mejor comprensión de lo que diré luego) cuando motiva y funda su resolución. Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: quién insta, ante quién se insta, por qué se insta y para qué se insta. De lo expuesto hasta aquí —y reiterando conceptos— surge que *la pretensión es una instancia primaria* (no depende de la existencia de otra de carácter previo) *con obvio contenido pretensional*. Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles. Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquélla no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados (es decir, no se *acertó*). Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir en el instar pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una *recomprobación* o una *reconsideración*). Ello origina la tercera instancia posible, a la cual las modernas doctrinas —partiendo del molde italiano— denominan:

3. **EL REACERTAMIENTO (O LA RECONSIDERACIÓN):** Es la instancia *secundaria* dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (*acertamiento*) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición, *para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiénola*. De tal modo, insisto en que el reaceramiento también tiene un contenido pretensional: *la revocación del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial*. Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una *petición previa rechazada*. La instancia de *reacertamiento* se conoce habitualmente con los nombres de *recurso administrativo* y de *recurso jerárquico*, lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa. Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada *in limine* (al comienzo), en los actos llamados de *jurisdicción voluntaria*, etcétera; pronto se comprenderá el por qué de ello. Supóngase ahora que, presentada una *petición*, el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio). En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*acertamiento*) sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una cuarta instancia, diferente de las anteriores:
4. **LA QUEJA:** Es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior. Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un *contenido pretensional* (de carácter disciplinario) y aunque posee una similitud con el reaceramiento por su obvio *carácter secundario* (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja parte de la base de una *inactividad* en tanto que el reaceramiento lo hace desde una *actividad que se reputa errónea*. Haciendo un breve repaso de lo visto hasta hora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas pues hay sólo dos de carácter *primario* (petición y denuncia) y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional. También hay sólo dos de carácter *secundario* (reacertamiento y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues mientras el reaceramiento supone la existencia de una *petición previa rechazada o denegada*, la queja exige la existencia de una *petición no respondida o no resuelta*.  
Las cuatro formas diferentes de instar que he descrito hasta ahora —denuncia, petición, reaceramiento y queja— ofrecen la característica de presentarse invariablemente *entre dos personas*: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar. Adviértase que, aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reaceramiento y de queja, *la persona instada* es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos. Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar *objeto*: iniciar un *procedimiento*. Ahora sí puedo destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere *esencialmente* de las ya enumeradas. Ella es:
5. **LA ACCIÓN PROCESAL:** Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad *judicial* para que resuelva acerca de *una pretensión que debe cumplir otra persona*, por lo cual dicha autoridad *no puede satisfacerla directamente* (cual lo hacía en el caso de la *petición*). Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra, *debe integrar necesariamente la relación dinámica* que se origine con tal motivo. Resulta así que la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor o acusador) y *provocar conductas concatenadas de otros dos* (juez y demandado o acusado) *en tiempos normativamente sucesivos*. Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro (pues ella es ilegítima en la convivencia) y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola, no para que le pague por sí misma (sería absurdo que el Estado hiciera frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro —aun mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado— a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la

tico de la actividad precautoria es que la pretensión del peticionante puede lograr inmediato proveimiento favorable del juez, sin la necesaria bilateralidad previa de la instancia.

Y ya se sabe que no hay acción si no hay bilateralidad en la discusión o, en otras palabras, si quien va sufrir los efectos de lo que se decida judicialmente no tiene audiencia anterior a lo que el juez decida al respecto.

Consecuente con ello, nada de lo relativo a las cautelas puede ser catalogado como *proceso*<sup>12</sup>, toda vez que éste es, precisamente, el *objeto de la acción procesal*. De ahí que, descartada la naturaleza de *acción*, debe caer de inmediato cualquiera referencia a lo *procesal* (en rigor de verdad, todo lo relativo a la materia cautelar genera simples procedimientos, nunca *procesos*).

Todo esto queda resuelto doctrinalmente si se mira el tema a tenor del concepto de *instancia*.

Por eso es que señalé que corresponde llamarlas *peticiones cautelares* toda vez que:

- a) la palabra *petición* (y no *medida*) alude a una de las cinco instancias ya conocidas, de carácter primario, con contenido pretensional y que no requiere bilateralidad previa. Creo que así se advierte de inmediato su naturaleza jurídica y se comprende mejor el fenómeno que aquí se describe; y

---

deuda. Recibida la instancia por el juez, como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que cumplirá otra persona (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre dos personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reacertamiento y queja) sino entre tres, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta. Surge de lo expuesto que esta *instancia primaria también tiene contenido pretensional*. Pero se ve fácilmente que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe diferencia esencial: la acción debe ser *bilateralizada* por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto. En otras palabras: es *una instancia de carácter bilateral*. Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como *único, inconfundible e irrepitable* en el mundo del Derecho, ya que todas las demás instancias son de carácter *unilateral*. Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental y simple: *la acción procesal es la instancia bilateral*.

¿Se dice realmente algo con este concepto? A mi juicio se dice todo lo imprescindible para lograr la captación y comprensión del fenómeno. En efecto: he afirmado hasta ahora: que para poder materializar la interacción del poder (o gubernativa) y, asimismo, para obtener la aplicación de una sanción normativa (propia de una norma estática) es imprescindible aceptar la existencia de relaciones que se particularizan por su dinamismo; que las normas dinámicas —instancias— son aquellas que imperan en encadenamiento consecuencial de conductas; que todas las posibles instancias son cinco: denuncia, petición, reacertamiento, queja, y acción procesal; que de todas ellas, una sola es necesariamente bilateral (en cuanto enlaza a tres personas y no a dos): *la acción procesal*. ¿Puede alguien confundirse jurídicamente respecto de qué es la acción en el mundo del Derecho? ¿Hay otro fenómeno igual o parecido? Como la respuesta es necesariamente negativa, insisto en que se ha llegado a una noción *elemental* que permite, ahora, comenzar la construcción científica de todo el sistema procesal. No obstante lo expuesto, en los últimos años y por indudable influencia en nuestros autores del pensamiento de importante procesalista español que descolló en el siglo XX y dejó vasta obra escrita, la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la *acción procesal* so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de *pretensión*, sosteniendo que en razón de ella —y no de la acción— se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera. A mi juicio eso ha sido craso error que ha posibilitado una cada vez más defectuosa actuación de los Poderes Judiciales en toda América, en los cuales hay muchos jueces que ignoran hasta el día de hoy la naturaleza jurídica de un verdadero *recurso* y no aciertan a resolver acerca del modo de sustanciarlo cuando, por ejemplo, con esa palabra se muestra un verdadero reacertamiento (cual ocurre en la llamada *apelación* deducida contra decisiones que versan sobre denegación de cautelas procesales).

12 Aceptar que lo cautelar *no es proceso* —y definitivamente no lo es— hace que pierda de inmediato toda importancia la antigua y recurrente discusión académica de si se trata de un proceso autónomo o accesorio.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

b) la voz *cautelar*<sup>13</sup> da clara idea del contenido de este tipo de pretensión, pues proviene de *cauto*<sup>14</sup> y tal adjetivo muestra al litigante que intenta asegurar el resultado final de un litigio para el supuesto de obtener sentencia favorable a la pretensión demandada.

Consecuente con ello, el objeto de la petición será siempre obtener un procedimiento (que es lo que existe en todo lo cautelar).

Pero habrá que tener cuidado en no llamar *petición cautelar* a lo que obvia y evidentemente no lo es: por ejemplo, la anticipación de una decisión judicial.

Esta advertencia se comprenderá adecuadamente luego de terminar la lectura de este libro.

---

13 Genéricamente significa *prevenir* o *precaver* y, en Derecho, menciona desde siempre a lo *preventivo* o *precautorio*: *lo que está destinado a prevenir la consecución de determinado fin* o *precaver lo que pueda dificultarlo*. De la palabra *cautela* (del latín *cautus*) derivan *cauto*, *incauto*, *caución* y *precaución*.

14 Se aplica a la persona que obra con especial prudencia, precaución o reserva.

## CAPÍTULO 2

### LOS PRESUPUESTOS DE TODA CAUTELA

La doctrina americana ha trabajado largamente acerca de este tópico, haciéndolo de manera diferente a la que presento en esta obra.

El tema exige algunas aclaraciones previas, que inserto en nota a pie de página<sup>15</sup>.

- 15 Desde la obra fundacional de Oskar von Bülow, los autores lo tratan habitualmente integrando otro más vasto que refiere a los presupuestos procesales (o exigencias de procedibilidad) y en el que se estudian cuáles son las condiciones que debe reunir un proceso para ser válido como tal.

Para desarrollar el tema, la doctrina ha partido de estudios efectuados sobre la *excepción procesal* y analiza aquí caóticamente entre quiénes puede o debe tener lugar el proceso, cuál es su materia litigiosa, cuál es el acto necesario para que surja efectivamente el proceso en la vida jurídica, quién es capaz o está facultado por la ley para realizar ese acto, etcétera.

Por mi parte, entiendo que la denominación *exigencias o condiciones de procedibilidad* no es exacta. Por ejemplo, es obvio que la *competencia judicial* no puede ostentar ese carácter a tenor de lo dispuesto en el art. 3986 del Código Civil argentino.

Además, tengo en cuenta que lo que está en tela de juicio no es siempre la *validez* del proceso, sino también su *existencia* misma y su *utilidad* para componer el litigio.

De ahí que sea importante recalcar que el sintagma *presupuestos procesales*, utilizado siempre como comprensivo de muchos contenidos diferentes, motivó que los autores contemporáneos utilizaran la misma nomenclatura para referir promiscuamente a circunstancias diversas que, por ello, nunca han quedado suficientemente explicadas.

A mi juicio, esto es insuficiente en un verdadero *sistema* de enjuiciamiento pues, si se medita adecuadamente sobre el asunto, se advertirá pronto que siempre hay que poner la atención en otros aspectos distintos a aquellos sobre los cuales se han detenido hasta ahora los autores: la pura *procedibilidad*.

Para explicar adecuadamente el tema desde el principio, debo aclarar que él se relaciona intrínsecamente con la forma de actuar de cada uno de las partes del proceso durante todo su desarrollo en orden a lograr una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio allí debatido. Y para ello, tienen que recorrer contemporáneamente dos caminos paralelos bien diferenciados que se conocen en doctrina con las denominaciones de *línea de eficacia* y de *línea de eficiencia*:

a) la *línea de eficacia* se presenta siempre dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar;

b) la *línea de eficiencia* tiende a la solución del litigio y, por tanto, apunta a la sentencia, objeto del proceso.

Un ejemplo ayudará a comprender el tema. Razonablemente, es de desear que todo actor que cuenta con razón jurídica suficiente en el conflicto que mantiene en el plano de la realidad, obtenga luego del trámite procesal una sentencia que resulte favorable a su pretensión.

Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se ganan o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sinrazón que se tenga en cuanto al conflicto mismo.

Esta verdad que todo el mundo conoce, muestra una solución de convivencia que es social e individualmente disvaliosa (lo que se lleva indebidamente al propio plano del proceso, afirmándose que es la *tumba del derecho* por muchos que no comprenden su manifiesta utilidad).

Para no llegar a ella, cada una de las partes procesales debe cumplir *eficazmente* cada uno de los pasos que componen la línea procedimental proyectada por el legislador: de nada vale que el actor –por ejemplo– tenga toda la razón en la realidad social, si afirma mal su litigio, o si no cumple los requisitos propios de la postulación, o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente, etcétera.

En forma paralela, el mismo actor del ejemplo citado no debe olvidar que el objeto del proceso no es mantener *sine die* la discusión sino obtener una sentencia que sea favorable a su interés, adecuándose así a los términos reales del conflicto.

Para ello, ha de actuar *eficientemente* en la línea respectiva: afirmando en su demanda los hechos que acaecieron en la realidad, cumpliendo acabadamente las condiciones que hacen a la utilidad del proceso como medio de debate, confirmando los hechos contrarios con los medios adecuados, utilizando argumentos jurídicos que respondan al tipo de derecho pretendido, etcétera.

Como puede advertirse con facilidad, se trata de tareas obviamente diferentes: en tanto que respecto de la *línea de eficacia*, por ejemplo, el interesado debe ofrecer los medios confirmatorios dentro del plazo acordado al efecto por la ley, en la *línea de eficiencia* debe procurar que el medio de confirmación ofrecido sea hábil y suficiente para acreditar los hechos afirmados y lograr así el convencimiento del juzgador al sentenciar el litigio.

De tal modo, la línea de eficacia se relaciona con *el desarrollo del proceso*, en tanto que la línea de eficiencia lo hace con *su utilidad para la emisión de la sentencia*.

Para el caso concreto de esta obra, resta ahora explicar que, genéricamente, la palabra *presupuesto* refiere a toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra (*existencia*), y para que, *siendo*, tenga *validez*

## LAS CAUTELAS PROCESALES

A mi juicio, los presupuestos de todas las cautelas son las *condiciones* que deben concurrir contemporánea o sucesivamente para que cualquiera de ella tenga eficacia y su resultado sea eficiente.

Y, así, presento tales condiciones como:

- a) los presupuestos *previos* o *anteriores* a la realización de la respectiva cautela (hacen al *porqué* del acto): son los que en esta obra se denominarán *supuestos precedentes*. Sin el respectivo *supuesto precedente*, queda sin basamento y sin razón de ser la realización de toda cautela. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal.
- b) los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de realización* del acto. Se relacionan tanto con su eficacia como con su eficiencia:
  - b.1) si se vinculan con su *eficacia* (hacen al *qué*, al *cuándo* y al *cómo* del acto), son los *requisitos* necesarios de cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso. Sin el cumplimiento de los respectivos *requisitos*, las cautelas *no son admisibles*. Si bien se mira, siempre hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal;
  - b.2) si se relacionan con su *eficiencia* (hacen al *quién* y al *dónde* del acto), son los *requisitos* que atienden a la utilidad de la respectiva actuación en orden a obtener el resultado pretendido.
- c) los presupuestos *futuros* o *inminentes*: son los *supuestos consecuentes* que refieren a lo que se obtendrá (*objeto*) con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos).

Ya se verán ejemplos de todo ello.

### 1. El supuesto precedente de las cautelas en general

El *supuesto precedente* (presupuesto *previo* o *anterior*) de las cautelas en general varía en cuanto a si ellas se dirigen a preservar la *eventual ejecución de un derecho incierto* o a posibilitar la *ejecución actual de un derecho ya cierto*.

Me ocuparé aquí sólo de los primeros, cuyos supuestos precedentes se vinculan siempre con la existencia de un litigio actual o eventual e inminente, en el cual se dictará una sentencia que será menester ejecutar.

En rigor, este supuesto hace al *porqué* de la cautela.

Pero también, como luego se verá en el lugar pertinente, hay ciertas cautelas que responden, además, a otros supuestos que son propios de ellas.

### 2. Los supuestos consecuentes de las cautelas en general

Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda cautela respecto de la sentencia que se obtendrá luego de un proceso legítimamente llevado por el juez, son los que refieren a lo que el peticionante obtendrá (*objeto*) con la eficacia y la eficiencia del acto *cautela en particular* (hacen al *efecto* o al *para qué* de ella).

---

y, en su caso, utilidad para la efectiva composición del litigio.

Todo esto será explicado más adelante respecto de cada cautela en particular.

### 3. Los requisitos generales para otorgar cautelas

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de admisión* de la cautela son los *requisitos*, que se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

Los *requisitos de eficacia* deben presentarse siempre en el momento mismo de ordenar el juez la cautela y son de carácter *extrínseco*<sup>16</sup> e *intrínseco*<sup>17</sup>.

Los *requisitos de eficiencia* tienen que ver con el resultado que se aspira a obtener con cada cautela en particular y varían en función de la diligencia que el cautelante ponga al efecto. Se referirán luego con la denominación de *supuestos consecuentes*.

Volvamos ahora a los requisitos de eficacia:

- 1) Los *extrínsecos* se vinculan con las preguntas que pueden formularse para definir: a) *¿quién debe ordenar la cautela?*; b) *¿cuándo debe ser ordenada?* y c) *¿cómo se ordena la cautela?*
- 2) Los *intrínsecos* responden a la pregunta que hay que hacer para saber *¿qué debe meritarse el juez antes de ordenar la cautela?*

En los puntos que siguen serán respondidas estas preguntas.

#### 3.1. Los requisitos generales extrínsecos para otorgar cautelas

Son tres: 1) la competencia del juez; 2) la adecuada oportunidad para dictarla y 3) la prestación de contracautela.

Los vemos seguidamente.

##### 3.1.1. La competencia judicial<sup>18</sup>

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿quién debe ordenar la cautela?*

La respuesta es obvia a poco que se piense el tema a partir del conocimiento previo y manejo de añeja legislación: es competente al efecto el propio juez que ya conoce del litigio, cuando es *actual* (es decir, ya se tramita el respectivo expediente), y el juez a quien le correspondería conocer de él, cuando es *eventual* (es decir, cuando aún no se presentó la demanda).

Pero es asaz claro que nada obsta a que la cautela sea ordenada por cualquier otro funcionario judicial, habida cuenta de que la esencia de la actividad cautelar es puramente ad-

<sup>16</sup> Recuerdo que es *extrínseca* la cualidad o circunstancia que no se vincula con la esencia misma de la cautela.

<sup>17</sup> Son *intrínsecas* las cualidades o circunstancias propias de las razones que motivan la petición cautelar y hacen a la esencia misma del supuesto consecuente que se pretende obtener con su dictado.

<sup>18</sup> Con tal denominación menciono sólo a la competencia estricta de los jueces y no de *los juzgadores* en general, en razón de que los árbitros en general carecen de facultades para cautelar pues les está vedado todo uso de fuerza. Cabe añadir, sin embargo, que actualmente ha tomado notable impulso el uso del procedimiento arbitral y de los estudios relativos a la materia, en los cuales se enseña que los árbitros pueden ejecutar directamente sus decisiones. Claro está, en tanto no haya uso efectivo de fuerza. Y aunque se respete tal consigna, esto es peligroso para el mantenimiento del orden en procura de la paz social. Imaginemos a un árbitro cualquiera, esencialmente *un particular*, ordenando al Director de alguna repartición del Estado que efectúe concreta registración que puede cambiar derechos de terceros y se comprenderá la razón de esta crítica.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

ministrativa<sup>19</sup> y nunca fue, es o será jurisdiccional<sup>20</sup>, actividad que compete exclusivamente a los jueces del Estado.

De ahí que, pensando en un sistema que funcione adecuada y eficientemente, creo que bien se haría eliminando la tarea cautelar de la competencia específica de los jueces, claro está que en lo que toca a su dictado y no respecto de sus vicisitudes posteriores, pues en estas hay o puede haber contienda.

No obstante, sin perjuicio de ello y volviendo a pensar el tema a partir de la ley, el componente de urgencia que tiene por naturaleza todo lo cautelar hace que desde antaño se tolere en casi todas las leyes procedimentales que las respectivas peticiones sean ordenadas por juez *incompetente*<sup>21</sup>.

Como es de suponer, las mismas leyes establecen que luego de ser ordenada la cautela del caso, el juez incompetente que la dictó debe enviar al respectivo expediente al juez competente que ya entiende en la causa o que deberá conocer de ella en función de todas las pautas atributivas de competencia.

Pero debe tenerse en cuenta que no cualquier juez incompetente puede ordenar la cautela: sólo aquél que carece de competencia territorial, material, personal o cuantitativa, pero no puede hacerlo el juez que no tiene *competencia funcional* al efecto, toda vez que la pretermisión de la correspondiente instancia cercenaría el derecho de defensa de la parte que a la postre debe sufrir la cautela ordenada.

En otras palabras: un juez de segundo grado de conocimiento no puede ni debe ordenar jamás cautela alguna pues carece de facultades al efecto.

### 3.1.2. La oportunidad para ordenar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cuándo debe el juez ordenar la cautela peticionada?*

Dos cuestiones deben ser analizadas en este tópico:

- 1) si debe exigirse la existencia de un proceso ya pendiente al tiempo de ser solicitada la emisión de la cautela o si, por lo contrario, puede ser peticionada y obtenida antes de la existencia del litigio y con la sola promesa del peticionante de demandar oportunamente; y
- 2) si, en su caso, debe establecerse un plazo de caducidad de la cautela si no se demanda dentro de él.

En lo que toca a la necesidad de que exista ya proceso pendiente al tiempo de cautelar, parece claro que la respectiva petición puede ser presentada en el mismo texto de la deman-

19 La naturaleza administrativa de la función no significa que pueda ejercerla otro Poder del Estado distinto del Judicial. La experiencia de la humanidad aconseja no tolerar que las tareas judiciales puedan ser cometidas por cualquier funcionario del Poder Ejecutivo. En lo particular, nuestra Constitución tiene norma expresa que, bien interpretada, lo veda y que hoy no se respeta, muy especialmente por la AFIP.

20 Para reforzar esta idea recuerdo que, en la regulación de los turnos judiciales, es *usus fori* de antiquísima data el computar el ingreso de expedientes cautelares entre los *voluntarios* o *no contenciosos*, diferenciándolos de aquéllos en los cuales existe litigio (son los *contenciosos*). De donde resulta que, aún sin saber los académicos lo que ahora se estudia en torno de la naturaleza jurídica de la actividad cautelar, ya alguien había intuido la esencia administrativa antes señalada.

21 Una muestra más de lo dicho en cuanto a la esencia de la actividad. Y nunca nadie se rasgó las vestiduras por ello. Por eso pienso que las cautelas pueden ser dispuestas por funcionarios judiciales que no sean el mismo juez.

da, en razón de que con su mera interposición surge el litigio<sup>22</sup>. Y, también, en cualquier momento posterior, toda vez que quien puede lo más puede lo menos.

Pero es de toda lógica aceptar que la cautela se peticione y despache antes de ser presentada la demanda del caso y que dará sustento a la orden que se dicte al efecto: elementales razones de urgencia extrema que pueden presentarse en sinnúmero de casos así lo aconsejan<sup>23</sup>.

Esta es, por otra parte, la tónica normativa constante en todas las leyes del continente.

En cuanto a la existencia de un plazo de caducidad de la cautela ordenada y trabada<sup>24</sup> antes de ser promovida la demanda del caso, es aceptable y coherente su disposición en la ley<sup>25</sup>.

De ahí que siempre debe existir norma expresa al respecto, fijando un plazo razonable<sup>26</sup> a cuyo vencimiento debe operar automáticamente<sup>27</sup> la caducidad.

### 3.1.3. La prestación de contracautela como requisito para ordenar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cómo debe ser ordenada la cautela peticionada?*

Dado que la naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instancia de *petición*, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. De ahí que no sea oído al efecto aquel contra quien se dirige.

Por eso es que, en general, su admisión debe ser especial y adecuadamente ponderada<sup>28</sup> en cuanto a la vigencia de los requisitos intrínsecos de la respectiva pretensión cautelar, habida cuenta de que si bien y en general el resultado de la petición afecta sólo al peticionante<sup>29</sup>, en este caso particular puede perjudicar seriamente a quien hasta ahora es un tercero en el tratamiento de la instancia: quien sufrirá los efectos propios de la cautela ordenada por ser actual o eventualmente demandado.

22 Recuérdese que, por definición, *litigio* es la simple afirmación en el plano jurídico del proceso de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, con prescindencia de que éste exista o no en ella.

23 Los ejemplos son muchísimos. Me basta sólo uno para que se advierta la entidad del problema: un armador fleta un barco debiendo cuantiosa suma de dinero en el puerto de donde ya está zarpando. No hay tiempo material para buscar a un letrado que elabore lo que puede llegar ser compleja demanda por la variedad de las pretensiones a deducir. ¿Cómo negar al acreedor de tal armador la posibilidad de impedir la partida o la de embargar de inmediato pertenencias del buque para cubrir su acreencia ante la eventualidad cercana de que nunca se haga con ella? Recuérdese que la parte procesal puede postular por sí misma y sin necesidad de dirección letrada cuando se trata de solicitar la prestación de tutela cautelar por los jueces.

24 Castizamente, y entre otros varios significados, *traba* es lo que impide la realización de algo. Y eso es lo que ocurre con la media cautelar efectivizada, con o sin conocimiento del deudor: impide que él disponga libremente de un bien o que pueda actuar a voluntad respecto de su patrimonio.

25 Adviértase que esto, que es moneda corriente en la vida tribunalicia, no es de vieja data. Y la actual y generalizada normativa que dispone la caducidad de cautela ordenada antes de la demanda ha venido a solucionar graves conflictos y a evitar el mal uso de la actividad judicial para presionar abusivamente el pago de una afirmada acreencia con sólo mantener *sine die* la vigencia de una cautela sin poder ponerle fin por ausencia de demanda.

26 Como todo plazo procesal, debe ser en días y no muchos: no más de quince o veinte hábiles.

27 En general, la caducidad no opera de pleno derecho sino que exige una declaración judicial al efecto. El problema de ello es que el juez no actúa oficiosamente (adviértase que en esta obra no se le reconocen facultades de ese porte) o desconoce o no puede llevar la cuenta del paso de los días acordados para demandar (cosa que bien podría hacerse en sede administrativa). Y, por supuesto, el cautelante jamás tiene interés en hacer cesar la cautela ya admitida. De donde resulta que el levantamiento puede operar sólo con la petición del cautelado, cosa imposible de ocurrir si él desconoce la traba de la cautela (piénsese, por ejemplo, en una simple anotación registral de la que el interesado puede tardar toda una vida en enterarse...)

28 O sea, examinada o sopesada con cuidado.

29 Recordar cómo operan las varias instancias ya explicadas supra..

## LAS CAUTELAS PROCESALES

De ahí que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, todas las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, insisto, el afectado no participa<sup>30</sup>.

La palabra *contracautela* no es castiza. Pero en el preciso uso forense, refiere a la *caución*<sup>31</sup> que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella.

Por eso es que el neologismo está bien utilizado en el caso, toda vez que la *contracautela* es, en esencia, una *verdadera cautela* que el cautelante<sup>32</sup> extiende a favor del cautelado<sup>33</sup> para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a éste<sup>34</sup>. Esta afirmación se muestra evidente cuando se advierte que la contracautela participa absolutamente de todos los caracteres generales de las cautelas, tal como se puede ver en el Capítulo 2.<sup>35</sup>

Decretada la caución del caso, debe ser constituida después de la admisión de la cautela pero antes de su ejecución o traba, para así dejar expedito el procedimiento posterior.

Para eso, el juez debe fijar un monto dinerario a la caución que se prestará, teniendo en cuenta al efecto las circunstancias del caso que, casi siempre, debe adivinar precisamente por la falta de audiencia previa del cautelado. De ahí la ponderación de las circunstancias que antes he referido.

En principio, no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Esa es la razón por la cual añeja y seria jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas.

Y, así, en algunos medios forenses el monto respectivo se establece a base de un porcentaje (por ejemplo, el 30 o el 35%) de la cantidad cautelada, cuando se trata de dar suma de dinero<sup>36</sup>, o de un monto cualquiera fijado voluntarista pero dizque prudentemente por el propio juez luego de considerar las circunstancias del caso. Téngase presente esto para comprender las críticas que haré en el punto siguiente al tema *verosimilitud del derecho*.

Descartado *ab initio* que el cautelante *siempre es personalmente responsable* por los daños que cause la traba de la cautela<sup>37</sup>, resulta claro que de lo que aquí se trata es de mejorar la situación del eventual acreedor por daño que pueda sufrir en razón de ello, facilitándole el cobro de su acreencia llegado el caso de tener que hacerlo.

30 Asevera la mejor doctrina que con ello se respeta el principio de igualdad procesal, cosa que es manifiestamente inexacta a poco que se piense que una caución, por importante que sea, no puede suplir la audiencia previa que debe operar como elemental e importantísimo derecho constitucional: nada menos que el de defensa en juicio.

31 Es la garantía, fianza o medio con que se aseguran el cumplimiento de una obligación, de un pacto o de algo semejante.

32 Neologismo que utilizo para mencionar genéricamente a quien peticiona la expedición de una cautela.

33 Neologismo que utilizo para mencionar genéricamente a quien sufre los efectos de la cautela ordenada.

34 Con lo cual el cautelado se convierte implícitamente en cautelante por voluntad de la ley, que procura no causar daño innecesario al regular la defensa de los derechos.

35 Insisto en ello para que el lector lo tenga presente cuando explique infra las variadas cautelas que consisten, precisamente, en la prestación de fianzas.

36 Este criterio no siempre refleja lo que ocurre en la realidad de la vida. Véase: una inhibición registral por mil pesos, por ejemplo, por la cual se caucionó la suma de trescientos (su 30%) para lograr su efectivización, puede generar la pérdida definitiva de la venta de importante inmueble con valuación cien veces superior al monto de la cautela. Pero no hay más remedio que optar por la aplicación de pautas objetivas, pues siempre será menos malo que aceptar con tolerancia la pura subjetividad del juez, por buena voluntad y empeño que ponga en el tema. Al fin y al cabo, el decisionismo judicial está preñado de buenas intenciones pero opera muchas veces al margen de la ley, lo que es inadmisiblemente sistémicamente. Empero, de cualquier forma, las estadísticas judiciales de muchos años revelan que no hay prácticamente juicio alguno por reparación patrimonial fundada en exceso en la cautela.

37 Se trata siempre de una clara responsabilidad aquiliana, sujeta a sus condiciones y consecuencias.

Finalmente: las posibles clases de caución que garantizan la obligación primaria del cautelante son tres: 1) real; 2) personal y 3) juratoria. Las explico.

1) *Caución real* es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado por daño sufrido a causa de la traba de la cautela.

Ejemplos de este tipo de caución son: el depósito judicial de dinero, títulos, valores o acciones que coticen en Bolsa, en cantidad suficiente para responder –a juicio del juez– a los daños eventuales; el autoembargo de bienes inmuebles o muebles registrables (con la respectiva anotación registral) o muebles no registrables (con el consiguiente depósito de ellos en otra persona, sujeta a las cargas y responsabilidades de los depositarios); la constitución de prenda con registro o de hipoteca a favor del cautelado; etcétera.

2) *Caución personal* es la que presta una tercera persona con capacidad de obligarse<sup>38</sup> y que, a raíz de ello, se convierte en fiador judicial<sup>39</sup> del cautelante.

Este tipo de caución no puede ser constituido por el propio cautelante<sup>40</sup>, sino por un tercero convertido en su fiador.

3) *Caución juratoria* es el juramento<sup>41</sup> que el mismo interesado (quien ya es naturalmente responsable por los daños que su cautela puede generar, según se vio *supra*) hace para asegurar que cumplirá llegado el caso.

Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal, cual ocurre en los casos anteriores, de donde resulta que no es serio ordenar cautelas a base de la simple promesa de portarse bien en el futuro, hecha ahora por quien desea cautelar a efecto de lograr la inmediata admisión de su pretensión<sup>42</sup>.

También se utiliza en nuestros países en materia penal respecto de delitos menores pues, de no aceptarse esto, no habría cárceles suficientes para contener a tantos imputados por ellos<sup>43</sup>. Y parece que ello es aceptable aunque no ortodoxo. Pero atención: jamás puede extenderse actualmente a las pretensiones de carácter no penal.

Veamos ahora cuáles son las excepciones a las reglas de exigencia de prestación de contracautela.

38 Código Civil, art. 2011: Todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de casos, con excepción de los siguientes:...”.

39 A este efecto se formaliza un verdadero *contrato de fianza* que, en la Argentina, está regulado en el Código Civil, art. 1986: “Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría” Art. 1988: “La fianza puede preceder a la obligación principal y ser dada para seguridad de una obligación futura (que es el caso de la fianza judicial) sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor”. Art. 1998: “La fianza puede ser legal o judicial. Cuando la fianza sea impuesta...por los jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, o por tener bienes raíces conocidos o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna”.

40 Es que nadie puede ser fiador de sí mismo.

41 En *La prueba judicial*, publicada en esta misma Colección, me he referido a la importancia histórica del juramento y al halo de desprestigio que actualmente lo rodea en la vida judicial. Doy aquí por reproducidas las críticas que allí expresé al respecto.

42 Esto, que parece obvio, no lo es en la jurisprudencia generalizada en el Paraguay, por ejemplo, donde es moneda corriente otorgar cautelas millonarias con la simple caución juratoria del propio interesado en cautelar. ¡Y así son las cosas que ocurren por esos lares!

43 Por ejemplo, para excarcelar a quien ha hurtado una gallina, la ley exige caución suficiente para lograr que el procesado del caso regrese al tribunal –luego de ser puesto en libertad– cada vez que sea citado a los efectos que fueren. Vale la pena pensar en qué fianza puede serle exigida a quien hurta gallinas para comer. De no aceptarse la solución práctica adoptada desde antaño por la justicia del ramo, habría que desincriminar el delito...

## LAS CAUTELAS PROCESALES

Las leyes en general aceptan que se prescindan de ella en ciertos casos que se justifican en atención a la persona que intenta cautelar.

Algunos ejemplos de tales casos son los que exigen de caución a quien:

- 1) se supone ostenta *indudable solvencia patrimonial*: por ejemplo, cuando el Estado nacional o provincial o municipal es la persona que intenta cautelar<sup>44</sup>;
- 2) ya ha obtenido una *sentencia judicial favorable* respecto de la pretensión cuya efectivización se intenta cautelar: esto resulta obvio a poco que se repare en que el derecho ya ha sido declarado a favor del cautelante;
- 3) ostenta la calidad de *cónyuge, socio, coheredero o comunero* respecto de los bienes gananciales, de la sociedad, de la herencia o del condominio;
- 4) litiga contra demandado declarado rebelde<sup>45</sup>;
- 5) tiene la calidad de acreedor privilegiado sobre el bien que se intenta cautelar; etcétera (las hipótesis legales son contingentes y varían o pueden variar de legislación a legislación).

Además, se exige de prestar caución a quien ha sido agraciado<sup>46</sup> con el otorgamiento del *beneficio de litigar sin gastos* o ha obtenido lo que en muchas leyes se denomina desde antiguo *declaratoria* o *beneficio de pobreza* y, gracias a tal circunstancia, puede cautelar sin previa prestación de la fianza del caso. Me ocuparé específicamente de este tema en el Capítulo 14. Allí haré los comentarios del caso

### 3.2. Los requisitos generales intrínsecos para otorgar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿qué debe meritarse el juez antes de ordenar la cautela en cuanto a las razones que fundamentan la respectiva petición?*

Y la respuesta se vincula con dos temas recurrentemente tratados en doctrina desde antaño:

- 1) la necesidad de que, al tiempo de decretar la cautela solicitada, exista para el juez una clara *verosimilitud del derecho pretendido* y
- 2) la de que se afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la *existencia de urgencia* en la obtención de la cautela, pues se corre grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso.

Veamos cada uno de ellos.

#### 3.2.1. La verosimilitud del derecho

Castizamente, es *verosímil* lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble.

<sup>44</sup> Todo ello so pretexto de que se presume su solvencia. Lo que ha ocurrido en los primeros años del tercer milenio en muchos países de América latina y, particularmente, en la Argentina, muestra que esto no pasa de ser una simple petición de principios que bien haríamos en dejar de lado: la grosera caída del sistema monetario de un país, repetida recurrentemente, hace que no se pueda mencionar con alegría su indiscutible solvencia a estos fines.

<sup>45</sup> Por ejemplo, CPC SFE, art. 79: "Declarada la rebeldía, podrá decretarse sin fianza el embargo contra el demandado para asegurar el resultado del juicio, y contra el actor, para asegurar el pago de las costas".

<sup>46</sup> Empleo *ex profeso* esta expresión pues, en la Argentina de hoy, obtener tal beneficio constituye para algunos abogados inescrupulosos –que los hay– el logro de una suerte de inmunidad tan privilegiada que muchas veces llega a convertirse en verdadera impunidad.

Es decir que, siguiendo esa idea en su verdadera significación, ante la mera invocación de un derecho por quien actúa o actuará como actor en un proceso a base de pretensión no penal, *el juez le cree* (¡?) –a veces, sin más; otras, luego de investigar sumariamente algún documento o testimonio de tercero– y acepta subjetivamente que es *verdad aparente*<sup>47</sup> todo lo relativo a los fundamentos fácticos de la pretensión esgrimida.

Lo curioso del caso es que toda pretensión propia de una acción procesal<sup>48</sup> se dirige necesariamente contra otra persona que es o será demandada en juicio, pues es quien deberá otorgar en su momento la correspondiente prestación (cuya efectivización no puede realizar personalmente juzgador alguno).

A pesar de ello, y para forjar dicha creencia, el juez no la oye al efecto en los casos de otorgamiento de cautelas pues la propia ley se lo prohíbe. De ahí que deba contentarse con los dichos del propio cautelante amen de atender algunos testimonios traídos por el mismo interesado para otorgarla sin más, siempre a espaldas de quien sufrirá los efectos inmediatos y mediatos de lo que se cautele.

Esto parece a simple vista un claro dislate en orden al adecuado resguardo del que debe ser siempre un irrestricto derecho constitucional de todo ciudadano a gozar del derecho de defensa en juicio, máxime cuando la cautela afecta gravemente la esfera de libertad del cautelado, por impedirle el ejercicio de algún derecho constitucional (cual el del normal uso de lo propio, por ejemplo).

Sin embargo, justo es reconocer que a veces se hace imprescindible ordenar alguna cautela para resguardar un derecho del cautelante (por ejemplo, el de propiedad) a riesgo de vulnerar otro (del cautelado) que puede incluso ser de mayor importancia en su esencial.

Adviértase a este efecto que hay muchas constituciones que, poniendo las cosas en el lugar en el que desde siempre debieron y deben estar, colocan al *derecho de defensa* sólo por debajo del *derecho a la libertad* y precediendo a *todo otro derecho*: al de propiedad, al de resguardo de la intimidad, al de inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, etcétera.

Corresponde aclarar ahora que todas las leyes procesales del continente hablan de *derechos verosímiles* a la hora de normar lo relativo a *todas las cautelas*, centrando en la persona del juez –figura central y hegemónica en el sistema inquisitivo de juzgamiento– toda la actividad procesal. A tal punto se ha aceptado esto, que ya está incorporado en las mentes jurídicas de estas tierras y, particularmente, en la de los magistrados judiciales de todos los fueros y grados de conocimiento<sup>49</sup>.

47 Así lo sostiene toda la doctrina que se ocupa del tema. Sin embargo, recuérdese que es *aparente* lo que parece real o verdadero, pero que *no lo es*. ¿Es, acaso, un descuido del oficio?

48 Téngase presente que es una instancia primaria y de contenido pretensional que debe ser necesariamente bilateralizada.

49 Esta circunstancia no es baladí: precisamente son jueces en actividad quienes integran mayoritariamente la nómina de procesalistas que son académicos de lustre en el continente y, por esa misma razón, es a ellos a quienes se les encomienda invariablemente la confección o la reforma de leyes procesales. ¿Cómo, entonces, salir del círculo vicioso en el cual estamos inmersos y que tiene atrapados a todos los abogados que cumplen lo que se ha vuelto insalubre actividad de litigar?

## LAS CAUTELAS PROCESALES

De tal manera, la ley tolera y posibilita que el *juez crea* y que, de consiguiente, actúe voluntaristamente, como mejor le parezca y, la mayoría de las veces, sin sujetarse a pautas de pura objetividad<sup>50 51</sup>.

No obstante, toda la doctrina y jurisprudencia que se ha formado alrededor del tema lo acepta sin más y sin criticar la esencia misma de lo que apunto *supra*.

Por mi parte, creo que el funcionamiento de un verdadero *sistema* no puede depender en modo alguno de la pura subjetividad del juez actuante, por buena, noble, decente, estudiosa y dedicada que sea su persona.

Esto no es nuevo: los códigos más modernos (que no son necesariamente los últimos en entrar en vigencia<sup>52</sup>) han obviado el tema. Es más: alguna ley puntual resuelve el problema de modo diferente, al establecer expresamente que "...el acreedor puede pedir embargo preventivo sobre los bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho..."; agregando, a renglón seguido, que "...en todos los casos, deberá justificarse la solvencia del fiador propuesto<sup>53</sup>".

Como ya habrá colegido el lector, el tema merece importante tratamiento en la formulación seria de un sistema de enjuiciamiento que respete la esencia propia del método acusatorio, único compatible con expresas y universales garantías constitucionales.

Seguidamente se verá similar crítica en cuanto al requisito restante.

Por ahora adelanto que este requisito relativo a la verosimilitud del derecho habrá de operar sólo respecto de ciertas cautelas y no de todas, tal como lo explicaré al tratar de cada una de ellas.

### 3.2.2. El peligro en la demora

Desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella, largo período durante el cual el demandado, por ejemplo, puede generar su insolvencia: a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano.

De ahí que algunas leyes del pasado exigían que el juez comprobara personalmente la existencia de dicho peligro como insoslayable requisito de admisión para otorgar cualquier cautela.

50 Que son las únicas que se aceptan y aconsejan en esta obra, en la constante búsqueda de un eficiente ejercicio de la abogacía y de una razonable previsibilidad de las soluciones judiciales.

51 Muchas leyes procesales han tratado de incorporar pautas objetivas, que es lo único que garantiza una adecuada republicanización del proceso. Y así, aun exigiendo para la admisión de una cautela la existencia de verosimilitud del derecho pretendido, lo aceptan como tal, por ejemplo, cuando el demandado ha confesado en juicio, expresa o implícitamente, la existencia de la deuda demandada, o cuando se lo ha declarado rebelde en el proceso por falta de comparecencia, o cuando se ha obtenido sentencia en su contra aunque no esté aún firme, etcétera.

52 Entre los cuales abundan ideas inquisitoriales hasta constituir, algunas veces, un verdadero exceso de autoritarismo (ver, por ejemplo, el código peruano).

53 Texto de CPC Santa Fe, art. 277, vigente desde el 1 de febrero de 1962. A la fecha en la cual esto escribo, han pasado ya ¡45 años! y no se registra memoria de que haya habido un solo problema generador de responsabilidad por no estudiar los jueces si hubo o no verosimilitud del derecho en cada cautela de las miles y miles que han dispuesto a diario en tan dilatado lapso.

Es más: cuidando otras leyes la esfera de libertad de quien debía sufrir los efectos de la cautela decretada (cosa que obviaban en cuanto al requisito anterior), algunas normativas hicieron más difícil la comprobación al exigir, por ejemplo, que la demora causara *perjuicio inminente* o *perjuicio irreparable* o mediara *extrema urgencia* o *circunstancias graves*, etcétera.

Y esto es lo que glosan los autores de la materia, dando por sentado que el cautelante debe convencer *unilateralmente* al juez, con variados argumentos y medios de prueba, de que hay *peligro* y hay *derecho verosímil*.

Sea como fuere, y atendiendo a que la comprobación de este peligro y de la verosimilitud del derecho insume enorme tiempo judicial, en lo que es obvia tarea administrativa y no jurisdiccional<sup>54</sup>, ¿es razonable mantener este requisito en un sistema procesal, sin más y para *todo tipo* de cautela? ¿O habrá que realizar una tarea selectiva de pretensiones cautelares para que sean sometidas por la ley a la exigencia de diferentes requisitos de admisión? En el curso de las páginas siguientes haré esa selección con el confesado anhelo de encontrar un mejor método para impartir justicia en nuestros países.

Por ahora, repárese en que un juicio ordinario correcta, puntual y eficazmente llevado adelante por ambas partes y sin demoras innecesarias en el ordenamiento vigente en el CPC Santa Fe, insume la friolera de 396 días hábiles (casi dos años de calendario) (ver cómo se obtiene ese número en mis *Comentarios al CPC de Santa Fe*, ed. Centro de Estudios Procesales de Rosario, 1978), contando al efecto el total de los plazos necesarios para recorrer todas sus etapas en el primer grado de conocimiento.

Si a ello se le suma otro año calendario que puede insumir el trámite del segundo grado de conocimiento, y aceptando que allí termina todo pues las partes no recorren instancias de grado extraordinario, resulta que la menor duración de un pleito según los parámetros temporales brindados por la propia ley es de *tres años*: ¡cómo no aceptar, entonces y sin más, la existencia de dicho peligro!<sup>55</sup>

Pero la experiencia judicial y abogadil de muchos, muchos años, me ha enseñado que, de hecho, los plazos se duplican por docenas de razones que todo el mundo conoce y acepta con calmada resignación.

Por eso es que creo que, a tenor de todas las críticas vertidas en este punto y en el anterior, la solución para cautelar adecuadamente sin que se perjudique el sistema y los intereses de las partes es presumir lisa y llanamente la existencia de tal peligro (al menos en los pleitos por cobro de sumas de dinero que, ya se sabe, duran años<sup>56</sup>) y cuidar de aplicar la pauta relativa a la existencia de un derecho verosímil sólo en los casos en los que ella realmente deba aparecer.

54 Con lo cual sigue empleándose el poco tiempo de los jueces en tareas improductivas que son ajenas a la de sentenciar litigios, que es lo único que se espera de ellos como últimos garantes de la vigencia y de la tutela efectiva de los derechos y del mantenimiento de la paz social.

55 Con esto no cargo las tintas a funcionario judicial alguno. Tan sólo muestro una realidad coherente con la vigencia misma del sistema dispositivo, que deja al cuidado de las partes la defensa de sus derechos y la elección de la oportunidad para hacerlo. Y si la habitualidad del ejercicio profesional revela que, entre paso y paso procedimental de un expediente, cada abogado se toma el tiempo que puede en homenaje a las más variadas razones, que todo el mundo conoce y que nadie menciona cuando se habla de *mora judicial*, no hay más remedio que aceptar desde la misma ley la existencia del peligro del cual se habla en el texto.

56 Estas dilaciones arrastran también a nuestros mal llamados juicios ejecutivos, que de tales tienen poco: en mi ciudad, con jueces que ejercen competencia especial en cuanto a la materia ejecutiva, muchos pleitos duran más de tres años...

## LAS CAUTELAS PROCESALES

### 4. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas

Sin perjuicio de los ya vistos precedentemente, varios tipos de cautela tienen requisitos propios y específicos de cada una de ellas: serán enunciados en el lugar correspondiente.

## CAPÍTULO 3

### LOS CARACTERES DE LAS CAUTELAS ADMITIDAS

Véase ahora lo relativo a los caracteres generales de todas las cautelas que siempre son: *accesorias, provisionales, modificables y caducables*. Además, y como ya se vio *supra*, y salvo caso excepcional al cual luego he de referir, siempre son *unilaterales* en tanto no exigen bilateralidad previa para su admisión.

Por lo contrario, y maguer la valiosa opinión de algunos importantes autores, no es un carácter propio de las cautelas el ser *anticipo jurisdiccional* de la respectiva pretensión. Y ello por cuanto tal anticipo constituye otra especie que responde a necesidades diferentes, según se vio *supra* y se verá luego *infra*.

Los explico: las cautelas en general son:

- a) *accesorias*<sup>57</sup> o *instrumentales*<sup>58</sup> por cuanto existen en consideración a un proceso en el cual se discute o, a veces, se discutirá un derecho incierto; o se posibilitará su ejecución cuando es cierto; o el del adecuado ejercicio de su defensa en juicio. De tal modo, este carácter determina que, terminado el proceso (lo *principal*) cae automáticamente la cautela (lo *accesorio*)<sup>59</sup>;
- b) *provisionales*<sup>60</sup> pues subsisten sólo mientras duran las circunstancias que la generaron;
- c) *modificables* o *mutables*<sup>61</sup> toda vez que pueden variar en orden a las necesidades y las circunstancias del caso. De tal forma, nunca adquieren carácter de *caso juzgado* (material o formal) por lo que las cautelas pueden ser ampliadas, disminuidas, sustituidas y levantadas;
- d) *caducables* siempre que la ley admite que sean ordenadas en forma previa a la iniciación del proceso al cual acceden. Quedan a salvo de esta afirmación los anticipos confirmatorios que, por obvias razones de lógica pura, no pueden estar sujetos a caducidad alguna.

Además, también caducan algunos casos en los cuales ha mediado previa bilateralización de la pretensión, por así disponerlo el juez o la propia ley (v.gr.: arraigo y pobreza). Esto último no se advierte fácilmente en razón de que ambos ejemplos no son considerados como *cautelas* sino como *incidentes* (*rectius est, accidentes*)<sup>62</sup>. Volveré luego sobre el tema.

57 Según Código Civil, art. 2328, "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen o a la cual están adheridas".

58 Adjetivo invariable que califica a lo que sirve de instrumento o tiene la función de éste. A su turno, *instrumento* es lo que sirve como medio para conseguir un fin. En razón de que el proceso en sí mismo ha sido calificado por la doctrina como un instrumento al servicio de la finalidad de lograr la efectivización de una garantía o de un derecho material, es evidente que la cautela viene a ser *el instrumento del instrumento*. Téngase esto presente para cuando explique en este capítulo qué son las llamadas *medidas autosatisfactivas*.

59 Esta automaticidad no implica que opere de *pleno derecho* pues muchas veces es menester que el juez actuante proceda a ordenar expresamente el levantamiento de la cautela trabada sobre bien determinado, máxime cuando ha producido efectos en registros de bienes o en bienes en particular que se hallan en poder de terceros que, como tales, desconocen los avatares del proceso.

60 No definitivas.

61 Así se denomina lo que cambia o muda con facilidad.

62 El tema lo explico en mi *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Tomo 2.



## CAPÍTULO 4

### LA CLASIFICACIÓN DE LAS POSIBLES CAUTELAS

Las peticiones cautelares en general pueden tener por objeto la protección de:

- 1) *bienes*<sup>63</sup>;
- 2) *derechos litigiosos* o *ciertos*;
- 3) *personas que litigan* o *desean litigar*;
- 4) *medios de confirmación procesal* y, en lo penal, de la
- 5) *regular continuación del proceso*.

Esta presentación del tema no es habitual en las obras que se ocupan de él en la doctrina nacional que, siguiendo a Calamandrei<sup>64</sup>, las clasifican según su contenido y no de acuerdo con su finalidad. Y así, hablan de providencias:

- a) *instructorias anticipadas*,
- b) *dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho hoy litigioso, c mediante las cuales se resuelve interinamente acerca de una relación controvertida*; y
- c) *que imponen una caución ordenada por el juez*; y
- d) *dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho hoy litigioso*,

Creo que teniendo en vista sólo el objeto protegido será más fácil la comprensión de las críticas que seguidamente haré de las clasificaciones tradicionales.

#### 1. Las cautelas cuyo objeto es la protección de bienes

Estas cautelas refieren genéricamente a *bienes materiales*<sup>65</sup> (cosas muebles, inmuebles –por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo– y semovientes) e *inmateriales*<sup>66</sup> (porción hereditaria o condominial, participación societaria, derecho intelectual, etcétera) y tienen siempre por objeto:

- 1) asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso; o
- 2) posibilitar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado, por una sentencia o por la ley; o
- 3) mantener el *statu quo* actual de ciertos bienes mientras se discute sobre ellos en un proceso, o

63 *Rectius est*: en la mayoría de los casos, *créditos*, que serán eventualmente abonados con el producto de esos bienes.

64 Ver su *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, E.B.A., Buenos Aires, 1945, p. 53 y ss.

65 Civilmente, son *cosas* los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

66 Civilmente, son *bienes* los objetos inmateriales susceptibles de tener un valor. Pero también las cosas son *bienes* pues el conjunto de ellos constituye el patrimonio de una persona.

- 4) Producir prueba antes del momento procesal oportuno.
- 2. La cautela de bienes para asegurar la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado**
- Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo preventivo*, el *secuestro*, el *depósito judicial* de la cosa acerca de la cual se litiga y la *inhibición general*.
- Todas se verán seguidamente capítulos 4, 5, 6 y 7, respectivamente
- 3. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado**
- Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo ejecutivo*, la *intervención recaudadora* y la *inhibición general*.
- Todas se verán seguidamente capítulos 8, 9 (punto 2.1) y 7, respectivamente
- 4. La cautela de cosas para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellas**
- Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: la *intervención judicial controladora o informativa* y la *intervención judicial administradora*.
- Ambas se verán seguidamente en el capítulo 9, puntos 2.2. y 2.3., respectivamente
- 5. Las cautelas de derechos inciertos para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellos**
- Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: la *prohibición de innovar*, la *prohibición de contratar* y la *anotación registral del litigio*.
- Todas se verán seguidamente capítulos 10, 11 y 12, respectivamente
- 6. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo**
- Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: la *guarda* (o depósito) *de persona*, el *otorgamiento de carta de pobreza* y la *prestación de fianzas*.
- Estas dos últimas no son reconocidas como *cauteladas* en la habitualidad de la doctrina. Sin embargo, participan de todos los caracteres genéricos de éstas, ya vistos *supra*, toda vez que son accesorias, provisionales, mutables, caducables y unilaterales, aunque a veces algunas aparezcan en la ley como bilaterales<sup>67</sup>.
- Todas se verán seguidamente capítulos 13, 14 y 15, respectivamente
- 7. Las cautelas que protegen la producción anticipada de pruebas**
- Este tipo de cautela se verá en el capítulo 16.
- 8. Las cautelas que protegen el normal desarrollo del procedso penal**
- Se trata de la prisión preventiva y sus sucedáneos, que se verán en el capítulo 17.

<sup>67</sup> Admito la opinabilidad de esta aseveración. Pero convendrá el lector en que todo es del color del cristal con el que se mira. Así, en la doctrina italiana se ha discutido durante mucho tiempo si la declaración de quiebra es o no una medida cautelar. En la Argentina ha ocurrido lo mismo en cuanto a los interdictos posesorios.

## TERCERA PARTE

### LAS CAUTELAS EN PARTICULAR

#### CAPÍTULO 5

#### EL EMBARGO PREVENTIVO<sup>68</sup>

Ya se adelantó *supra* que es el tipo de *cautela* que se hace *sobre bienes materiales o in-materiales*, agregando ahora que deben ser de *propiedad* o de *posesión*<sup>69</sup> del embargado y que tiene por objeto su específica asignación<sup>70 71</sup> al eventual<sup>72</sup> pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.

Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, *embargado*<sup>73</sup>) puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella<sup>74</sup>, cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de *depositario judicial*<sup>75</sup>, lo cual lo convierte en su guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía.

En la realidad, las diferentes leyes procesales regulan de manera diversa los posibles casos de embargo preventivo (por ejemplo, supuestos de contratos bilaterales, de créditos aún no constituidos por imputar el acreedor responsabilidad aquiliana al deudor, etcétera), que no hacen a la esencia del instituto y que no pueden ser objeto de tratamiento en esta obra

68 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso.

69 Utilizo el vocablo en el preciso sentido del derecho civil: mantener la tenencia de una cosa y la voluntad de comportarse respecto de ella como si fuere su dueño.

70 La doctrina en general usa el vocablo *afectar* que, semánticamente, nada tiene que ver con lo que de aquí se trata. Recientemente, se acepta esta palabra dentro de los modernos diccionarios de uso del español corriente, pero como una subacepción relativa *al destino que se da a algo para cierta función o servicio*.

71 Gran parte de la doctrina sostiene que, además de su "afectación" al pago, tiene por objeto la inmovilización de la cosa embargada. Es obvio que esto no es así: nada impide que la venda el propio embargado cuando es depositario de la cosa embargada. Sólo que tiene que hacerlo dando precisa noticia al comprador del estado jurídico de la cosa vendida y al juez que ordenó la cautela la de la venta efectuada, con lo cual sólo cambia la figura del depositario y no se altera la situación del garantizado. De no actuar así, el propietario comete uno de los tipos del delito de defraudación que, desde antiguo, se conoce con la denominación de estelionato. El Código Penal argentino, en su art. 172, dice: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". Y en su art. 173: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ...9) el que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;...".

72 Empleo la palabra *eventual* con un doble significado: a) como el crédito aún no está declarado, es factible que sea rechazada la demanda al respecto, con lo cual el embargo caerá sin más; b) pero aun si la demanda prospera, pueden darse variadas circunstancias que determinen que el bien embargado y, por ende, asignado al pago de ese crédito, no sirva al efecto: por ejemplo, hay otro acreedor privilegiado, o de grado preferente en el cobro, o el deudor cae en quiebra, etcétera. A todo ello me referiré luego en el texto. Pero vale esta explicación ahora pues me he negado a aceptar que la cosa embargada sirva para garantizar algo, tal como hacen quienes reman siempre a favor de la corriente y repiten cosas de otros sin pensar demasiado en las consecuencias que se logran.

73 Recuérdense las diferentes denominaciones que van tomando las partes procesales durante el curso del pleito en orden a sus contingencias: incidentista e incidentado, apelante y apelado, embargante y embargado, etcétera.

74 Salvo supuestos excepcionales que el juez debe meritarse con toda prudencia.

75 Lo que no le quita su carácter de propietario, gracias a lo cual puede, por ejemplo, usar natural y racionalmente de la cosa y venderla. Adviértase que esto es así en razón de que si la cosa perece, lo hace para el embargado, no para el embargante, quien puede volver a embargar lo que desee.

en la cual, además, he afirmado la necesidad de disponer con amplitud este tipo de cautela, a punto de obviar lo relativo a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora.

De tal modo, el lector tendrá que ocurrir a su propia ley procesal para indagar cómo se trata allí el tema.

Véanse ahora los *presupuestos* del embargo preventivo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general propio de todas las cautelas (ya visto *supra* en el Capítulo 2), es condición específica del embargo preventivo el conocimiento, por parte del embargante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado. Caso contrario<sup>76</sup> no hay razón alguna que justifique la emisión de esta cautela, por lo cual sostengo que no debe ser decretada.

b) *El supuesto consecuente*

Este supuesto posterior del embargo varía según que, al momento de embargar, se encuentren o no bienes para hacerlo:

- b.1) si los hay, quedan asignados al eventual pago de la deuda cuando ella sea cierta y el deudor no la abone espontáneamente;
- b.2) si no los hay o si, habiéndolos, no alcanzan para cubrir la suma a embargar, se habilita la inmediata admisión de otra cautela que deberá ser solicitada ulteriormente y decretada de inmediato por el juez: la *inhibición general*, que será tratada luego.

c) *Los requisitos generales para decretar el embargo preventivo*<sup>77</sup>

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3, y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínsecos que mencionan nuestros códigos procesales en general.

Insisto en ello con relación al peligro en la demora y a la exigencia de comprobar previamente la verosimilitud del derecho que ampararía a ese embargo: ninguno de estos requisitos se justifica en el embargo preventivo, que supone, por esencia, que el bien embargado permanece en poder del deudor, sin sufrir desplazamiento alguno su tenencia actual (cosa que, como se verá, no ocurre en el caso de secuestro, en el cual la solución debe ser necesariamente otra)<sup>78</sup>.

En otras palabras: el embargo sobre bienes del deudor puede alterar la situación jurídica, tanto del deudor como de algunos de sus bienes pero, atención, en nada modifica la situación de hecho existente al momento de la traba de la cautela: después de ella, todo permanece igual que antes en el terreno fáctico de la realidad social.

<sup>76</sup> Adviértase que el desconocimiento de bienes sometibles a embargo es el supuesto precedente de la inhibición general, que trataré *infra*.

<sup>77</sup> Téngase presente que son las condiciones actuales o coincidentes con el momento de admisión del embargo y que se relacionan tanto con la eficacia como con la eficiencia de la cautela.

<sup>78</sup> Surge de lo dicho en el texto que no acepto doctrinalmente que pueda haber embargos preventivos sobre sueldos o cuentas corrientes bancarias o ingresos de fondos de comercio (ya se verá específicamente el tema más adelante, donde haré reflexión similar), todo obviamente embargable pero *ejecutiva* y no *preventivamente*, que es de lo que aquí se habla. Ciertamente es que las colecciones jurisprudenciales muestran numerosos ejemplos de embargos preventivos como lo que aquí critico. Pero ello es claramente ilegítimo, pues no es posible invadir el derecho de propiedad ajeno sin derechos patrimoniales judicialmente declarados o presumidos por la ley.

De ahí que esta antiquísima cautela, sobre la cual se han elaborado todas las demás, es la que menos daño causa o puede causar al deudor. De ahí también la posición doctrinal que muestro en el texto.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización del embargo ordenado por el juez y que tienen que ver con:

c.1) *La naturaleza de los bienes a embargar*

El embargo preventivo puede ser ordenado respecto de pretensiones (demandadas o por demandar) relativas a obligaciones, tanto de *dar sumas de dinero* como de *dar cosas ciertas y determinadas* y, también, por obligaciones *de hacer*: por ejemplo, otorgar una escritura pública.

En los casos primero y tercero, el embargo debe ordenarse sobre bienes en general por un monto que se mencionará en el punto siguiente. En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre la totalidad de ellas y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente a su valor.

A tales fines, el juez libra<sup>79</sup> un mandamiento<sup>80</sup> de embargo que entrega a un oficial de justicia<sup>81</sup> para su inmediato diligenciamiento<sup>82</sup>, otorgándole en el mismo acto las facultades necesarias para el eficaz cumplimiento de la orden de cautelar.

Tales facultades deben ser las suficientes para cumplir eficaz y eficientemente el mandato contenido en el respectivo mandamiento. De tal modo, debe contar con autorización expresa en su texto para allanar domicilio, solicitar el auxilio de la fuerza pública, los servicios de cerrajero, etcétera.

c.2) *El monto por el cual debe ordenarse el embargo*

El embargo sobre bienes en general decretado con motivo de cualquiera de los casos recién presentados, ha de ser *siempre valuado en dinero*. Su monto debe ser razonable y suficiente pero no excesivo, limitándose a la suma necesaria para cubrir el total de la deuda, sus intereses<sup>83</sup> y las eventuales costas estimadas prudencial y provisoriamente.

Todo ello debe ser establecido siempre por el juez de la forma más objetivamente posible, teniendo al efecto en miras el valor de venta eventual en subasta<sup>84</sup> del bien embargado para que pueda alcanzar a cubrir el monto total del crédito reclamado y los accesorios recién mencionados.

79 En derecho, *librar* se usa con el significado de dar, expedir o comunicar.

80 Es un mandato que da por escrito un juez para lograr la realización de algo. En el caso del embargo, es la orden dada a un funcionario subalterno para que practique y trabe la cautela en la forma y con las modalidades dispuestas al efecto.

81 El oficial de justicia es un auxiliar jerárquico que integra la planta del Poder Judicial y cumple la función de ser el brazo ejecutor del juez fuera del edificio del tribunal. Así, es quien notifica, desahucia, secuestra, embarga, pone en posesión del cargo a ciertos funcionarios judiciales (depositarios, administradores, etcétera). Hago esta que parece obvia aclaración semántica pues hay legislaciones que encomiendan las mismas funciones a otras personas: por ejemplo, Colombia, al *secuestre*.

82 La palabra *diligenciar* tiene en el campo procesal el significado de tramitar, cumplir o ejecutar un acto ordenado por la ley o por el juez.

83 Los que hayan sido demandados: pueden ser compensatorios, sancionatorios, moratorios o punitivos.

84 La voz *subasta* refiere a la venta pública en la que se adjudica lo que se vende al mejor postor o a quien ofrece más dinero. Se usa comúnmente el sintagma *pública subasta* para mencionar a la ordenada por un juez. En zonas del español meridional, al igual que en la Argentina, se le dice también *remate*.

En el supuesto de otorgamiento de escritura pública, debe calcularse el valor del coste que pueda insumir la respectiva escritura y su posterior registración.

En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre su totalidad y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente al valor venal de ellas.

c.3) *Las cosas sobre las que puede trabarse el embargo*

En general, puede trabarse embargo sobre toda clase de bienes acerca de los cuales no exista prohibición legal de hacerlo<sup>85</sup>.

Pero como no todos los bienes tienen la misma facilidad de realización cuando llegue el momento de tener que subastarlos, las antiguas leyes procesales establecían un estricto orden de prelación para trabar cualquier embargo (preventivo o ejecutivo)<sup>86</sup>; cosa que el juez debe tener siempre en cuenta cuando se trata de sustituir embargos, tema del que me ocuparé seguidamente.

c.4) *Las contingencias que puede sufrir el embargo durante el transcurso del pleito*

Desde el momento mismo de la traba del embargo hasta que sea menester subastar los bienes embargados, pueden existir diferentes contingencias que deben ser siempre reguladas por los códigos y que, sin embargo, casi nunca lo hacen o no son claros respecto de todas ellas.

85 Las leyes en general se han ocupado desde antaño en determinar la nómina de bienes que no son susceptibles de embargo (por ejemplo, tomo al efecto una ley procesal con norma expresa donde se prohíbe embargar el lecho cotidiano del deudor, de su mujer y de sus hijos; los muebles y ropas del preciso uso de ellos si correspondieren a su posición social; los utensilios necesarios para preparar el sustento; los animales destinados a proveer su alimentación y la de su familia; las provisiones alimenticias necesarias para la subsistencia de un mes; las sumas o frutos que se destinen a los alimentos; los libros, instrumentos, animales, enseres y semillas necesarias para la profesión, arte u oficio que ejerza; el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos que les fueren indispensables para llenar las cargas respectivas; los créditos por pensiones alimentarias y litisexpensas; los bienes y rentas de las provincias o municipios, mientras se encuentren afectados a un servicio de uso público, excepto en los casos de acreencias a cuyo pago estén afectados los ingresos respectivos; los sepulcros, salvo el caso de que se reclame su precio de compra o construcción; las imágenes de los templos y las cosas afectadas a cualquier culto, a menos que se reclame su precio de compra o de construcción; los honorarios profesionales sino hasta un porcentaje que la propia ley establece; cierta porción de jubilaciones y pensiones; etcétera, etcétera. Después de tan extensa nómina alguien podrá preguntarse si es que queda todavía algo que sea embargable. Y la respuesta es sí, lo hay y mucho pues, si bien se mira, el inventario que antecede tiene que ver sólo con las necesidades básicas del alojamiento y elemental sustento del deudor y su familia. Pero con la enorme masa de bienes que sí resultan embargables, la jurisprudencia decisionista magnánima ha acrecido esta nómina en forma constante en los últimos cincuenta años. Y a ella se han sumado ahora, en nómina que aparece en cualquiera colección jurisprudencial, la heladera; la radio; el televisor; la licuadora; el juego de sala; la cocina; toda suerte de estufas y calefones; el aparador; la araña de luz; el ascensor; el bahiut; el bargueño; las cortinas; el diccionario; las enciclopedias; los libros de historia; el juego de comedor; el juego de copas; el juego de cubiertos; el juego de living; el juego de te; la lámpara de pie; el mantel de mesa; la máquina de coser; la máquina de escribir; la mesa plegable que no es de gran valor; la mesa del teléfono; la mesa del televisor; el modular; el piano, cuando es de estudio; el ropero; el sillón; el tocadiscos; la alfombra; la biblioteca; etcétera, etcétera. ¡No puede negarse la piedad de la justicia inquisitorial decisionista! Gracias a estos antecedentes jurisprudenciales y más recientemente, se ha declarado por algunos jueces que es inembargable la casa única que fue puesta como garantía por el propio deudor para respaldar el pago de un préstamo que obtuvo gracias a ella. Por cierto, la añagaza juega en contra del crédito: ¿quién aceptará otorgar un mutuo con esa garantía? ¿Ha advertido el lector que en los últimos cinco años no se ha visto un remate de cosas muebles? Y, además, ¿notó que se han suspendido *sine die* más del noventa por ciento de las subastas de inmuebles? Parece razonable sostener frente a ello que, sociológicamente, la onda actual puede ser buena en orden a la recurrente pobreza de nuestros pueblos. Pero, desde el punto de vista jurídico, ¿puede decirse lo mismo?

86 Ver, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 826 del CPC Santa Fe, Argentina, vigente desde 1880 hasta 1942, que dice: "El embargo de bienes se hará en el orden siguiente: 1) dinero efectivo; 2) alhajas, piedras o metales preciosos; 3) bienes muebles o semovientes; 4) bienes inmuebles; 5) créditos o acciones; 6) sueldos, salarios y pensiones".

Congruente con lo dicho, un embargo puede ser:

- c.4.1) *insuficiente*: debe ser ampliado por el juez a petición del embargante. A este efecto, la ampliación debe responder a todos los presupuestos ya vistos respecto de las cautelas en general.

Como todo lo relativo a la pretensión del embargante de ampliar un embargo ya dispuesto (y trabado o no aún) es una *instancia de petición*, la ampliación del caso debe ser dispuesta *sin audiencia previa del embargado*, tal como se explicó antes.

La, la impugnación que deduzca el embargante contra la decisión que no admite la ampliación es una *instancia de reaceramiento*, a cuyo procedimiento permanece siempre ajeno el embargado.

En cambio, la impugnación que haga el propio embargado tanto contra la decisión de embargar como contra la de ampliar el embargo inicial, es *instancia de acción procesal*, a raíz de lo cual el embargante debe ser oído antes de que la alzada emita cualquiera decisión sobre el tema<sup>87</sup>;

- c.4.2) *excesivo*: debe ser reducido por el juez a petición del embargado.

Todo lo relativo a la pretensión del embargado de reducir un embargo ya trabado, es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, la pretensión accidental de reducción que se presente contra la orden de cautelar debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante<sup>88</sup>.

En su caso, la caución otorgada para embargar debe ser reducida en la exacta proporción del embargo;

- c.4.3) *trabado sobre bienes que son inembargables o que el embargado precisa disponer libremente*: debe ser sustituido por orden del juez a petición de cualquiera de las partes interesadas en la cautela<sup>89</sup>.

Todo lo relativo a la pretensión del cautelado de sustituir por otro un bien embargado (por la razón que fuere y que el juez evaluará al momento de decidir) constituye un *accidente procesal* incoado a raíz de la interposición de una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante<sup>90</sup>;

- c.4.4) *ilegítimo*, pues se trabó sin que se dieran los requisitos para ello: debe ser levantado de inmediato por el juez a petición del embargado.

87 Las diferencias que hago en el texto no son otra cosa que la aplicación al caso de las ideas explicadas *supra* respecto del concepto de *instancia*.

88 Para que diga y haga lo que quiera: eso es, precisamente, la bilateralidad del instar. La idea es universal: en diversos idiomas se dice: "Et audiatur altera pars" (latín) y "Che l'altra parte sia anche audita" (italiano) y "Il faut que l'autre part sois aussie écoutée" (francés) y "Let's hear the other party" (inglés) y "Dass die Gegenseite auch gehört wird" (alemán), todo sinónimo de "Que se oiga también a la otra parte". Y en todas partes se trata de lo mismo: de una grande conquista de la civilidad, hoy dejada de lado a cada rato merced al inefable decisionismo judicial.

89 Es recurrente la creencia abogadil de que sólo puede pedir la sustitución de un bien embargado el propio deudor, so capa de que es a él a quien afecta el embargo. Sin embargo, y como lo señalo en el texto, también puede ordenarse la sustitución a pedido del propio embargante pues, por ejemplo, advierte luego de trabada la cautela que el bien embargado no sirve al efecto pretendido o es dudosa su calidad de embargable y, por ello, prefiere sustituir ahora y no discutir luego acerca de la validez de tal embargo.

90 Otra vez: para que diga y haga lo que quiera al respecto.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

Reitero aquí lo recién explicado en cuanto a la sustitución: todo lo relativo a la pretensión del embargo de levantar el embargo trabado es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante.

### c.5) *La duración del embargo*

Dos son las hipótesis a considerar en cuanto a este tema:

#### c.5.1) la primera refiere al *tiempo* en el cual se trabó la cautela:

- A) si el embargo se ordenó sobre cualquier bien *antes* de haber sido presentada la demanda, dura un plazo muy breve (en días), como el que regularmente establecen las leyes procesales para que el actor proceda a demandar (por ejemplo, *quince días hábiles* contados a partir de la traba del embargo). La sanción por no hacerlo así es la caducidad del embargo que, en la mayoría de las legislaciones *opera de pleno derecho*, sin necesidad de petición alguna de parte ni de resolución del juez en tal sentido<sup>91</sup>;
- B) si, en cambio, el embargo se ordenó sobre cualquier bien *después* de haber sido presentada la demanda, dura todo el proceso y cambia a embargo ejecutivo por decisión judicial al comenzar la ejecución forzosa de lo sentenciado<sup>92</sup>.

#### c.5.2) la segunda se relaciona con el *tipo de bien* embargado:

- A) si el embargo se trabó sobre *cosa mueble no registrable*, su duración se extiende por todo el tiempo que dure el pleito hasta obtener el actor una sentencia firme y ejecutoriada que le posibilite la ejecución forzada del bien embargado;
- B) en cambio, si se trabó sobre *bien registrable*, su duración no se extiende por todo el tiempo que dure la tramitación del pleito sino por el que autorice o tolere la respectiva ley registral, toda vez que la mayoría de ellas establece un plazo de caducidad de la cautela luego de pasado un tiempo prudencial.

A este efecto, debo recordar que no hay un registro único en *todo el país* para *todos los bienes registrables*, sino tantos como lo haya dispuesto el capricho del legislador en orden al tipo de bien de que se trate y al lugar donde ha situado el correspondiente registro con una competencia territorial a partir de allí.

En la Argentina, los registros más importantes que pueden mencionarse a guisa de ejemplo, son:

- A) el de *bienes inmuebles*: los llamados desde antaño *Registros Generales* de inmuebles, de donde viene la denominación tradicional de este tipo de cautela denominado *inhibición general*. Hay por lo menos uno por Provincia y en la Capital Federal;

91 Pero, como ocurre siempre que la ley norma con una suerte de *petición de principios*, resulta claro que si el embargo se ha registrado en alguna repartición pública será menester su levantamiento por orden judicial. Lo mismo acaece si al embargar una cosa mueble se nombra como depositario de ella a un tercero. ¿Cómo puede saberse en ambos casos –y, así, actuar en consecuencia– que el levantamiento de la cautela operó por caducidad de pleno derecho? ¿No es esto otro de los tantos dislates que los legisladores nos obsequian a cada rato, con mucha alegría y total despreocupación por los diarios problemas que su ignorancia genera en la vida judicial?

92 Cuando haya deuda con cifra líquida y exigible y el oficial de justicia intime al deudor a su pago.

- B) el de *sociedades comerciales* y de las respectivas tenencias accionarias de sus socios, que lleva el Registro Público de Comercio sito en cada Provincia (puede haber más de uno por lugar) y en la Capital Federal;
- C) el de *automotores*, que funciona en muchas y diferentes ciudades del país;
- D) el de *marcas y señales de semovientes* que funciona en algunas Provincias;
- E) el de *marcas y patentes de invención*, que opera unitariamente en la ciudad de Buenos Aires;
- F) el de *créditos prendarios*,
- G) el de *naves de mayor calado*, que lleva la Escribanía de Marina sita en cada lugar que cuenta con puerto de aguas navegables;
- H) el de *naves de menor calado*, a cargo de la Prefectura Nacional Marítima y Fluvial;
- I) el de *caballos de pura sangre de carrera*: el llamado *Stud Book* que lleva el Jockey Club Argentino; etcétera.

Si bien se mira, un deudor puede disponer, vendiendo, cediendo o gravando, todos los bienes susceptibles de ser registrados en las reparticiones recién mencionadas. De ahí la importancia de la inhibición, pues ella posibilita mantener incólume el patrimonio del deudor, al no poder efectuar la venta sin pagar la suma de dinero por la cual se trabó el embargo.

Por eso es que, luego de ordenado judicialmente el embargo, debe anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Por otra parte, se debe tener presente que cada una de las leyes que regulan el funcionamiento de todos estos registros puede establecer plazos de duración de la respectiva anotación. Y así funciona el tema en la realidad jurídica, pues la mayoría de las leyes que regulan la registración de cautelas en general (embargos e inhibiciones) establecen un plazo de caducidad para la respectiva registración que opera casi siempre de *pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Por ejemplo, en el Registro General de la Propiedad Inmueble (en la ciudad en la cual esto se escribe), la anotación de cualquier embargo o inhibición caduca a los cinco años contados desde la traba de la cautela<sup>93</sup>.

De tal modo, ella debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo pues, caso de hacerlo luego, el cautelante pierde su original preferencia de cobro, tema que se verá luego.

Para terminar: todo lo precedentemente expuesto en este punto tiene singular importancia pues, desde siempre, estos temas están tratados legislativamente en el título referido al embargo y, no obstante, se aplican directa o supletoriamente a todos los demás tipos de cautela que veremos luego.

#### c.6) *Las ventajas y desventajas de ser cautelante sobre cosas registrables en general*

La traba de un embargo cualquiera hace que el embargante que carece de privile-

<sup>93</sup> Y esto es razonable en orden a evaluar el tiempo (y el coste) que puede insumir una búsqueda de embargos o inhibiciones para efectuar algún informe concreto acerca de la situación jurídica de una persona o del estado de un bien, máxime en registros que no han adoptado el sistema Torrens.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

gio<sup>94</sup> alguno sobre el eventual producido de la venta de la cosa, goce de un derecho de cobro preferente frente a otro acreedor que tampoco ostenta privilegio.

Por ejemplo: si Pedro traba un embargo registral sobre la finca de Juan por la suma de mil pesos, cuando el bien se venda en dos mil y sobre tal precio concurra también a cobrar el acreedor Diego por la suma de tres mil pesos, cobrará primero Pedro sus mil y, el remanente lo cobrará Diego, sólo en lo que alcance. De ahí la importancia de ser *primer embargante*<sup>95</sup>.

Pero ya se sabe que el registro tiene un plazo de caducidad que, en el ejemplo recién visto, es de cinco años. También se ha dicho que, antes del vencimiento de tal plazo, el interesado debe reinscribir su embargo (o inhibición).

De hacerlo así, el embargo guarda y mantiene la fecha del registro original. Pero caso contrario, en el supuesto de hacerse una nueva inscripción *luego de vencido el registro anterior*, el ahora embargante tendrá un lugar preferente de cobro sólo ante los acreedores que embarguen a partir de allí en adelante, pero no ante quienes anotaron su respectiva cautela antes de la reinscripción (por más que lo hayan hecho después de la anotación del embargo original que precisó de reinscripción).

Como se ve, si la duración de un pleito excede el plazo de cinco años, sólo se exige que el actor reinscriba su cautela con antelación al vencimiento de cada período, sin importar cuántas veces lo haga antes de poder ejecutar la sentencia que ordene la subasta del bien.

Téngase esto en cuenta cuando luego se trate de la inhibición general.

---

94 Hablo de los privilegios (*derecho que la ley da a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro*) que se mencionan a partir del art. 3875 del Código Civil argentino que, con algunas pocas variantes, reproducen casi todos los códigos similares del continente.

95 Preferencia que se pierde, por supuesto, si un juicio universal (quiebra, concurso o sucesión) afecta al deudor.

## CAPÍTULO 6

### EL SECUESTRO<sup>96</sup>

Es el tipo de cautela que se hace exclusivamente sobre *bienes muebles o semovientes* de propiedad o posesión del cautelado y que tiene por objeto su específica asignación<sup>97</sup> al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (por eso es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.

Hasta aquí, el caso es exactamente igual al del embargo sobre cosa mueble. Sin embargo, éste es mucho más grave pues lo característico de esta cautela es que, desde el momento mismo de su efectivización, el cautelado *no puede continuar con el uso de la cosa* pues se lo *desposee*<sup>98</sup> o, con mayor propiedad, se le *quita la tenencia* de ella.

Y esto ocurre mediante el simple procedimiento cumplido en el acto de la traba del embargo, de darle el oficial de justicia la tenencia de la cosa a un tercero que la recibe en calidad de *depósito*, siendo así responsable por ella como *depositario* a partir de entonces.

A raíz de esto, el cautelado no puede usar la cosa ni comportarse respecto de ella como si fuera su dueño<sup>99</sup>, con lo cual –ahora si– la cosa se inmoviliza<sup>100</sup> de hecho en el tráfico comercial.

Conforme lo que se ha dicho hasta ahora, surge evidente que el secuestro es una *típica cautela para ejecutar un derecho ya declarado* por lo que, en principio, parece que no debe ser admisible con carácter preventivo (ver el punto 3 del Capítulo 3, donde menciono al *secuestro* como *embargo ejecutivo*).

Sin embargo, he preferido considerarlo en este grupo de cautelas pues, además de funcionar en forma *autónoma* (caso mencionado en el párrafo anterior) también lo hace como

96 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso y, también, asegurar la ejecución de un derecho ya declarado (caso del embargo preventivo, que acarrea la desposesión de los bienes embargados).

97 Ver notas 70 y 71.

98 El vocablo, de honda raigambre jurídica, debe ser entendido en el exacto sentido de que se le quita al deudor *la tenencia de la cosa*, como se afirma en el texto. Para comprender el tema es menester recordar que en los albores del derecho, todas las cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban con la posesión y se perdían junto con ella. Por eso es que se confundía *propiedad* con *posesión*. Recién con el nacimiento del derecho civil las cosas fueron diferentes y se hicieron de ambas ideas dos cosas distintas e independientes: se entendió así por *posesión* el mero *hecho de tener la cosa* en tanto que la *propiedad* llegó a ser *un derecho*, una suerte de vínculo de carácter moral entre la cosa y el propietario que ya no pudo ser roto sin su voluntad aunque, de hecho, no tuviera la cosa. Ejemplifico: si tú tienes mi libro en tu mano, tienes su posesión, pero el libro sigue siendo mío. Con estas ideas, la *Ley de Partidas* estableció que *la posesión es la tenencia de una cosa corporal* (ver Ley 1, Título 30, Partida 3). Pero andando el tiempo fue menester distinguir entre *posesión de hecho* y *posesión de hecho y de voluntad*. Hoy llamamos a la primera *posesión precaria* o, mejor aún, *tenencia* o *simple tenencia* en tanto que, a la segunda, le damos la denominación de *posesión* o *verdadera posesión*. Conforme con ello, es *poseedor precario* o *simple tenedor*, el inquilino, el comodatario, el depositario, el colono, etcétera, que tienen la cosa reconociendo en otro la propiedad. En cambio, es *poseedor* quien tiene la cosa con ánimo de excluir a los otros de su uso (la Ley de Partidas decía sabiamente que es la tenencia “que home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo et del entendimiento”). Creo que con esta explicación podrá el lector comprender que cuando se *desposee* o se *despoja* al deudor de la cosa secuestrada sólo se le quita su tenencia, por lo cual conserva la propiedad.

99 Que es, precisamente, el *ánimus domini* o voluntad de actuar como dueño de la cosa que se tiene.

100 Recuérdese lo afirmado en la nota 71.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

*complemento de otro tipo de cautela* y, a veces, como *sanción al embargo* que no cumplió fielmente con sus deberes de depositario.

Veamos los tres casos:

### a) *Secuestro autónomo*

Opera como tal cuando la ley prevé en forma expresa que debe quitarse la tenencia de la cosa al deudor mientras dura el desarrollo del litigio, cual ocurre en los supuestos de ejecución de prenda con registro<sup>101</sup>; de reivindicación de cosa mueble<sup>102</sup>; de edición de obra intelectual inédita considerada ilícita por su autor<sup>103</sup>; de pretensión en la cual la cosa a secuestrar constituye la materia misma del litigio actual o eventual, de donde resulta necesario preservar su integridad o evitar su uso por parte del tenedor actual<sup>104</sup>; en infinidad de delitos penales; etcétera.

Como se ve, en todos estos casos el secuestro no exige un embargo previamente trabado: de ahí su autonomía.

### b) *Secuestro complementario*

Opera como tal cuando, trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se teme que él no ponga el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer.

Más allá de las responsabilidades civiles y penales que eventualmente pudieren corresponder al depositario, parece claro que el acreedor embargante tiene derecho a exigir el adecuado resguardo de la cosa y, a raíz de ello, el juez puede admitir el secuestro como complemento de un embargo cuando por sí solo no asegura el resultado de la sentencia que dicte en el pleito.

Pero tal decisión no es automática pues, para dictarla, debe hacer mérito de las circunstancias del caso y de las propias del embargado, tanto de las relatadas por el embargante como de las que surjan de las propias actuaciones. En otras palabras, debe verificar la *verosimilitud del derecho* invocado al efecto.

Esta afirmación no se contradice con la efectuada respecto del embargo: dije entonces que con tal tipo de cautela no se afecta la situación fáctica de la cosa ni la de la persona del embargado, pues continúa en el uso y goce de la cosa embargada.

En el caso del secuestro, por lo contrario, el cautelado sufre una clara afectación de su derecho de propiedad pues, nada menos, *se le quita la cosa*.

101 La ley argentina de Prenda con registro (N° 12.962), por ejemplo, establece en su art. 13 que: "El dueño de los bienes prendados no puede sacarlos del lugar en que estaban cuando constituyó la garantía, sin que el encargado del Registro respectivo deje constancia del desplazamiento en el libro de registro y certificado de prenda, y se lo notifique al acreedor, al endosante y a la oficina que haya expedido certificados o guías en su caso. Esta cláusula será insertada en el contrato y su violación faculta al acreedor para gestionar el secuestro de los bienes y las demás medidas conservatorias de sus derechos".

102 Código Civil, art. 2786: "Si la cosa sobre la que versa la reivindicación fuera mueble, y hubiere motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le de suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado".

103 Ley 11.723, art. 71: "Será reprimido con la pena establecida en el art. 12 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley". Art. 72: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:..."

104 CPC Nación, art. 221: "Procederá el secuestro de bienes muebles o semovientes objeto del juicio siempre que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva".

Parece evidente entonces que los recaudos judiciales deben ser diferentes en orden a disponer una u otra cautela.

Como se verá más adelante, en este tipo de secuestro considero incluido al que se cumple al tiempo de intentar la ejecución de un derecho ya declarado, para poder rematarlo y entregar su producido al acreedor.

c) *Secuestro sancionatorio*

Opera como tal cuando, ya trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se advierte que no ha puesto el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer.

Adviértase que en el caso anterior referí a la hipótesis de existencia de temor respecto de lo que pueda ocurrir en el futuro. En éste, no hay temor sino afirmación de que ya no cumplió el depositario con las exigencias propias de su función, a raíz de lo cual puede generarse daño al acreedor.

Con esta salvedad, vale aquí lo recién explicado respecto de la verosimilitud del derecho exigible en el secuestro complementario.

También funciona como secuestro sancionatorio la cautela que ordena el juez para que una de las partes devuelva un expediente al tribunal o para que alguna de ellas o un tercero ajeno al juicio exhiban un documento necesario para la solución del pleito.

Finalmente, aunque no se las conoce con la denominación de *secuestros*, existen en el universo jurídico otras soluciones de esencia cautelar que, por sus consecuencias, pueden encuadrar perfectamente en el tema aquí desarrollado.

A guisa de ejemplo, menciono aquí a la interdicción de navegar<sup>105</sup>, a la inmovilización de aeronaves<sup>106</sup>, al otorgamiento provisional de alguna cosa mueble<sup>107</sup>. Los autores en general citan también como perteneciente a esta categoría a la entrega de inmueble<sup>108</sup>, cosa que no puedo compartir pues parece claro que ello es una simple anticipación de una sentencia que no se ha dictado.

105 Ver, por ejemplo, la ley argentina N° 20.094, art 482: "Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes, salvo los derivados de un contrato único de ajuste, que concurren dentro de su categoría, con los demás originados en el último viaje. Y art. 539: "El embargo se practicará mediante oficio que debe librar el juez embargante a la autoridad marítima, a los efectos de su anotación en los respectivos registros. Si se trata de un buque de matrícula nacional, su salida debe ser impedida si se dispone la interdicción de navegar. Esta última medida se encuentra implícita en el embargo que se dicte contra un buque de bandera extranjera. A pedido de parte, el tribunal puede disponer el inventario de las pertenencias del buque".

106 Ver, por ejemplo, Código Aeronáutico argentino, art. 73: "El embargo traerá aparejada la inmovilización de la aeronave en los siguientes casos: 1) cuando haya sido ordenado en virtud de ejecución de sentencia; 2) cuando se trate de un crédito acordado para la realización del viaje y aun cuando la aeronave está lista para partir; 3) cuando se trate de un crédito del vendedor de la aeronave por incumplimiento del contrato de compraventa, inclusive con los contratos celebrados de conformidad con los artículos 42 y 43 de este código".

107 Ver, por ejemplo, el CPC Nación, art. 616: "Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida".

108 Ver, por ejemplo, el CPC Santa Fe, cuyo art. 517 dice: "El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entrega sea exigible. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso(s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se pudieran ocasionar". De la simple lectura de la norma se advierte lo dicho en el texto: luego de trabada la litis, y no obstante que el demandado haya negado el carácter de intruso endilgado por el actor, se lo desaloja en un claro anticipo que viola expresos derechos constitucionales.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

Veamos ahora los *presupuestos* del secuestro: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia del *secuestro* que lo ordene el legislador previamente y en abstracto en orden a la naturaleza del crédito, o que un caso concreto pueda motivar la decisión de un juez para disponer la desposesión de un bien como complemento de un embargo o como sanción al embargado.

Todo ello es fácilmente comprensible: se trata nada menos que de interferir abruptamente en el normal ejercicio del derecho de propiedad, que autoriza al uso de la cosa, impidiéndolo el juez por la sola petición de quien se dice acreedor del demandado.

b) *El supuesto consecuente*

Siempre es el mismo: al haber sido privado el cautelado de la tenencia de la cosa, no puede disponer de ella hasta tanto le sea devuelta por haber ganado el pleito o por haber otorgado otra garantía suficiente a juicio del acreedor para cubrir sus expectativas de cobro<sup>109</sup>.

c) *Los requisitos generales para decretar el secuestro*<sup>110</sup>

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3, y a lo allí expresado remito al lector.

A más de ello, hago expresa mención en este punto de la necesidad de que el juez considere –aunque unilateralmente, pues no hay otra forma de hacerlo– la existencia de verosimilitud del derecho y, cuando se trata de un secuestro complementario, de la existencia de peligro en la demora.

---

109 En general, se cree que es al juez a quien le toca decidir soberanamente acerca de la suficiencia de una contracautela. A poco que se piense mínimamente en el asunto, se advierte que no puede ser así: sólo el cautelado sabe cabalmente cuál es o puede saber la exacta medida de su daño. Acepto que por razones de índole práctica y en tanto la cautela se trate como instancia unilateral, sea el juez quien aprecie la magnitud de la caución. Pero ello debe ser sólo provisoriamente y hasta tanto la cifra contracautelada conforme al interesado, quien podrá pedir en cualquier tiempo la mejora de la caución (de cualquier tipo) otorgada.

110 Téngase presente que son los presupuestos actuales o coincidentes con el momento de admisión del embargo y que se relacionan tanto con la eficacia como con la eficiencia de la cautela.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

## CAPÍTULO 7

### EL DEPÓSITO JUDICIAL DE COSA A DEMANDAR Ó YA DEMANDADA<sup>111</sup>

El caso aquí presentado ya sido subsumido en el secuestro, como una de sus variantes específicas.

No obstante, lo incluyo por separado en esta nómina genérica de cautelas pues algunos códigos procedimentales no lo conocen como tal sino que lo presentan como una de las formas mediante las cuales el actor puede *preparar un juicio declarativo*. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil de la Provincia de Santa Fe, art. 390<sup>112</sup>.

Hecha esta salvedad, doy por reproducido aquí todo lo expuesto en el punto precedente, en cuanto sea compatible.

---

111 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso.

112 Su texto dice: "El juicio ordinario podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar:... 3) que se exhiba *la cosa mueble que haya de ser objeto del pleito y se deposite a la orden del juez, en poder del mismo tenedor o de un tercero...*"

## CAPÍTULO 8

### LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES REGISTRABLES<sup>113</sup>

Es el tipo de *cautela* genérica que se hace en defecto de un embargo, por no conocer el embargante bienes libres o embargables o suficientes de su deudor para poder trabarlo, a fin de que él no pueda disponer<sup>114</sup> eventualmente de ellos sin pagar antes la deuda o sin dar caución al efecto.

Veremos ahora los *presupuestos de la inhibición general de bienes* que, en rigor de verdad, es una inhibición que *no es general* pues sólo alcanza a algunos bienes de registro obligatorio, en la medida que la cautela se inscriba en el lugar respectivo, ya que hay varios en correspondencia con los diferentes tipos de bienes registrables.

Ya he mencionado en el punto c.5.2) del Capítulo 4, algunos registros de los que existen en Argentina. A lo allí dicho me remito ahora.

De ahí que, ordenada judicialmente la inhibición general de bienes, la cautela deba anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Veamos ahora los *presupuestos* de la inhibición: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de la inhibición general el desconocimiento, por parte del cautelante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado. Caso contrario, procede el embargo y no esta cautela.

b) *El supuesto consecuente*

Es siempre el mismo en todos los casos de bienes registrables: el deudor no puede disponer del bien respecto del cual se anotó la inhibición en el correspondiente registro sin abonar previamente la deuda o dar garantía de su pago.

Finalmente, debe quedar en claro que los bienes no registrables no son ni pueden ser objeto de esta cautela.

c) *Los requisitos generales para decretar la inhibición general*

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3, y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínsecos que mencionan nuestros códigos procesales en general.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización de esta cautela ordenada por el juez y que tienen

<sup>113</sup> Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso y, también, asegurar la ejecución de un derecho ya declarado (caso del embargo ejecutivo sobre bienes que no alcanzan para cubrir la acreencia reclamada).

<sup>114</sup> Se trata de impedirle que los venda o que los grave.

que ver con:

c.1) *El monto por el cual debe trabarse la inhibición*

Rige aquí lo dispuesto en similar punto recién desarrollado respecto del embargo preventivo.

Y el cálculo de intereses y eventuales costas debe hacerse con cuidado pues si el deudor quiere vender el bien registrado y se encuentra impedido de hacerlo por la inhibición sufrida, vende de cualquier manera siempre que ordene al escribano actuante que retenga del precio a recibir una cantidad de dinero igual a la de aquella por la cual se practicó la inhibición y la deposite judicialmente en el tribunal que ordenó la traba de la cautela.

c.2) *Las contingencias que puede sufrir la inhibición de bienes durante el transcurso del pleito*

Cabe hacer aquí las mismas consideraciones efectuadas *supra*, respecto del embargo preventivo, al tratar tema similar.

c.3) *La duración de la inhibición trabada*

Ya se ha visto antes que muchas de las leyes que regulan el registro de inhibiciones establecen un plazo de caducidad para la cautela registrada, que hacen operar casi siempre *de pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Reitero el ejemplo ya dado: en el Registro General de la Propiedad Inmueble (en la ciudad en la cual esto se escribe), la inhibición caduca a los cinco años de la traba de la cautela. De tal modo, debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo pues, caso de hacerlo luego, el cautelante pierde su original preferencia de cobro frente a otro acreedor con embargo o inhibición posterior.

Debe quedar en claro ahora que, mientras lo haga en tanto dure el pleito, puede reinscribir la inhibición cuantas veces quiera.

Empero, es discutible que pueda hacer lo mismo después de que el pleito haya sido sentenciado en el caso de que el acreedor no hubiera logrado embargar bienes para percibir su acreencia ya declarada en la sentencia, pues se sostiene que la inhibición está condicionada –para futuras reinscripciones– por la prescripción de la *actio iudicati*<sup>115</sup>.

---

115 Y es que ya se ha visto *supra* que el derecho declarado en la sentencia prescribe a los diez años de haber adquirido ella firmeza y ejecutoriedad. Y se ha visto también que la inhibición registral caduca a los cinco años. Supóngase ahora una sentencia dictada en el año 2000: su efecto ejecutorio prescribe en el año 2010. Como no se conocen bienes embargables del deudor, se anota su inhibición en el Registro de la Propiedad Inmueble: esa inscripción caduca en el 2005. Se reinscribe tempestivamente y, ahora, caduca nuevamente en el 2010. Vuelve a reinscribirse la inhibición (antes de la caducidad y antes de la prescripción) y vuelve a caducar en el 2015. En tales condiciones es posible sustentar que ya no es reinscribible nuevamente en el derecho argentino, al menos, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 3986 del Cód. Civil, en razón de que el derecho sentenciado jamás prescribiría utilizando al efecto el simple procedimiento de reinscribir cada cinco años la cautela. Lo que no parece lógico.

## CAPÍTULO 9

### EL EMBARGO EJECUTIVO Y LA DESPOSESIÓN DEL BIEN EMBARGADO<sup>116</sup>

Ya se verá en su momento que, salvo alguna rara excepción<sup>117</sup> que no es aceptada por la

<sup>116</sup> Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la ejecución de un derecho ya declarado.

<sup>117</sup> Por ejemplo, la subasta que puede ordenar directamente el acreedor si son bancos: ver la ley 24.441: Art. 52.- “Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes”. Art. 53. “En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado”. Art. 54. “Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64. No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte —esto sí que es pura ejecución— y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma. Art. 55. “El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios”. Art. 56. “Asimismo el acreedor podrá: a) Solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado; b) Requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeren por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado”. Art. 57. “Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta”. Art. 58. “La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán -como mínimo- informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta”. Art. 59. “El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta”. Art. 60. “Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente”. Art. 61. “Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento. Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito”. Art. 62. “Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados”. Art. 63. “La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito. El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro. Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden

doctrina, en América latina *no hay ejecución* propiamente dicha, toda vez que el llamado *juicio ejecutivo* (al cual se accede con un *título ejecutivo*<sup>118</sup>) es, en esencia, un juicio sumario vulgar y silvestre<sup>119</sup> pero con defensas, plazos procesales e impugnaciones restringidas.

No obstante, todos los códigos del continente refieren que, a la iniciación del juicio ejecutivo, debe ordenarse un *embargo ejecutivo* en los bienes del deudor para posibilitar su inmediata subasta cuando la sentencia del caso ordene *llevar adelante la ejecución*<sup>120 121</sup>.

Pero cuando así lo hacen, remiten en lo procedimental al trámite propio de la traba del *embargo preventivo* del cual éste se diferencia legalmente sólo en que debe haber intimación previa de pago antes de la traba del embargo<sup>122</sup>.

No obstante ello, sistémicamente hay otra diferencia: el embargo ejecutivo debe ser seguido de inmediato secuestro o ser suplantado directamente por éste, pues no se concibe racionalmente que una ejecución procesal pueda proseguir hasta la sentencia sin que hayan bienes pronto a subastar<sup>123</sup>.

---

del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el artículo 54. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de: a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53; b) La notificación del artículo 59; c) La publicidad efectuada; d) El acta de la subasta. Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo. Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción". Art. 64. "El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acreditare verosímelmente alguno de los siguientes supuestos: a) Que no está en mora; b) Que no ha sido intimado de pago; c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o d) Que existieran vicios graves en la publicidad. En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta. Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones salvo en el caso del inciso d), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta". Art. 65. "Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor: a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta; b) La liquidación practicada por el acreedor; c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante. En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible". Art. 66. "Dentro de los treinta días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento previsto en el artículo 60". Art. 67. "Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble"...

118 De verdad, lo que se ejecuta en el caso *no es el título* sino la sentencia que se dicta en ese tipo de juicio.

119 El juicio se compone de las cuatro etapas clásicas: una de *afirmación*, en la cual el acreedor dice que cuenta con un título tal que la ley le permite el acceso al procedimiento privilegiado y en el cual el deudor no podrá discutir la causa de su obligación; una de *negación* (aquí llamada *de excepción*) en la cual el deudor no podrá negar la existencia de la deuda sino, tan sólo, oponer ciertas excepciones y no otras; una etapa de *confirmación*, en la cual el excepcionante deberá presentar los medios del caso para convencer al juez de la razón que asiste a sus excepciones; y otra final, de *alegación* acerca del mérito confirmatorio de los medios allegados al juicio. Como se ve, no existen diferencias sustanciales entre un juicio declarativo y otro ejecutivo.

120 Es la antigua fórmula utilizada en los tribunales para sentenciar haciendo lugar a la demanda del acreedor.

121 Actualmente, ello se hace después de la sentencia ejecutiva, oportunidad en la cual el embargo sin desplazamiento de tenencia debe ser convertido en secuestro mediante la desposesión del bien pues, de otra forma, es imposible realizar la subasta. Y bien sabe el práctico del derecho que la etapa de ejecución de la sentencia ejecutiva dura a veces mucho más que la etapa contenciosa. ¡Y esto no es bueno para el sistema!

122 Cosa que está prohibido hacer en el embargo preventivo, precisamente porque no hay aún deuda cierta y ya declarada por ley o sentencia.

123 Hay leyes que así lo exigen, al igual que antigua jurisprudencia que no toleraba la prosecución de un juicio ejecutivo sin bienes ya embargados. Este criterio legal o interpretativo exhibe una lógica impecable, desconocida en

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Hechas estas salvedades, rige respecto del tema todo lo dicho en cuanto al embargo preventivo, a cuyo texto remito al lector.

---

la práctica actual por conveniencia abogadil que, para justificarla, ha argumentado con la prescripción de la *actio judicati*. A tal efecto, sostiene que al obtener una sentencia ejecutiva aunque no sea susceptible de ejecución por falta de bien a ejecutar, nace a partir de ella un nuevo plazo prescripcional (de diez años) que pone el crédito a cubierto para la eventualidad de que dentro del plazo aparezca un bien embargable. Pero ello puede soslayarse, claro está, con el sobreseimiento *sine die* del procedimiento ejecutivo, con lo cual se evitaría el enorme y totalmente inútil dispendio de actividad judicial. Este es un tema que debe ser colocado en el tapete el día que haya decisión seria de reformar sistémicamente el enjuiciamiento civil, y no como se ha hecho hasta ahora, sólo con alegre pero insuficiente voluntarismo oportunista.

## CAPÍTULO 10

### LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

#### 1. En general

Jurídicamente, la palabra *intervención* refiere a la vigilancia y control de algo por parte de la autoridad<sup>124</sup> y, en general, esta actividad está regulada de diversas maneras en el derecho privado y, muy particularmente, en la ley comercial, donde siempre se la vincula con algunos tipos societarios.

Ya se verá luego que la intervención ordenada por los jueces –*intervención judicial*– puede ser *recaudadora*, *veedora* o *informadora* y *administradora*.

Si bien se miran estas variedades de intervención, y salvo la última mencionada, no son en sí mismas *cautelares procesales*. Y particularmente la que se tratará de inmediato.

Tanto es así que muchos códigos vigentes en América no la legislan o lo hacen en el capítulo correspondiente a la ejecución de la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo<sup>125</sup>, como medio *complementario* para ejecutar un derecho ya declarado cuando no hay bienes embargados suficientes para subastar.

No obstante ello, la doctrina en general de todo el continente la presenta como una cautela y algunos códigos vigentes así la legislan (por ejemplo, el CPC Nación, en su art. 222<sup>126</sup>).

Toca ahora hacer genérica referencia a los requisitos mínimos de todos los tipos de intervención pues los que se han visto ya con detenimiento en el Capítulo 2, no resultan aplicables a las cautelares que refieren a derechos ciertos y ya declarados, toda vez que aquí hay *ejecución* y no *prevención*.

Sin perjuicio de ampliar el tema respecto de cada una de sus variedades, toda intervención debe:

- 1) ser decretada con criterio restrictivo<sup>127</sup> y en caso de extrema gravedad<sup>128</sup>, cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante;
- 2) designar como interventor a persona por completo ajena a la entidad intervenida e idónea al efecto, ostentando los conocimientos necesarios para cumplir eficientemente su cometido;

124 Por parte de cualquiera autoridad: en Argentina, por ejemplo, hay intervenciones federales a las provincias o a alguno de sus Poderes, las hay nacionales, provinciales o municipales a las diferentes reparticiones u oficinas que integran las respectivas administraciones o a entidades autárquicas, etcétera.

125 Por ejemplo, CPC Santa Fe, art. 467, cuyo texto dice: "Cuando se traba embargo sobre los ingresos de cualquier institución o establecimiento, el juez podrá designar un interventor que haga efectivo el embargo en la medida, forma y oportunidad que determine".

126 La norma dice así: "Además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido para ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes".

127 Se aplica el adjetivo *restrictivo* a lo que restringe o sirve para restringir: hacer una cosa no corpórea de menor amplitud o extensión: limitar, reducir.

128 Es la cualidad o estado de grave. El adjetivo *grave* se aplica a acciones o situaciones que envuelven peligro o tienen o son susceptibles de tener consecuencias muy dañosas.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

- 3) definir claramente la misión encomendada, estableciendo su duración y los límites de actuación que debe respetar escrupulosamente el designado;
- 4) fijar el monto de la contracautela que el caso requiera<sup>129</sup>;
- 5) autorizar expresa y prudentemente el monto de los gastos que puede ocasionar la intervención;
- 6) establecer las fechas en las cuales el interventor deberá informar al tribunal acerca del cumplimiento de las tareas encomendadas.

### 2. EN PARTICULAR

#### 2.1. LA INTERVENCIÓN RECAUDADORA<sup>130</sup>

Veamos ahora la *intervención recaudadora*, que sitúo en esta obra entre las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado y no en el primer grupo, pues afirmo enfáticamente que no puede ser decretada preventivamente a base de derechos todavía inciertos<sup>131</sup>.

Así presentado el tema, veamos ahora los presupuestos de este tipo de intervención judicial: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

##### a) *El supuesto precedente*

Conforme ya se vio *supra* en el punto 1, el supuesto de este tipo de cautela no intenta preservar la eventual ejecución de un derecho aún incierto sino la de posibilitar la ejecución de un derecho ya cierto y determinado por sentencia (título *ejecutorio*) o por la ley (título *ejecutivo*).

De ahí que el supuesto propio de la intervención judicial recaudadora es el de que no haya bienes embargables o que, habiéndolos, sean insuficientes para cubrir con el producido de su subasta el crédito ya declarado del acreedor<sup>132</sup>. Y, además, que el deudor tenga comercio, industria, arte o profesión que le posibilite un ingreso constante o periódico de dinero (sin importar que sea permanente o temporal), del cual pueda tomarse cada tanto tiempo una parte para destinarla al pago de la deuda hasta saldarla.

A este preciso efecto es que el juez ordena que un *interventor* haga esa recaudación en su nombre (por eso es *interventor judicial*) y para el asunto en el cual fue ordenada y realizada su designación.

129 Cuando el caso lo autorice. Recordar que no la hay en litigios entre socios, cónyuges, comuneros, etcétera.

130 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a asegurar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado.

131 En anterior oportunidad, comentando la norma del art. 467 citada en la nota 125 (v. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, con concordancias explicadas*, ed. Rubinzal Culzoni, 2002), sostuve que “la intervención puede ser decretada preventivamente”. Una detenida meditación sobre el tema después de ver los inconvenientes de grosera injusticia que dicha opinión ha causado a particulares en el curso de muchos años, creo que he sostenido un error. De ahí que, además de reconocerlo aquí públicamente, diga ahora -como lo afirmo en el texto- que la intervención recaudadora *no debe ser decretada preventivamente* pues con ello se prohija muchas veces inescrupulosa coacción al deudor que sale a pagar lo que no debe para no sufrir un mal mayor.

132 Caso de haberlos, insisto en que no procede la intervención recaudadora y que lo que corresponde hacer es subastar los bienes embargados, vía normal y antiquísima para que un acreedor se haga con el íntegro cobro de su acreencia: con ello se evita que el acreedor se inmiscuya en los negocios del deudor, cosa que siempre ocurre cuando un interventor penetra en ellos para saber cuánto gana a efectos de percibir su porcentaje, lo que a todas luces constituye un mal mayor que el de la subasta.

Por cierto, el juez debe mostrar extrema prudencia al ordenar librar el respectivo mandamiento, estableciendo la medida de la recaudación y la forma de efectuarla, pues cualquier exceso en ello puede generar ingente daño al deudor<sup>133</sup>.

b) *El supuesto consecuente*

Si la orden se cumple normalmente y no se daña en exceso al deudor, gracias a lo cual la intervención se cumple con éxito en la forma que fuera ordenada, el interventor depositará en los autos, y con la periodicidad establecida en el mandato de intervención, la correspondiente cantidad de cada extracción a la caja intervenida hasta saldar la acreencia original y los gastos propios de la intervención.

De ahí que el supuesto consecuente consiste en la percepción por el acreedor del total de su acreencia en un cierto tiempo, que puede ser más o menos dilatado según fuere el importe adeudado y la magnitud de los ingresos del deudor.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención recaudadora*

Sin perjuicio de lo recién expuesto, es requisito específico de este tipo de intervención que se haya efectuado fehacientemente una previa intimación cierta al deudor ya declarado como tal para que pague la deuda líquida y exigible, por cuya cantidad se decretará la intervención si deja vencer el plazo acordado para pagar y no la abona.

De cualquier manera, resta agregar que este tipo de cautela es improcedente cuando puede trabarse embargo registral, ordenarse depósito de la cosa o su secuestro: adviértase que la intervención siempre es una medida subsidiaria de otra y que debe autorizarse sólo cuando ésta no alcanza para lograr la percepción del crédito cuyo cobro se persigue.

## 2.2. La intervención controladora o informativa<sup>134</sup>

Ya se ha visto en el punto 1 de este Capítulo, que este tipo de intervención no es en sí mismo una *cautela procesal* pues no tiende a asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia de condena que sea favorable al cautelante ni la posibilidad de éste de debatir procesalmente en situación de igualdad con el cautelado.

Tanto es así que muchos códigos vigentes en América ni siquiera mencionan a esta variedad de intervención en la nómina de las cautelas, no obstante hallarse contemplada desde antaño en la ley comercial con la finalidad de asegurar los derechos de los socios que no administran una sociedad<sup>135</sup> y que no están conformes con su funcionamiento merced al manejo que hacen los administradores de los bienes sociales.

De tal modo, el socio cautelante puede tomar oportuno conocimiento de lo que antes desconocía y, así, llegar a hacerse oír en el seno social a raíz de que el juez controla la administración por medio de un interventor *veedor* o *informante*.

133 Es habitual ver que muchos jueces fijan un porcentaje en la orden de recaudación que oscila alrededor del treinta por ciento del ingreso total de la caja del deudor. Como es fácil de imaginar, si la utilidad prevista en el caso de comercio, por ejemplo, es una cuota parecida a la de tal porcentaje, puede dejarse al deudor al borde de la desesperación y con la posibilidad de que cierre sus puertas. Ni qué decir cuando el porcentaje de recaudación es mayor y no se alcanzan a cubrir con el remanente los costes de la explotación del negocio. Recuerdo aquí a una prestigiosa y antigua empresa de televisión por cable que cayó en quiebra como consecuencia directa de una intervención que le tomó durante seis meses el ciento por ciento de su recaudación mensual, percibida principalmente mediante depósitos en cuentas bancarias so pretexto de que *eran sus cuentas corrientes*...

134 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a mantener el estado actual de una situación o de una cosa.

135 La cautela también se aplica para el caso de asociaciones y sociedades civiles.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

Sin perjuicio de lo recién expuesto, tanto doctrina como jurisprudencia han extendido los efectos de este tipo de intervención a otros casos no precisamente societarios. Y lo han hecho bien, pues la autorizan a fin de preservar los derechos de terceros a raíz de pretensiones promovidas por éstos contra una sociedad (caso, por ejemplo, de herederos de un socio para resguardar su participación o para determinarla; los derechos de un cónyuge en juicio de divorcio para que su porción de bienes gananciales con un socio de la sociedad no pueda ser burlada; etcétera).

Finalmente, este tipo de intervención es idónea para controlar el fiel cumplimiento de una prohibición de innovar.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención veedora o controladora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

### a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de la intervención controladora el que se tema o sospeche que los administradores de una sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en grave peligro (por ejemplo, demora en la confección y presentación de balances, falta de convocatoria a asambleas, alteración de libros de comercio, omisión de llevar contabilidad regular, etcétera).

### b) *El supuesto consecuente*

Mediante esta vía y merced a la igualdad procesal que brinda el proceso al cautelante respecto del cautelado, aquél podrá contar en su momento con elemento suficientes para pretender respecto de la sociedad o de sus administradores, particularmente cuando intenta demandar la remoción de éstos.

### c) *Los requisitos generales para decretar la intervención controladora o informativa*

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3. A lo allí expresado remito al lector.

Resta agregar ahora, y en cuanto a la verosimilitud del derecho, que el juez debe extremar 3nuevamente su prudencia en el caso pues se trata, nada menos, que de entronizar a un tercero en el seno de una sociedad que, como auxiliar de la justicia que es, verá todo para informar a la autoridad controladora quien, a su vez, pondrá lo informado en conocimiento del cautelante a fin de que él proceda a voluntad.

Cuando se trata de intervención a una sociedad por petición de un socio, es menester que acredite cabalmente su condición de tal, que agotó los recursos acordados al efecto en el contrato social<sup>136</sup> y que ya haya demandado la remoción de los administradores de sociedad comercial<sup>137</sup> o de sociedad civil<sup>138</sup>.

## 2.3. La intervención administradora<sup>139</sup>

Ya se dijo en el punto 1 de este Capítulo, que esta variedad de intervención es la única que ostenta verdadera naturaleza cautelar pues posibilita el mejor funcionamiento de una sociedad intervenida.

136 A menos, claro está, que pueda sostener válidamente que el agotamiento de los recursos sociales hubiese resultado a la postre por completo ineficaz o que su porción del capital societario fuere infructuosa para la defensa de sus intereses.

137 Ver Ley nacional 19.550, art. 114: "El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción. El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo".

138 Ver Código Civil, artículo 1684: "Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción (del mandatario administrador) luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio, socio o no socio."

139 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a mantener el estado actual de una situación o de una cosa.

Consiste en el reemplazo provisional del administrador natural de la sociedad, asociación o ente colectivo por un funcionario investido al efecto por el juez con el cargo de *administrador judicial*. Como tal, el interventor no actuará como representante natural de la sociedad sino como mandatario del juez, quien le brinda todas las directivas del caso.

Dada la extrema gravedad de esta cautela, que desplaza a los normales administradores de un ente para colocar a otro en su lugar, se hace tolerable que la figura sea reemplazada por la de un *coadministrador* designado al efecto por el juez para actuar junto a quien ejerce la administración conforme al estatuto social.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención administradora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de toda cautela ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de la intervención administradora el conocimiento y la afirmación, por parte del cautelante, de la existencia de irregularidades graves en la administración de un ente colectivo, con lo cual se diferencia de la intervención controladora en tanto ella no exige la *gravedad* que sí requiere ésta.

b) *El supuesto consecuente*

Con esta intervención, el cautelante logra el desplazamiento del órgano administrador y su reemplazo por funcionario judicial.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención administradora*

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3. A lo allí expresado remito al lector.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, puntual referencia al tema relativo a la efectivización de este tipo de intervención: debe ser decretada con criterio particularmente restrictivo y en caso de extrema gravedad, cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante por quienes administran la sociedad comercial.

Conforme con ello, y a título de ejemplo, procede cuando:

- a) se lleva una contabilidad social de tal modo que se impide el derecho de control por parte de los socios ajenos a la administración;
- b) exista grave conflicto entre los socios que demuestre la pérdida de la *affectio societatis*;
- c) no se confecciona balance o no se convoca a asamblea a los socios;
- d) el presidente o alguno de los socios ha asumido de hecho y unilateralmente la administración social; etcétera.

Sin perjuicio de todo ello, parece claro que obvias razones aconsejan extender esta variedad de intervención a consorcios de propiedad horizontal y a bienes que se encuentran en condominio o en indivisión hereditaria.

## CAPÍTULO 11

### LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR<sup>140</sup>

Castizamente, *innovar* es introducir novedades en alguna cosa<sup>141</sup>, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Este tipo de cautela tiene su fundamento en la necesidad de mantener el estado actual de ciertas cosas o situaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas, de donde resulta la prohibición judicial al cautelado para innovar a su respecto o, lo que es lo mismo, la prohibición de efectuar actividad que pueda cambiarlas en detrimento del eventual<sup>142</sup> derecho del cautelante.

Veamos ahora los *presupuestos* de la prohibición de innovar: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de la prohibición de innovar la de que una de las partes en conflicto o en litigio pretenda avanzar sobre la otra mediante la alteración unilateral de la situación fáctica o jurídica de la cosa acerca de la cual se discute o discutirá, mediante la utilización de vías de hecho que ocasionen a quien las sufre un claro estado de desigualdad en el proceso ya pendiente o por ser incoado para resolver el litigio.

Los casos son simples: si alguien, por ejemplo, intenta por vías hechas la clausura de una servidumbre de paso para impedir al titular del fundo servido su paso por el fundo sirviente, puede llegar a colocarse en situación de ventaja para realizar cualquier tipo de negociación que conduzca, por ejemplo, a una eventual transacción, parece razonable que pueda impedirlo judicialmente hasta tanto se discuta acerca del derecho de efectuar el cerramiento; el actor sostiene que en un terreno propio su vecino pretende levantar una casa, a raíz de lo cual intenta impedir la obra hasta tanto se elucide de quién es la propiedad del terreno en discusión; etcétera.

b) *El supuesto consecuente*

Cumplida exitosamente la cautela, el cautelado debe abstenerse de alterar el estado de la cosa litigiosa so pena de incurrir en delito del derecho penal: *desobediencia judicial*<sup>143</sup>, gracias a lo cual el debate procesal se efectúa a partir de ella en términos de igualdad que no se hubiera conseguido sin la orden del juez emitida a tal efecto.

140 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a mantener el estado actual de una situación o de una cosa mientras se discute sobre ellas.

141 Palabra equivalente en el castellano corriente a *ente* o *ser* en lenguaje filosófico.

142 Advértase que el derecho aún es incierto. De ahí la referencia a la eventualidad.

143 Código Penal argentino, art. 239. “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal (texto conforme ley N° 23.077)”.

Por supuesto, la prohibición de innovar debe mantenerse incólume durante todo el tiempo que insuma la tramitación del litigio hasta tanto haya sentencia firme y ejecutoriada respecto de la pretensión que lo originó.

Cabe sostener final y enfáticamente, que esta cautela sólo puede tener como objeto la efectivización de una obligación de *no hacer* y de ninguna manera una de *hacer*, toda vez que mediante ésta no se preserva el estado de la cosa sino que necesariamente se lo cambia<sup>144</sup>.

c) *Los requisitos generales para decretar la prohibición de innovar*

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3, y a lo allí expresado remito al lector.

En otras palabras: destaco aquí que no guardo reservas para este caso respecto de la aplicación de los requisitos relativos al peligro en la demora y a la verosimilitud del derecho.

Y es que este tipo de cautela perturba grandemente la esfera de libertad de las personas y le prohíbe hacer ciertas cosas por la sola petición de alguien que afirma unilateralmente tener un derecho que aún es incierto.

Por eso, en preciso homenaje a ello, es que algunos códigos exigen, como requisito actual de ineludible cumplimiento por el juez actuante, que haya *proceso actual ya pendiente* (y no eventual) sobre la cosa respecto de la cual se dictará la orden de no innovar, pues las exposición de los hechos efectuada en la demanda (con mayor razón si ya existe contestación a ella) muestra mejor la verosimilitud del derecho en litigio y hace más tolerable la actuación cautelar de naturaleza unilateral.

Ello es plenamente exigible cuando se trata de atacar una actuación administrativa que, como tal, goza de *presunción legal de legitimidad*. De ahí que el juez deba extremar su cuidado para verificar la manifiesta arbitrariedad o ilegalidad del acto atacado a fin de impedir sus efectos por la vía de esta cautelar.

Pero hay un requisito más que es propio de esta cautela: aquí se exige además que, al momento de ser notificada al cautelado la correspondiente orden de no innovar, no haya procedido éste a efectuar con antelación a tal momento la innovación temida por el cautelante. Parece obvio que, en tales circunstancias, la orden no puede ser cumplida por ser ya de imposible acatamiento.

Sin embargo, si se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una nueva orden: la de poner las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre.

Para terminar: esta verdadera *innovación* que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de la cosa *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré luego en el Capítulo 20<sup>145</sup>.

144 Ya se verá oportunamente que ello ha generado otra suerte de cautela —recalco que no es tal sino ilegítimo anticipo de sentencia— que nada tiene que ver con la que aquí se trata.

145 No ignoro que parte de la doctrina sostiene lo contrario, al socaire de alguna antigua solución dada a caso excepcional por la Corte Nacional (ver, por ejemplo, *Fallos*, 252:336). Pero ello, a más de ser ilegítimo, aunque lo haya dicho el máximo tribunal (hoy podría sostenerse lo mismo al amparo de la justicia decisionista que hemos sabido conseguir), es completamente asistémico y descartable la solución como tal.

## CAPÍTULO 12

### LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR<sup>146</sup>

Es ésta una de las formas que puede exhibir la prohibición de innovar, que desde siempre refiere a alteraciones fácticas de cosas existentes en la realidad de la vida.

Pero cabe recordar ahora que recién expliqué que el alcance de tal prohibición puede referir también a lo jurídico y allí es donde, precisamente, encuadra esta particular prohibición: la de hacer determinados contratos respecto de ciertas cosas.

Por ejemplo, no vender, no gravar, etcétera, lo que muestra el carácter verdaderamente excepcional de la cautela en trato.

En tales circunstancias, parece obvio señalar que se aplican al caso todas las consideraciones vistas en el número precedente.

Finalmente: para hacer efectiva la cautela cuando refiere a contratos relativos a bienes inmuebles, debe ser anotada en la correspondiente repartición registral.

---

<sup>146</sup> Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a mantener el estado actual de una situación o de una cosa mientras se discute sobre ellas.



## CAPÍTULO 13

### LA ANOTACIÓN REGISTRAL DE LITIGIO PENDIENTE<sup>147</sup>

Conocida también desde antaño como *anotación de litis*, este tipo de cautela siempre se circunscribe sólo a *bienes registrables*, muebles o inmuebles, en tanto la pretensión que la origine tenga como consecuencia hacer una advertencia a eventual comprador en el correspondiente registro.

Veamos ahora los *presupuestos* de la anotación de litis: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de ésta la obtención de adecuada publicidad frente a terceros del litigio en el cual se ordena, a fin de que un eventual comprador de la cosa litigiosa conozca antes de adquirirla que su dominio es objeto de discusión entre el cautelante y el cautelado<sup>148</sup>.

b) *El supuesto consecuente*

Si la cautela funciona adecuadamente<sup>149</sup>, el cautelante podrá oponer al tercero comprador de la cosa litigiosa, y en su oportunidad, el eventual resultado favorable de la sentencia que obtenga respecto del bien registrable de que se trate. De tal forma, dicho comprador no podrá alegar entonces buena fe<sup>150</sup> frente a aquél para sostener, como tercero en el pleito, la inoponibilidad de tal sentencia.

c) *Los requisitos generales para decretar la anotación de litis*

Ya se han visto en general en el punto 3 del Capítulo 3, y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínsecos que mencionan nuestros códigos procesales en general. Quede en claro, así, que no cabe exigirlos en el caso.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, referencia puntual similar a la ya mencionada respecto de la prohibición de innovar. Su admisión exige la existencia de un proceso ya pendiente, lo cual descarta que pueda ser peticionada antes de ser presentada la demanda (cual ocurre en los casos de embargo e inhibición general de bienes).

---

147 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a mantener el estado actual de una situación o de una cosa mientras se discute sobre ellas.

148 De tal modo, cuando alguien quiere comprar un inmueble, por ejemplo, y estudia las condiciones de dominio de lo que desea adquirir, se enterará mediante el informe que emita el respectivo registro de que existe un pleito pendiente acerca de él.

149 Lo que significa que la anotación debe ser tempestiva y no ha de mediar error de información por parte del registrador, lo cual generará otro problema de responsabilidad.

150 Principio general estatuido en Código Civil, *artículo 2362*: “Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en los que la mala fe se presume”.

## CAPÍTULO 14

### LA PROTECCIÓN DE PERSONAS<sup>151</sup>

Esta antigua cautela se conocía en muchas leyes del pasado como *depósito de persona*. En una de sus varias acepciones, la palabra *depósito* significa la colocación de un bien o de un objeto de valor en guarda y bajo la custodia de una persona o de una entidad que debe responder de ellos. Por extensión, aunque equivocadamente, se denomina *depósito de persona* a la colocación que se hace de ella en lugar donde se la cuida. De ahí la corrección del empleo de la voz *guarda* que utilizan las leyes modernas.

Con mayor especificación, y con lo giros propios del pasado, esta cautela era mencionada legislativamente como *depósito de mujer casada en casa honesta*<sup>152</sup>.

Hoy, los códigos modernos consideran a este tipo de cautela como propio de un género mayor: el de *protección de persona*. Y así, la mayoría de las leyes vigentes refieren a la *guarda* o *internación* de:

- 1) mujer<sup>153</sup> que intenta o se propone intentar<sup>154</sup> o contra quien se ha deducido demanda de divorcio, de nulidad de matrimonio o querrela de adulterio<sup>155</sup>;
- 2) mujer menor de edad que intenta contraer matrimonio<sup>156</sup>, ingresar a comunidad religiosa o ejercer determinada actividad, todo en contra de la voluntad de los padres o tutores;
- 3) menores o incapaces que son maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a cometer actos ilícitos o deshonestos o reprobados por las leyes o la moral o que estén expuestos en virtud de ello a graves riesgos físicos o morales<sup>157</sup>;
- 4) incapaces abandonados o sin representantes legales o, teniéndolos, cuando ellos están impedidos de ejercer sus funciones<sup>158</sup>;
- 5) incapaces que están en pleito con sus representantes legales en tanto se controvierta en el respectivo litigio la patria potestad, la tutela, la curatela o los efectos de cualquiera de ellas;

151 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a proteger a las personas que litigan o que pretenden hacerlo.

152 Y tenía como destinataria a la mujer que deseaba entablar contra su marido demanda de nulidad de matrimonio o de divorcio.

153 Los autores en general admiten esta variedad de cautela –al igual que algunas leyes procedimentales– sólo respecto de mujeres y de menores. Pero nada empuja a generalizar el concepto para hacerlo aplicable a hombres, cuando ellos son la parte auténticamente débil del matrimonio desavenido. Recuerdo ahora haber actuado en un caso como el que relato: un hombre mayor, apocado y de tamaño muy pequeño, solicitó judicialmente su propio depósito al demandar por divorcio a su mujer por sevicias causadas por ella, fuerte de físico y de carácter irascible. ¡Y en el pleito se demostró que sus razones tenía..!

154 Ley 2393, de matrimonio civil, *art. 68* en anterior texto: "Puesta la acción de divorcio, o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez a instancia de parte decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción...". El texto actual de la misma norma, según reforma introducida por la Ley 17.711, dice: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal...".

155 Las leyes que esto disponen datan de época en la cual el adulterio era delito del derecho penal.

156 Conocido desde antiguo como *juicio de disenso*.

157 Ver, como ejemplo, leyes 10903 y 14394

158 Ídem.

- 6) hijos menores de un matrimonio en pleito de divorcio o separación<sup>159</sup>;
- 7) presunto insano que se considera peligroso para sí o sus semejantes<sup>160</sup>.

Aunque no se trata propiamente del caso en estudio, parece que sus condiciones deben ser extendidas a las hipótesis de guarda de *restos humanos* cuando se plantean pleitos entre familiares sobre el derecho a tenerlos o sobre dominio de sus tumbas<sup>161</sup>.

Veamos ahora los *presupuestos* del depósito de persona: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el Capítulo 2, es condición propia de la protección de persona la simple posibilidad de que corra peligro en su vida, libertad de actuar, salud o bienestar a raíz de un litigio en el cual se discuten o discutirán relaciones familiares o parafamiliares, que la experiencia recurrente demuestra que subjetivizan el debate hasta llegar a insospechados grados extremos.

b) *El supuesto consecuente*

Con la cautela se logra de inmediato sustraer a la persona que se guarda de presiones físicas o morales a que puede hallarse expuesta por parte de quien ejerce la patria potestad, tutela o curatela.

Con ello se logra, además, la plena libertad de actuar de quien ha sido protegido pues, al no convivir con quien puede causarle daño como consecuencia de la cautela, posibilita el desarrollo del proceso en términos de normalidad discursiva.

Además, muchas veces se consigue el mantenimiento de la paz familiar, lo cual es de la mayor importancia para la corriente doctrinal que integro y que sostiene que la finalidad principal de la actuación de los jueces es precisamente ésa.

En el caso de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, este supuesto lleva anejo el que deba hallarse lugar para que la mujer pueda vivir libre de presiones mientras dura el curso del pleito. A tal efecto, el juez debe determinar quién de los cónyuges ha de abandonar el domicilio conyugal.

c) *Los requisitos generales para decretar el depósito de persona*

Este tipo de cautela escapa a alguna de las condiciones generales del resto de ellas. Si bien deben respetarse –y aquí más que en todos los demás casos– los requisitos de *verosimilitud del derecho* y de la existencia de *peligro en la demora*, en las hipótesis en las cuales esta variedad de cautela refieren a las relaciones matrimonial y paterno-filial, se logra la natural y obvia consecuencia de instalar en ellas una profunda grieta afectiva

<sup>159</sup> Mientras dura el curso del pleito, es obvio que con alguien deben vivir. A este fin, el juez determinará a quién otorgará la guarda respectiva: alguno de sus padres, abuelos, etcétera. Debe tenerse presente que la ley de matrimonio civil, establecía en su *art. 68*: "Deducida la acción de divorcio o antes de de ella en casos de urgencia, el juez puede... determinar a quién corresponde la guarda de los hijos, con arreglo a las disposiciones de este Código..." A su turno, dicho Código establece en su *art. 206*, que: "Separados por sentencia firme, ... los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo...". Para tomar la decisión de otorgamiento de guarda, creo que es muy conveniente que el juez actuante oiga al menor al respecto, salvo caso de extrema urgencia y de grave peligro inminente para él.

<sup>160</sup> Ley 14.237, art. 70.

<sup>161</sup> Aunque no conozco ley que refiera expresamente al caso, antigua jurisprudencia nacional ha adoptado esta solución en la Argentina.

muy difícil de superar luego. De ahí que los jueces deben extremar su cuidado y prudencia al decretarlas.

A este efecto, creo que nada obsta a la protección que se pretende lograr con el depósito o la internación el que se acepte como requisito actual la realización de una breve audiencia previa de quien sufrirá sus efectos inmediatos, tanto como para que no se vea sorprendido con una inesperada orden de desalojo de su propio domicilio o con la noticia de que se rompe la unidad de la familia al tener que aceptar sin más la ingrata sorpresa de que una hija se aleja del hogar donde todos conviven hasta ahora.

También, debe ordenarse entregar a la persona depositada sus ropas, útiles y muebles de su uso o profesión y, también, que se disponga el pago de alimentos durante el tiempo de la guarda.

Finalmente, como requisito propio de esta especie de cautela se halla la *legitimación procesal* para solicitarla que, si bien en general es pública y corresponde a cualquiera persona de la comunidad, en los casos mencionados *supra* en el numeral 1), corresponde exclusivamente a la mujer menor de edad y, por supuesto, al ministerio público pupilar en su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces<sup>162</sup>.

---

162 Código Civil, *art. 59*: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación".

## CAPÍTULO 15

### EL OTORGAMIENTO DE CARTA DE POBREZA PARA LITIGAR<sup>163</sup>

Aunque las Constituciones en general de toda América aseguran el libre acceso de los particulares al servicio de Justicia<sup>164</sup>, en la Argentina de hoy y desde hace ya muchos años, tanto el Fisco nacional cuanto el provincial gravan el acceso al litigio por parte del actor civil<sup>165</sup> imponiéndole el pago previo de una tasa (*rectius est*, verdadero *impuesto* desfigurado con otro nombre) que, la mayoría de las veces, es muy alta y se erige a raíz de ello en un valla frecuentemente difícil de superar<sup>166</sup>.

Claro está, la perversión propia del siempre voraz apetito fiscal se disimula, para el ciudadano no advertido de ello, con el establecimiento de una excepción que confirma la regla: no paga tasa alguna *previa al ingreso* al litigio aquel a quien desde antaño se considera *pobre para demandar*, determinándose al efecto en las leyes algunas pautas que antes eran objetivas<sup>167</sup> y en la actualidad puramente subjetivas<sup>168</sup> para que el juez le otorgue la correspondiente exención mediante la graciosa<sup>169</sup> concesión del *beneficio de litigar sin gastos* o de la declaración judicial que establece que alguien es pobre para litigar.

Esta clara cautela que posibilita la defensa de los derechos de una persona, de la misma forma que lo hace su depósito o guarda, por ejemplo, no es legislada como tal por los códigos actuales, que la contemplan en la enumeración que hacen de los posibles *incidentes* en el capítulo referente a ellos.

Así legislada, la cautela ha perdido su carácter unilateral y se sustancia con audiencia del propio Fisco y de la persona contra la cual se litigará. Y esto por las razones que seguidamente se comprenderán.

También se verá que esa audiencia que ha previsto la ley para sustanciar el *incidente* (atención, que no la cautela) genera nuevo litigio que puede terminar con un perdedor que

163 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a proteger a las personas que litigan o que pretenden hacerlo.

164 Tal como ocurre con el servicio de policía, de bomberos, de salud, etcétera, respecto de los cuales a nadie se le ocurriría seriamente cobrar previamente una tasa o un precio a cambio de la respectiva prestación, ya que deben ser financiados con los impuestos que percibe el Estado al efecto.

165 Repárese en que no acaece lo mismo con el actor laboral cuando es obrero ni con el acusador penal. De donde resulta claro para el buen entendedor que es impuesto y no tasa...

166 Con lo cual se atenta contra la irrestricta vigencia de la Constitución en tanto allí se privilegia a la Justicia desde el mismo Preámbulo.

167 Por ejemplo, el CPC Santa Fe, establece en su *art. 332*: "Será considerado pobre el que acredite no poseer bienes por mayor valor de quince mil pesos ni renta mensual que exceda de dos mil..." Como se ve, y más allá de generar absurdamente una carga probatoria de imposible práctica (la de no poseer bienes), existe un mínimo de seguridad en cuanto a la objetividad del resto: el ingreso mensual del actor tiene un límite que, de ser superado, no permite el otorgamiento del beneficio.

168 Por ejemplo, CPC Nación, *art. 78*, establece: "Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso la concesión del beneficio de litigar sin gastos... No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia, cualquiera fuere el origen de los recursos".

169 Cosa que opera como el otorgamiento de una suerte de gracia (empleo *ex profeso* esta expresión pues, en la Argentina de hoy, obtener este beneficio es lograr una suerte de inmunidad tan privilegiada que muchas veces llega a convertirse en verdadera impunidad). Esto, que se acepta hoy sin mayores cavilaciones, no era así en cercano pasado, cuando la Justicia funcionaba mejor que ahora.

habrá de afrontar en su momento el pago de las costas procesales devengadas durante la tramitación del beneficio. Y esto perjudica al sistema pues posibilita la actuación de abogados inescrupulosos que pretenden percibir honorarios calculados como un incidente del pleito principal (con lo cual cobran más dinero) y no a base de lo que representa el pago de las tasas o impuestos de justicia (con lo cual cobran menos dinero).

A esto se suma el silencio del Fisco, que muchísimas veces no interviene para sostener su derecho a percibir impuestos de quien eventualmente será exento<sup>170</sup> pues, a la postre, será cobrado de cualquier manera de la otra parte procesal a consecuencia de que la obligación del hecho imponible *litigar* es solidaria entre todos quienes litigan. Con lo cual carece de interés al efecto.

En estas condiciones, a partir de la habitual piedad de algunos jueces decisionistas que, al actuar conforme con pautas puramente subjetivas, son proclives al otorgamiento amplio del beneficio, se ha generalizado la figura del *actor pobre para litigar*, sin que nadie haya reparado en las demás circunstancias [claramente ilegítimas] que rodean a esta cautela.

Para que se entienda la crítica que aquí hago, deseo que repare el lector en la denominación del beneficio, referido desde siempre a la *posibilidad de litigar sin pagar impuestos o tasas de justicia*<sup>171</sup> y no otra cosa (por ejemplo, costas judiciales). Que es lo más que el buen uso de la lógica acepta que pueda hacer el Estado, disponiendo al efecto de sus propias posibles rentas.

Pero lo que no puede hacer seriamente es afectar el bolsillo de otros ciudadanos y ordenar en consecuencia que sean ellos (los *otros*, nunca *nosotros*) quienes carguen patrimonialmente con el beneficio otorgado a los que litigan en su contra.

Y esto es lo que sucede gracias a la *solidaridad* impositiva: si no paga el actor, paga el demandado (y debe abonar *todo*, no *su parte*), de donde resulta que a la postre el Estado no renunció a nada y, simplemente, cambió la persona del contribuyente, agravando la situación de uno para beneficiar a otro<sup>172</sup>.

Esto parece grave y claro resabio del autoritarismo inquisitorial que se vive en nuestros países en materia procesal, por no comprender el legislador en qué consiste el principio de igualdad ya reiteradamente explicado en esta obra y dejado de lado en todos estos temas. Para que se comprenda cabalmente la afirmación: en el sistema inquisitorial la parte es nadie y, veces, la quincuagésima persona después de nadie, en razón de que todo funciona allí a partir del absoluto protagonismo del juez.

Estas apreciaciones vienen a cuento pues no hace demasiado tiempo se estableció en alguna ley que el simple patrocinio letrado del defensor general (como tal, integrante de la

170 En la Argentina, dejo a salvo la actuación de los abogados del fisco en el orden federal, que bien cuidan en este aspecto los intereses de la Nación. Lamentablemente, no ocurre lo mismo en varias Provincias.

171 Es decir, el Estado olvida por una vez su siempre voraz apetito fiscal para permitir el acceso al uso del servicio de justicia a quien no puede pagar su coste, que debiera ser desde y por siempre absolutamente gratuito en toda América latina, para responder cabalmente a los postulados de las Constituciones allí vigentes.

172 ¿Y la igualdad ante la ley? Advértase que pasa algo similar en los casos en los cuales no hay beneficio otorgado al actor: cuando le toca abonar su propia porción al demandado, jamás lo hace pues no le interesa instar su pleito. De donde tocará ahora al actor abonar lo adeudado por su contraria pues, de no hacerlo así, el pleito se paralizará por falta de pago de la tasa adeudada. Para mantener la igualdad constitucional, lo correcto en el caso sería vedar sólo el instar del demandado deudor y tolerar el del actor que ya cumplió con su parte de la obligación sin exigirle desembolso adicional alguno que es posible que jamás recupere... Por supuesto, estas consideraciones no pueden hacerse donde el acceso a la Justicia es gratuito o donde cada uno es responsable de sus propias cargas impositivas.

planta de funcionarios del Poder Judicial) permitía no sólo no pagar tasas o impuestos para litigar sino, también, *cautelar sin prestar la contracautela del caso*. Mientras eso se mantuvo así y dependiendo exclusivamente de la actuación de un funcionario judicial, no hubo mayores problemas en el desenvolvimiento de la actividad litigiosa pues, al fin y al cabo, era un funcionario del sistema quien hacía las comprobaciones y evaluaciones de rigor<sup>173</sup>.

Con posterioridad, un código procesal que hace gala del por mí siempre criticado solidarismo judicial, extendió tal *beneficio* (¡y vaya si lo es!) a quien obtenía su declaración de pobreza y, con ello, era patrocinado en sus pretensiones por *cualquier abogado* y no con exclusividad por el defensor oficial, como ocurría hasta entonces.

A partir de ahí se ha desquiciado en muchas partes<sup>174</sup> el sistema de enjuiciamiento en el cual imperaba la buena fe: cualquiera persona puede obtener hoy, en trámite sin contienda y viveza abogadil mediante, un beneficio de tal índole que le permite demandar gratis por la suma que se le ocurra, tenga o no razón para ello; no pagar costas si pierde el pleito por las extravagancias de su demanda y, además, embargar lo que quiera sin dar caución alguna para ello.

A consecuencia de esto, lo que debe ser simple aseguramiento de cobro para el eventual supuesto de ganar el pleito, se convierte en argumento de presión para forzar un pago que, alguna vez lo he visto, no se debía en la realidad de la vida (a este fin, basta con embargar por importante suma –recuérdese que es gratis y sin consecuencia negativa alguna– una cuenta corriente bancaria y, con ello, detener la operatoria de una empresa que puede caer en inmediata imposibilidad de pago<sup>175</sup>)<sup>176</sup>.

Hasta aquí se han visto los requisitos extrínsecos necesarios de existir al tiempo de otorgar la cautela peticionada judicialmente por el actor.

Empero, y aunque sea valor entendido en la doctrina generalizada que el otorgamiento de este tipo de cautela debe ser referido con exclusividad al actor –cual lo he hecho hasta ahora en esta obra<sup>177</sup>– nada empece a que sea otorgado también al demandado.

Y es que las leyes que refieren a él involucran siempre a *las partes* y no sólo a una de ellas, con lo cual parece claro que también puede beneficiarse con esta cautela el demandado que se concreta a contestar su demanda, sin deducir reconvencción<sup>178</sup>.

Esta solución es justa para el caso en trato pues se igualan de manera adecuada los derechos de las partes. Para empezar, si el actor no paga tasas de justicia, tampoco lo hará el demandado pobre y no, como ahora que, pobre o rico, debe cargar con el total de su importe gracias a la mal entendida solidaridad del tributo. Pero en tren de asegurar la paridad procesal, si el actor no paga costas tampoco lo hará el demandado en caso de perder, etcétera.

173 Téngase presente que en todas las leyes orgánicas se exige que el defensor oficial tome los recaudos necesarios para patrocinar un caso, a fin de no beneficiar indebidamente a quien puede solventar con su patrimonio los gastos propios de su defensa en juicio.

174 Por ejemplo, Santa Fe en Argentina.

175 En buen romance, esto es como darle navaja a un mono y dejarlo suelto en tienda de cosas cortables con algo filoso.

176 Deseo que, como corolario de todo esto, el lector llegue a admitir que la contracautela debe ser prestada siempre y en forma tal que las cifras por las cuales se otorga sean serias y acordes con la realidad. Volveré luego sobre el tema.

177 Lo cual surge implícitamente de la lectura de las normas respectivas en CPC Santa Fe. No es así en el CPC Nación, a tenor del texto de su art. 79, inciso 1).

178 Donde la vigencia del beneficio resulta obvia.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

Veamos ahora los *presupuestos* de la declaración de pobreza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

### a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de la declaración de pobreza el no tener bienes suficientes como para afrontar de inmediato y antes de comenzar el litigio o al tiempo de comparecer a éste, el pago de las tasas o impuestos judiciales.

No obstante ello, y como se verá seguidamente, los supuestos consecuentes no son coherentes con éste.

### b) *El supuesto consecuente*

Según ya ha sido visto precedentemente en la conceptualización de esta figura, el supuesto consecuente es de toda lógica: siempre se trata de litigar sin el pago previo de tasas o impuestos.

Empero, hay leyes –y esto sí que es variable y, por ende, contingente– que prevén otros supuestos: el de embargar sin el previo otorgamiento de la siempre necesaria contracautela y de no abonar costas procesales cuando ha sido condenado a oblarlas o de pagarlas pero hasta un cierto porcentaje en el caso de resultar ganador en el litigio.

### c) *Los requisitos generales para otorgar el beneficio de pobreza*

Surge de los precedentes párrafos que los requisitos *intrínsecos* para concederla, refieren a pautas o baremos para medir la situación patrimonial del solicitante del beneficio que se muestran con criterios que son:

- 1) *objetivos*<sup>179</sup>, en cuyo caso la respectiva petición debe ajustarse a ellos so capa de no ser otorgado y
- 2) *subjetivos*: la ley nada dice al respecto y deja librada a la *prudencia del juez* su otorgamiento o denegación<sup>180</sup>, mostrando con ello la posibilidad de ocurrencia de nueva arbitrariedad.

De la nómina de requisitos *extrínsecos* enunciados en general en el punto 3 del Capítulo 32.2.1., todas las leyes regulan:

- 1) la *competencia judicial*, al otorgarla al juez que ya conoce o debe conocer del asunto según la suma de pautas atributivas de su función;
- 2) la *oportunidad* para presentar la respectiva petición o acción procesal, con efectos diferentes según las contingencias legislativas: paraliza en algunos casos el curso de la pretensión principal hasta que el beneficio ostente pronunciamiento firme y ejecutoriado<sup>181</sup> o, en otros, toleran los avances del litigio, que corre paralelo al curso procedimental del beneficio<sup>182</sup>;

179 Por ejemplo, CPC Santa Fe. Ver nota 167.

180 Ver nota 168.

181 Ver CPC Santa Fe, art. 333: "La solicitud podrá formularse en cualquier estado del proceso. Si lo fuere antes o simultáneamente con la demanda, suspende el curso de ésta. Caso contrario, proseguirán los procedimientos...".

182 CPC Nación, art. 83: "Hasta que se dicte resolución, la solicitud y presentaciones de ambas partes estarán exentas del pago de impuestos y del sellado de actuación. Estos serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación. El trámite para obtener el beneficio no suspenderá el procedimiento, salvo que sí se solicite al momento de su interposición".

3) la *contracautela* no es exigida pues en la idea original de su otorgamiento, no se afectaban intereses diferentes a los del Estado beneficiario del cobro de las tasas.

Tal vez la ausencia de este requisito es lo que ha impedido ver a la doctrina la naturaleza cautelar de esta figura.

Pero tal ausencia no empece a la exactitud de lo aquí afirmado: también se cautela sin prestación de contracautela cuando se embarga preventivamente entre cónyuges, comuneros, socios, etcétera; ídem cuando se ha obtenido una sentencia favorable o se parte de un título ejecutivo; ídem en el supuesto de asunción de representación procesal de pariente ausente, etcétera, etcétera.

Como se ve, no es un requisito de constante exigencia para el otorgamiento de todas las cautelares.

## CAPÍTULO 16

### EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS<sup>183</sup>

Se entiende por *fianza* la obligación que una persona contrae cuando se compromete a responder por otra y, por extensión, lo que se deja en garantía del cumplimiento de una obligación.

Este tipo de cautela se emplea desde muy antiguo, tanto en lo civil como en lo penal.

Ejemplos de lo primero pueden ser vistos en los casos de:

- 1) fianza *a las resultas del juicio*<sup>184</sup>;
- 2) fianza *de estar a derecho*<sup>185</sup>;
- 3) fianza *de arraigo* dada por el demandado<sup>186</sup>;
- 4) fianza *depositaria*<sup>187</sup>;
- 5) fianza *de restitución*<sup>188</sup>;
- 6) fianza *con información de abono*<sup>189</sup>;
- 7) fianza *de pago de eventuales costas procesales*<sup>190</sup>.

Ejemplos referidos a lo penal pueden ser vistos en los casos de:

- 1) fianza *carcelera o de cárcel segura*<sup>191</sup>;
- 2) fianza *de calumnia*<sup>192</sup>;

- 
- 183 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a proteger a las personas que litigan o que pretenden hacerlo.
- 184 Conocida —junto con las dos mencionadas seguidamente en el texto— como *fianzas del haz* (porque antiguamente se constituían juntas en juicio, lo que a la idea de *haz: conjunto*), esta fianza refiere a la obligación que un tercero constituye ante el juez asumiendo el pago del monto de la condena si el demandado no lo abona.
- 185 La obligación que asume un tercero para dar seguridad a un juez de que el demandado asistirá al juicio y no usará de dolo. En Roma se denominaba *cautio de iudicio sisti* y el fiador se comprometía a hacer venir al demandado en el plazo concedido al efecto por el juez so capa de perder el monto afianzado (en lo penal, es similar la *fianza carcelera*).
- 186 La seguridad que da el demandado de responder a las resultas del pleito, hipotecando o dando bienes a embargo en la cantidad que se le demanda o presentando fiador lego, llano y abonado que se obligue a pagar lo que fuere sentenciado y condenado. Esto es tan antiguo que así se disponía en el Fuero Real, en las Leyes de Toro y en la Novísima Recopilación. Hoy no se encuentra legislada.
- 187 La obligación en que uno se constituye de tener ciertos bienes en calidad de depósito a disposición del juez, sea para cubrir con ellos alguna deuda propia o ajena, sea para restituirlos a otro acreedor de mejor derecho en caso de haberlos recibido en pago de algún crédito. El monto de la fianza debe guardar relación con el valor de las cosas depositadas.
- 188 Conocida antiguamente también con la denominación de *fianza de la Ley de Toledo* (por haber sido instituida por los Reyes Católicos en Toledo el año de 1480), es la seguridad que tiene que prestar en juicio ejecutivo el acreedor a quien se hace pago de la deuda con el producto de los bienes ejecutados, obligándose y dando fiador que se obligue a restituir con el doble, *por pena a título de intereses*, en caso de que se revoque la sentencia. Con diferentes variantes de contenido, hoy está vigente en la mayoría de los códigos y luego será explicada en el texto.
- 189 La que se constituye con designación de bienes y seguridad testimonial de que éstos son propios del obligado, libres y suficientes para satisfacer al objeto que la motiva; de modo que la información de abono viene a ser un *afianzamiento de la fianza misma*.
- 190 Conocida en el Derecho Romano con la denominación de *cautio pro expensas*, ésta es un tipo de fianza que rige en la actualidad y que consiste en la seguridad que, a petición del demandado, debe darle el actor de que le abonará las costas del pleito en caso de resultar perdedor en la sentencia que resuelva el litigio.
- 191 Es la obligación en la que un tercero se constituye ante el juez para garantizarle que, dejándose en libertad al reo, le hará volver a presentarse en la cárcel siempre que así se le ordene. Este tipo de fianza está plenamente vigente en materia penal. Aquí el fiador toma el nombre de *carcelero comentariense*.
- 192 La que se exige del acusador con el fin de que si procede con malicia y no justifica el delito que imputa al acusado, no quede impune ni el acusado sin indemnización.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

3) fianza *de seguridad de la vida*<sup>193</sup>;

4) fianza *de saneamiento*<sup>194</sup>.

Actualmente, este tipo de cautela en trato se presenta

- a) *en lo civil*, para responder a algunas necesidades de quien ostenta procesalmente el carácter de:
  - a.1) *demandado*, para:
    - A) podergozar de la defensa de un pariente en caso de estar ausente del lugar del pleito (*cautio de rato et grato*). Y
    - B) para asegurarse el pago de costas de las cuales puede ser acreedor eventual (*arraigo*);
  - a.2) *actor*, para poder ejecutar de inmediato una sentencia que ha sido apelada y la impugnación concedida con efecto suspensivo.
- b) *en lo penal*, para asegurar la comparecencia de un imputado que se halla en libertad cuando el juez ordena su presencia en el tribunal

Las explico.

### 1. El otorgamiento de fianza para asegurar la defensa útil por un pariente de quien ha sido demandado en juicio

La figura se conoce desde antaño con la denominación de *cautio de rato et grato* y consiste en la autorización legal para que un pariente<sup>195</sup> de demandado civil ausente del lugar del juicio asuma su representación procesal por un cierto plazo y sin necesidad de acompañar mandato al efecto, prestando la fianza destinada a cubrir el daño que podría surgir de la falta de ratificación de su actuación por el representado.

Veamos ahora los *presupuestos* de este tipo de fianza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

#### a) *El supuesto precedente*

El caso es muy puntual: un demandado a base de pretensión no penal se encuentra ausente del lugar del juicio (*del país*, expresan algunas legislaciones que tratan el tema) y un pariente dentro de ciertos grados de parentesco decide asumir su defensa en el pleito, postulando por él cual si fuere su mandatario. Ello, a efectos de que el ausente no entre en situación de rebeldía, con los riesgos que ello puede aparejar en ciertas leyes procedimentales.

#### b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, el pariente comparece, contesta la demanda, ofrece medios de confirmación, etcétera, cual si fuere el demandado, con lo cual éste no cae en estado de indefensión en momento alguno.

193 Denominada *non offendendo* en el Derecho Romano, es la que se exige cuando alguno se queja de que otro le amenaza de muerte o teme que le arme asechanzas a su vida.

194 Legislada en la *Novísima Recopilación* (Ley 23, Tít. 28, Libro 21), es la que da el deudor ejecutado por su acreedor, aunque tenga bienes, para evitar que se le ponga preso (obviamente, en tiempos de aceptarse la prisión por deudas).

195 Casi siempre se trata de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

c) *Los requisitos generales para aceptar la defensa por un pariente*

En el caso, los requisitos están contenidos expresamente en las leyes:

- 1) el demandado debe estar ausente del lugar del juicio al tiempo de tener que ejecutar un acto procedimental determinado;
- 2) el pariente debe comparecer al efecto acreditando debidamente su situación de parentesco dentro de los grados que autoriza la ley;
- 3) debe prestar fianza adecuada y suficiente para asegurar el pago de los eventuales daños que provoque su actuación para el supuesto de que ella no sea ratificada por el demandado dentro del plazo establecido por la ley al efecto.

## 2. El otorgamiento de fianza para asegurar el cobro de costas eventuales

El caso se conoce desde antaño como *arraigo* o *arraigo del juicio por el actor* (recuérdese que antes se vio el arraigo del juicio por el propio demandado) y se encuentra habitualmente legislado dentro de la nómina de los incidentes (*rectius*, de los *accidentes*) o en la de las excepciones procesales.

Una de las acepciones del vocablo y que sirve para explicar su significado en el campo de la asignatura, refiere al establecimiento de una persona en forma permanente en un lugar, vinculándose de tal modo con las personas y cosas de allí. Esta idea es la que sirve a las diferentes legislaciones para normar sus variados casos<sup>196</sup>.

Tal como se lo conoce en América, el *arraigo* consiste en la prestación de una caución<sup>197</sup> otorgada por el actor para asegurar al demandado el pago de las costas causadas a raíz del pleito en el caso eventual de que triunfe en el litigio.

Veamos ahora los *presupuestos* del arraigo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia del arraigo que un demandado en pleito de carácter civil<sup>198</sup> a base de pretensión declarativa<sup>199</sup> tramitada mediante un procedimiento adecuado a ella<sup>200</sup>, no conozca bienes al actor como para poder embargar oportunamente, llegado el caso de tener que percibir de él las costas causadas a su instancia. Cuando existe conocimiento cierto o presunto al respecto, el arraigo resulta improcedente<sup>201</sup>.

196 Por ejemplo, hay leyes que exigen que el actor resida en el lugar o en el país donde se radica el pleito para poder actuar en él sin necesidad de prestar fianza. Otras, en cambio, requieren que el actor tenga bienes registrables en el lugar del pleito o, más laxa y simplemente, que tenga bienes aunque no sea registrables.

197 Este tipo de caución viene del derecho romano, donde se denominaba *cautio pro expensis*.

198 No penal ni laboral ni contenciosoadministrativo.

199 No ejecutiva. Y ello en razón de que el derecho que se afirma para incoarlo está predeclarado por la ley o por una sentencia judicial, de donde resulta que no hay en el caso la incertidumbre acerca del resultado que puede generar en el ejecutado la expectativa de ganar el juicio.

200 En los lugares donde se legisla al respecto, son los juicios ordinario, sumario, sumarísimo, arbitral oral y verbal de menor cuantía. Habitualmente, las leyes prohíben la interposición de arraigo en los dos últimos, so pretexto de que el juicio sumarísimo y el verbal se dedican a pretensiones de escaso valor económico y de que al arbitraje se llega siempre por vía convencional.

201 Por ejemplo, CPC Santa Fe, art. 330: "No procederá el arraigo cuando: 1) el demandante poseyera bienes suficientes para pagar las costas o el demandado se allanare a la demanda en cantidad que permita satisfacerlas; 2) la demanda fuere impuesta por vía de reconvencción; 3) el actor hubiese sido declarado pobre para litigar, por resolu-

## LAS CAUTELAS PROCESALES

En algunas legislaciones el tema es menos duro: sólo se exige que el actor no tenga su domicilio en el lugar del pleito (lo que significa, precisamente, *estar arraigado*) aunque no se le conozcan bienes.

### b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, interpuesto, contestado y resuelto por el juez el tema, el actor debe garantizar la eventual obligación otorgando fianza suficiente al efecto<sup>202</sup>. Ello servirá para que el hoy demandado pueda reclamar oportunamente al fiador, y como actor, el reintegro de todo lo abonado en concepto de costas devengadas en el pleito en el cual se originó la caución.

### c) *Los requisitos generales para ordenar el arraigo del juicio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

- 1) debe tratarse de pretensión declarativa;
- 2) tramitada en juicio ordinario o sumario;
- 3) el actor no debe estar exento por virtud de autorización legal de prestar arraigo; y
- 4) establecido su monto, debe otorgarse ante el tribunal la caución por la suma respectiva dentro del plazo legal o judicial acordado al efecto.

## 3. El otorgamiento de fianza para posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada

El caso se conoce desde antaño como *fianza de restitución*<sup>203</sup> y se encuentra habitualmente legislado dentro de la normativa propia del juicio ejecutivo<sup>204</sup>.

Consiste en la prestación de una fianza que otorga el ejecutante a cuyo favor se ha dictado sentencia de remate impugnada por el ejecutado mediante recurso de apelación concedido con efecto suspensivo, con la finalidad de lograr el cambio de tal efecto y, a consecuencia de ello, poder ejecutar de inmediato la sentencia aún no ejecutoriada<sup>205</sup>.

Veamos ahora los *presupuestos*: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

### a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de esta fianza que el ejecutante con sentencia favorable desee ejecutarla de inmediato y antes de que alcance efecto ejecutivo, como consecuencia de la

---

ción firme anterior a la oposición del arraigo; 4) el demandante sea una entidad con personería jurídica, domiciliada en la provincia, que por la ley o sus estatutos tenga objetivos sociales sin ánimo de lucro.

202 Si la fianza no se presta en el plazo que fijan las leyes al efecto, caduca el proceso. Lo cual es muy duro y permite la coexistencia de situaciones de extrema desigualdad, toda vez que –como ya se ha visto– no arraiga quien es asistido por el Defensor General y quien ha sido declarado pobre para litigar. Si bien se mira, se trata de otro modo tolerado por la ley y la doctrina que entorpece el acceso a la Justicia, tema que es hoy la *vedette* de los desvelos académicos argentinos. Pero, además y singularmente, se ha entronizado actualmente en la reina de todas las chicanas procesales, pues no hay pleito declarativo que tramite por la vía ordinaria en el cual no se oponga arraigo como artículo previo, modo evidente de dar alongaderas a su desarrollo.

203 Ver nota 189.

204 Por ejemplo, CPC de Santa Fe, Argentina, *art. 484*: "En el juicio ejecutivo solamente serán recurribles las sentencias... El recurso contra la sentencia procederá en efecto suspensivo, a menos que el actor preste fianza suficiente para responder al resultado del pleito. En este caso, se sacarán las copias necesarias para la ejecución y se elevarán los autos al superior".

205 Cosa que sería imposible sin esta caución.

sentencia de alzada que se dictará oportunamente a raíz de la impugnación interpuesta por el ejecutado.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, y otorgando la fianza del caso, el ejecutante puede continuar con las instancias propias de la ejecución (remate, suscripción de escritura, entrega de cosa determinada, etcétera)

c) *Los requisitos generales para ordenar la caución de restitución*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

- 1) debe existir sentencia de remate impugnada por el ejecutado;
- 2) concesión con efecto suspensivo del recurso del caso<sup>206</sup>;
- 3) la fianza debe otorgarse en autos por el monto de la acreencia respectiva, incrementada con sus accesorios y una cantidad prudentemente apreciada para responder a los eventuales daños que todo ello pueda producir.

#### **4. El otorgamiento de fianza para asegurar la comparecencia a juicio de reo penal**

Conocida desde antiguo con la denominación de *fianza carcelera*<sup>207</sup> es la que un tercero otorga en garantía de que un reo penal puesto en libertad por el juez actuante comparecerá ante él cada vez que se lo cite a cualquier efecto.

El supuesto precedente y los requisitos de esta cautela surgen claros de su propia conceptualización. No ocurre lo mismo con el supuesto consecuente, que consiste en la pérdida para el fiador de la suma afianzada en caso de incomparecencia del citado.

---

206 Puede tratarse del de apelación o del de nulidad, cuando éste procede autónomamente en la respectiva legislación.

207 Ver nota 192.

## CAPÍTULO 17

### LAS CAUTELAS QUE PROTEGEN LA PRODUCCIÓN ANTICIPADA DE MEDIOS DE PRUEBA<sup>208</sup>

Este tipo de cautela, no habitual en el pasado relativamente reciente, está constituido por la *producción anticipada de ciertos medios de confirmación procesal* que el cautelante intenta realizar de inmediato y, a veces, aun antes de demandar, pues podrían perderse con el paso del tiempo, volviéndose así de difícil o de imposible producción cuando se abra el estadio procedimental respectivo<sup>209</sup>.

En esta hipótesis imagino, por ejemplo, la necesidad del actor de contar con un documento que puede desaparecer apenas el futuro o actual demandado advierta que es la prueba terminante de un pretendido derecho (piénsese en el secuestro de una historia clínica en pleito de responsabilidad por mala praxis médica o en la necesidad de verificar una circunstancia que puede cambiar andando el pleito, etcétera).

De la misma forma, hay leyes que permiten un *adelantamiento temporal*<sup>210</sup> en la realización de un medio de confirmación cuando alguien corre el riesgo de verla frustrada por el paso del tiempo: es lo que ocurre en CPC Santa Fe, art. 273<sup>211</sup>, que admite producir antes de tiempo declaraciones de testigos, informes periciales, comprobaciones judiciales, etcétera.

Como se ve, estoy hablando siempre de *prueba anticipada*, concepto que difiere esencialmente del de la *prueba preconstituída*:

- a) la *anticipada* es *siempre* de carácter procesal, pues se produce ante el juez que ya conoce o que ha de conocer en la causa litigiosa y debe respetar los requisitos que seguidamente se expondrán;
- b) la *preconstituída* no es de carácter procesal pues se hace *siempre* con prescindencia del proceso y, por tanto, antes de que sea incoado y, a veces, sin que nunca sea menester usarla.

208 Ya se ha visto *supra* que este tipo de cautela tiende a proteger a las personas que litigan o que pretenden hacerlo.

209 Por ejemplo, CPC Santa Fe, art. 272: "Sin perjuicio de las medidas autorizadas por el art. 390 (son las que toleran la preparación de un juicio ordinario), los que sean o vayan a ser partes de un proceso y tengan motivos para temer que la producción de las pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, podrá solicitar el aseguramiento de dicha prueba". En términos similares, pero genéricamente, norma CPC Nación, art. 232: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

210 Anterior a la promoción de la demanda o, ya deducida ella, a la de la ocasión procesal para producir el medio de que se trate.

211 Su texto dice: "Igualmente, cuando por cualquiera circunstancia alguna persona se halle en peligro de perder su derecho si no se admite desde luego la verificación de un hecho, podrá producir sumaria información de testigos, prueba pericial y, cuando existiere urgencia de comprobar el estado de lugares o de cosas o la calidad de esta últimas, también solicitar una inspección judicial. Todo con citación de la persona a quien haya de oponerse o del ministerio fiscal en caso de no ser posible el comparendo de aquella con la urgencia del caso".

Esto se ve claro con sólo recordar los medios de acreditación procesal: por ejemplo, la escritura pública efectuada *ad probationem* (prueba preconstituida), que nunca servirá en un proceso si la obligación que allí se instrumenta es oportunamente cancelada por el deudor.

Atención ahora: en todos los casos, y para que el resultado del respectivo medio de confirmación tenga eficacia probatoria al momento de ser sentenciada la pretensión a la se refiere, debe mediar adecuada y plena bilateralidad de la instancia confirmatoria respecto de *todos los interesados* en ella.

A consecuencia de esto, debe estar presente en el acto de la producción del respectivo medio no sólo quien puede ser beneficiado con el resultado confirmatorio sino también, particular y muy especialmente, quien ha de sufrir los efectos contrarios de él.

Sin embargo, hay ocasiones en las que la extrema urgencia del caso hace que materialmente no exista el tiempo útil para hacer las citaciones del caso.

De la misma manera, otras veces ocurre que el actor tiene fundado motivo para creer que quien puede llegar a sufrir los efectos adversos del resultado confirmatorio, hará todo lo necesario para evitar su realización o, más aún, que destruirá lo que es necesario conservar.

Previendo tales situaciones, los códigos que se ocupan del tema posibilitan el despacho inmediato de la medida confirmatoria sin la previa o contemporánea audiencia del que resultará afectado por ella y, en su lugar, se establece una intervención previa del ministerio fiscal (ver nota # 212) que es por demás inútil (pues no puede subrogar a la parte, a la cual es por completo ajeno) y que en nada mejora la situación de aquél.

Pero esto es *verdadera excepción*: debe hacerse así sólo cuando las circunstancias del caso lo hagan menester, por carencia de tiempo o, principalmente, para evitar destrucción de pruebas. Y no en otra ocasión, cual se hace a menudo en Argentina por interpretación extensiva de esa subrogación fiscal que acabo de criticar.

En esa tónica se ve que, en la realidad judicial de todos los días, ocurre lo que aquí he apuntado: los jueces autorizan habitualmente la producción *unilateral* de muchos medios de confirmación<sup>212</sup> so pretexto de que así lo permiten las leyes inquisitoriales<sup>213</sup>, cuando las circunstancias del caso revelan con sencillez y prontitud que no hay peligro alguno en demorar la realización de una prueba durante el tiempo necesario para hacer las notificaciones del caso y, más aún, cuando es imposible revertir anticipadamente el resultado que se procura: es lo que acaece, por ejemplo, en las *actas notariales de constatación fuera de juicio*<sup>214</sup> que se confeccionan al solo pedido de quien intenta beneficiarse con su resultado y a espaldas de quien ha de sufrir los efectos contrarios de lo tan irregularmente producido.

Y, con ello, por ejemplo, se intenta mostrar que hay una pared que tiene manchas de humedad o que se ha abierto una grieta en una medianera, etcétera.

212 Recuérdese que la regla es la bilateralidad.

213 Tan divorciadas desde siempre de la idea de *debido proceso constitucional* que se defiende en esta obra.

214 A las cuales son tan afectos muchos abogados argentinos que, alguna picardía mediante (ya que no se puede aceptar buenamente la notable ignorancia que ello conlleva), intentan producir unilateralmente prueba que creen concluyente para la oportuna estimación judicial de la pretensión procesal que deducirán en su momento. Y esto, claro está, lo hacen al socaire de la actuación de notarios que desconocen la clara ineficacia procesal de sus "constataciones", en las cuales explican exacta y detalladamente sólo lo que el requirente de la "prueba" desea hacer constar...

De tal forma, no sólo se introduce una prueba ilegítima sino que, al momento de sentenciar, muchos jueces la valoran asertivamente maguer que todo se hizo a espaldas del demandado, cuya debida citación no hubiera provocado la desaparición de la humedad o evitado la grieta...

Finalmente: las leyes que autorizan la subrogación de la parte por el fiscal, insisten incoherentemente en que debe notificarse a él -y no a la propia parte- el resultado del medio producido. Es lo que ocurre en CPC Santa Fe, art. 274<sup>215</sup>, cuya inconstitucionalidad sostengo por tolerar una clara ruptura de la igualdad procesal, pues nada obsta a que se dé al interesado la participación hasta ahora negada pero *luego* de haberse producido el medio confirmatorio cuya producción se temía que evitara.

Hechas estas necesarias aclaraciones, veamos ahora los *presupuestos* de la confirmación anticipada: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de este tipo de cautela que quienes son partes en un proceso o han de serlo en el futuro, teman que algún medio de confirmación con el que estiman necesario tener para la adecuada defensa de sus derechos litigiosos, se haga de difícil o imposible producción por el mero transcurso del tiempo.

Piénsese por ejemplo en la necesidad de contar con el testimonio de persona de muy avanzada edad, o gravemente enferma, y cuya declaración puede ser crucial en un litigio ya incoado (pero que se encuentra aún lejos del momento de la producción de medios de confirmación) o que se intenta incoar o que se teme se incoe. También en la hipótesis de que alguna persona se halle en peligro de perder un derecho si no se admite la inmediata verificación de un hecho, que puede confirmarse en su existencia con peritos o con testigos.

Sólo a este tipo de fuentes de confirmación puede ocurrirse en el caso de la cautela en trato. Se descarta así que un instrumento<sup>216</sup>, un monumento<sup>217</sup> o un documento<sup>218</sup> que no puede ser destruido ni ocultado por la parte contraria a quien eventualmente perjudicará, por ejemplo, pueda ser objeto de este tipo de cautela.

De la misma forma, la absolución de posiciones del futuro demandado, sólo prevista en las leyes con carácter de *medidas preparatorias de juicio declarativo* y para excepcionales respuestas tendientes a verificar la legitimación o calidad con las cuales actúa.

215 Su texto dice: "Producida la prueba, en un término prudencial que señalará el juez, se dará traslado a la parte que hubiera sido citada o al agente fiscal para que manifiesten si tienen algo que observar. Evacuada la vista y producida la prueba de tacha, en su caso, a cuyo efecto el juez fijará el término que crea conveniente, se archivará el expediente sin dictarse auto alguno sobre su mérito".

216 El *instrumento* es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. El concepto está estrechamente ligado a la *fe pública* y, por ende a lo que es fehaciente.

217 El *monumento* es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento mediante formas o figuras a las cuales la ley o la costumbre les asigna un significado preciso. A diferencia del instrumento y del documento, puede no ser escrito y generalmente no lo es.

218 El *documento* es el medio de acreditación mediante el cual se representa por escrito la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

### b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita y verificados los requisitos del caso, el juez debe ordenar la producción del medio ofertado al efecto. Y en tanto se rinda con perfecta bilateralidad de la audiencia, tendrá eficacia confirmatoria al momento de sentenciar.

### c) *Los requisitos generales para ordenar la producción anticipada de un medio confirmatorio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

- 1) debe existir serio peligro objetivo de pérdida de un derecho o de un medio o fuente de confirmación;
- 2) debe darse plena audiencia o posibilidad cierta de ella a quien es o ha de ser parte contraria en el litigio en el cual se hará valer su resultado confirmatorio.

No son requisitos en el caso los relativos a la verosimilitud del derecho y a la contracautela.

## CAPÍTULO 18

### LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL PROCESO PENAL<sup>219</sup>

Es valor entendido por todos y desde antaño que el desarrollo íntegro de un proceso penal que se realiza según los parámetros propios del método inquisitorial (en el cual el proceso es *medio de investigación*) y con los así llamados por los penalistas: principios<sup>220</sup> de oficiosidad<sup>221</sup> y de legalidad<sup>222</sup>, que luego de ser iniciado el juicio debe asegurarse su continuación y terminación con la privación de la libertad del imputado quien, detenido al efecto, no puede eludir la actividad judicial seguida en su contra<sup>223</sup>.

Y así, maguer el claro *estado de inocencia* que declara como base misma del sistema la propia Constitución, quien se encuentra sospechado o imputado de la comisión de un delito que puede merecer en su momento pena privativa de la libertad es *detenido* y, muchas veces, por larguísimo tiempo.

Esta constitucionalmente injustificable detención se intenta justificar desde la doctrina con variados argumentos a más del ya expuesto de asegurar el desarrollo del proceso: asegurar a la sociedad que el presunto delincuente no vuelva a delinquir, evitar la fuga del sospechado y, con ello, que obvie su presencia en el proceso en el cual se lo investigará, etcétera.

Y cuando refiero a la detención propiamente dicha, el lector deberá pensar también en todos sus sucedáneos: imposibilidad de salir del domicilio, de visitar algún lugar específico, de ver a alguna persona en concreto, etcétera.

El problema se agrava notablemente cuando, cual ocurre en muchos de nuestros países, no hay lugares de detención específicos y propios para quienes son sospechados y, como tales, sujetos a proceso.

Singularmente, estos detenidos *por las dudas y a las results de la investigación*, ingresan a establecimientos carcelarios que deben tener sólo una población de condenados por sentencia y en los cuales purguen sus penas<sup>224</sup>.

Y con ello se hace una mixtura de clara ilegitimidad pues se da a los procesados el mismo tratamiento que a los condenados.

Y nadie podrá negar que ésta es la tónica actual, en la cual la prensa amarilla postula que todo imputado debe estar preso, lo antes y durante todo el tiempo posible.

Si todo esto se mira desde la óptica del sistema acusatorio, se comprende fácilmente

219 Como se verá en el texto, esto no ha sido, no es, ni será jamás una cautela de nada.

220 Ya se ha dicho varias veces en esta obra que no son propiamente principios sino simples reglas de juzgamiento.

221 Según el cual los delitos se investigan como actividad propia del oficio judicial, sin esperar el pedido de parte al efecto.

222 Según el cual se investigan *todos* los presuntos delitos, sin hacer distinción alguna entre ellos. Ya se sabe que esto ha sido la razón primordial del fracaso de la justicia penal en todas partes y, particularmente en la Argentina, donde desde hace años se ha suplantado de hecho esta regla por su contrapartida: la de la *oportunidad*, gracias a la cual la investigación se hace *selectivamente*.

223 Esto es de singular importancia dentro del sistema inquisitorial cuando rige en países que no aceptan la realización del juicio penal en rebeldía.

224 En notable estudio analítico realizado por el ILANUD hace algunos años, se demostró cabalmente que más la de la mitad de la población carcelaria que sufre prisión en los países de la región ¡son presos sin condena! ¿Y ningún constitucionalista se rasga las vestiduras?

## LAS CAUTELAS PROCESALES

que es un claro dislate: a guisa de qué debe estar detenido –y, a veces, por años– quien es constitucionalmente inocente?

¿Se advierte que esta *detención cautelar* no es otra cosa que un *adelanto de la pena* que el detenido puede no llegar a merecer jamás si no se prueba procesalmente la comisión del delito imputado?

Creo firmemente que, en tiempos de vigencia del sistema acusatorio, esta *rara cautela* es ilegítima y que habrá que repensar detenidamente todo el tema y discutirlo con seriedad para ver si se mantiene y, en su caso, determinar cuáles deben ser las condiciones necesarias para ordenar una restricción a la libertad, máximo valor constitucional para el individuo de a pie que debe sufrir cansina y resignadamente el autoritarismo que se ha entronizado en América desde hace siglos.

## CUARTA PARTE

### EL ANTICIPO JUDICIAL DE LA PRESTACIÓN DEMANDADA

#### CAPÍTULO 19

#### NATURALEZA JURÍDICA

Ya adelanté algunas ideas respecto de este tema en el Capítulo 1 de esta obra.

Dije allí, y lo reitero acá por simple prolijidad expositiva, que sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar* en el exacto sentido que ha presidido la explicación dada *supra* sobre el tema, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo<sup>225</sup>. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dure la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el fin al del pleito<sup>226</sup>.

Idéntica solución anticipada brinda desde antaño el *interdicto de obra nueva*<sup>227</sup>.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

Dije también en el Capítulo 1 que, a partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser una inadmisibles y peligrosísima discrecionalidad judicial, toda vez que una actuación de este tipo se realiza a base de pautas puramente subjetivas y, como tales, difíciles o imposibles de controlar por el afectado.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina en las leyes como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

225 CPC de Santa Fe, art. 391, establece: "Si se tratare de servidumbres prediales establecidas por la ley cuyo ejercicio fuere urgente, el juez lo autorizará de inmediato y con carácter urgente, a solicitud del actor y previa fianza que éste prestará por la suma en que aquél estime prudencialmente los perjuicios y el costo de reposición de las cosas a su estado anterior en caso de ser desestimada la acción".

226 La ley 2393, de matrimonio civil, establecía en su art. 68: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez... fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos...". El art. 232 del CC norma con texto similar.

227 Establece Código Civil, art. 2499: "Habrá turbación de la posesión cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sea de la clase que fueren, la posesión de éste sufriende un menoscabo que cediese en beneficio del ejecutante de la obra nueva". Y el art. 2500 agrega: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio y que a su terminación se mande a deshacer lo hecho".

## LAS CAUTELAS PROCESALES

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas “cauteladas”: por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de *las medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena, pero sin la anterior y necesaria bilateralidad del que debía sufrir su resultado<sup>228</sup>.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos *anticipos de sentencia*, hizo que se les aplicaran sin más, errónea y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia)<sup>229</sup>.

Y, así fue que, a raíz de esto, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

Adviértase la extrema gravedad de lo recién afirmado: para lograr los objetivos que el constituyente ha detallado con prolijidad en el Preámbulo (entre ellos, afianzar la justicia y lograr la unión nacional, con lo que ello implica de paz social), la norma cúspide del sistema consagra expresos derechos que ninguna ley inferior puede desconocer. Entre ellos, el de la *inviolabilidad de la defensa en juicio* (repárese que la frase alberdiana es mucho más decidora que el sintagma *debido proceso* utilizado habitualmente por los juristas, y que se utiliza respecto de varios derechos constitucionales: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, etcétera.

Y precisamente para asegurar el cumplimiento de tales derechos, otorga a los particulares una expresa y extrema garantía: la del proceso judicial llevado en igualdad de condicio-

228 En rigor de verdad, esto es una auténtica exageración del legislador procesal argentino, enrolado en la corriente decisionista. Adviértase que uno de los primeros códigos que se ocuparon del tema fue el del Brasil (diciembre de 1961) que, en el Capítulo IV referido a los *procedimientos cautelares*, establece en su *art. 399* bajo el título de *Providencias cautelares no especificadas* que “Cuando alguien, antes de ser propuesta la demanda o ya estando ella pendiente, mostrare fundado recelo de que otra u otras personas causaren lesión grave o difícilmente reparable a su derecho, y si el caso no pertenece a alguno de los procedimientos regulados en este capítulo, puede requerir las providencias adecuadas a la situación, principalmente autorización para la práctica de determinados actos, la intimación para que el demandado se abstenga de cierta conducta o la entrega a un tercero en calidad de depositario de los bienes muebles o inmuebles que constituyen el objeto de la pretensión”. Pero atención: dicha norma debe ser interpretada y aplicada en el marco legislativo en el cual se halla inserta. Y, así, será aplicable al caso el *art. 384* en cuanto “El procedimiento cautelar siempre es dependiente de una pretensión que tenga por fundamento el derecho cautelado...” (con lo cual se descarta la medida autosatisfactiva que luego trataré) y el *art. 400*, que dice: “El requirente ofrecerá prueba sumaria del derecho amenazado y justificará el temor de sufrir lesión”. Sin perjuicio de ello, continúa el artículo: “El tribunal oír al demandado si la audiencia no pusiere en riesgo el objeto de la providencia impetrada...”, de donde la norma es la audiencia previa salvo caso excepcional. Ya se verá cómo la excepción se ha hecho norma en la Argentina y en los países que han seguido su ejemplo.

El CPC Perú toma posición similar pero inserta la “cautela” en otro contexto interpretativo. Establece el *art. 629* que “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la sentencia definitiva”, en términos más o menos reiterativos de lo dispuesto en el *art. 618*: “Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* tendientes a evitar un perjuicio irreparable o a asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”. Y, ello, en el marco que brinda el *art. 637*: “La petición cautelar será concedida o rechazada *sin conocimiento de la parte afectada*, en atención a la prueba anexada al pedido... Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien *recién podrá apersonarse al proceso* e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo”. Ya se comprenderá, al estudiar cómo funciona la *impugnación procesal*, que esta norma es perversa y claramente violatoria del derecho de defensa en juicio. ¿Se comprende ya el fundado tenor de la crítica que aquí se hace a este código que violenta derechos por doquier?

229 Por supuesto, hablo de la generalidad de los códigos del pasado: hoy ya hay muchos que legislan correctamente el tema, con una parte general que alcanza a todas las posibles cauteladas.

nes<sup>230</sup> frente a un *tercero imparcial*<sup>231</sup>.

Como es de total obviedad, el proceso exige bilateralidad *previa* a la sentencia o no es proceso. Y eso significa audiencia de quien habrá de sufrir los efectos de la decisión judicial.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica que debe regir en la especie.

Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata pues, caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos.

Teniendo esto en mira, ha sido el propio legislador quien, desde antaño, se ha preocupado por proveer tales soluciones. Y nunca ley alguna del pasado dejó en manos de los jueces realizar tal proveimiento<sup>232</sup>.

Con mayor razón deben estar vigentes estas ideas a partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al *anticipo de solución judicial* las exactas características de todas las cautelares procesales y, particularmente, la de la *unilateralidad*.

A base de tales circunstancias, cuando actualmente se adelanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate.

Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente puede perderse (el del alimento anticipado, por ejemplo) y el que de seguro se perderá (el de defensa en juicio), debe prevalecer éste, de claro rango superior en el orden constitucional<sup>233</sup>.

Surge de todo esto que la legislación debe brindar una solución adecuada a las circunstancias.

Es más, desde que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearan, y cuando ya está definitivamente instalada en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver la totalidad de problemas habidos y por haber, aun los que definitivamente son *no justiciables*, se tornará muy difícil –por no decir imposible– retornar a soluciones verdaderamente sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de *anticipo cautelar*.

De ahí entonces que aquí se postule que todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de necesaria e imprescindible audiencia previa pues nada molesta al efecto y no se vulnera la garantía máxima representada por el irrestricto mantenimiento del método de debate entre sujetos igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador. En buen roman-

230 Esta igualdad ante la ley consiste sólo en el aseguramiento de la bilateralidad del instar. De modo que todo lo que una parte procesal diga debe ser puesto en conocimiento de la otra, para diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

231 Como dice expresa y singularmente la actual Constitución italiana.

232 Por la obvia razón de que pueden ser apasionados. Y ya decía Aristóteles que la ley sólo es la razón libre de pasiones.

233 Hay Constituciones que han hecho una suerte de *ranking* de valores fundamentales. Y así, colocan en primer lugar y como valor supremo a la *vida* y, después de ella, al valor *libertad*. Y esto resulta de extrema razonabilidad pues sin libertad no hay vida que merezca la pena de ser vivida. Por debajo de la libertad, un valor único: el de la inviolabilidad de la defensa en juicio o del *debido proceso*, pues sin él no hay defensa posible de la libertad y, por cierto, de otros valores de rango inferior: la *propiedad*, la *intimidad*, el *domicilio*, etcétera.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

ce, esto significa algo así como idear trámites hartos breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas.

### 1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial

Según puede colegirse a partir de lo precedentemente expuesto, hay anticipos previstos en la ley (legales) y propios de la actividad de los jueces aunque no estén autorizados en la ley (judiciales).

#### 1.1. Los anticipos legales

Dentro de este grupo enumero a la *prestación de alimentos y de litis expensas*, a la *apertura de servidumbre de paso* y a la *clausura de la obra nueva que perjudica a un vecino*.

Todos ellos han sido antes mencionados con precisa cita de la norma legal aplicable. Al respectivo texto me remito ahora.

#### 1.2. Los anticipos judiciales

Dentro de este grupo enumero a los *poderes cautelares genéricos* y, a consecuencia de ellos, a la *orden de innovar en la situación jurídica actual* y a la *sentencia autosatisfactiva*.

Todo esto será tratado en los Capítulos que siguen.

## CAPÍTULO 20

## LOS PODERES CAUTELARES GENÉRICOS

Con carácter normativo relativamente reciente, algunas leyes han establecido que: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes<sup>234</sup>, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”<sup>235</sup>.

Creo que el origen de ello está en el art. 700 del CPC italiano de 1940<sup>236</sup>, respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria de entonces fue pacífica<sup>237</sup> en el sentido de que normaba –y norma– acerca de un *poder supletorio* respecto de las cautelas previstas en la ley<sup>238</sup>.

Y ello es obvio desde que debe aceptarse razonablemente que el legislador no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar, no obstante que la solución hermenéutica<sup>239</sup> debe pasar siempre por la reconversión del caso para hacerlo encuadrar en alguna de las cautelas legisladas detalladamente en todas las leyes actuales<sup>240</sup>. Y con tales alcances, la norma puede resultar buena y eficaz.

No obstante, en la actualidad se ha desvirtuado su contenido merced a la incesante prédica del oficialismo procesal argentino, que ha ido mucho más allá y le ha otorgado alcances

234 Cuando esto aparece en la legislación, se sitúa siempre al final del capítulo dedicado a las medidas cautelares, lo que ha originado alguna crítica autoral.

235 Texto del art. 232 del CPC Nación. El CPC Perú, mucho más inquisitivo que el argentino, establece en su art. 629: “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”. Como se ve, pura subjetividad que repugna al garantismo procesal. Pero CPC Perú va más allá todavía: en el art. 618 establece que: “Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”.

236 Su texto dice: “Dei provvedimenti d’urgenza”. 700: “Condizioni per la concessione. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. Este texto se reproduce en el CPC de Jujuy (que tanto lo siguió), art. 279: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las medidas urgentes que, según las circunstancias del caso, sean más aptas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

237 Y en eso han coincidido en el pasado los grandes tratadistas que se ocuparon del tema: Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Labor, 1936, T. I, pág. 764; Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, T. III, pág. 281; Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, EJE, 1972, pág. 230; Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Temis, 1977, T. V, pág. 124; etcétera.

238 Y no, tal como lo postula importante doctrina argentina, al sostener que debe ser exactamente al revés. Es decir: la regla es el poder cautelar y los casos legales son meros ejemplos enunciativos de ella. Ver Rivas, Adolfo, *Medidas cautelares*, Lexis Nexis, 2007, pág. 399.

239 Con las reglas generalmente aceptadas para interpretar la normativa procesal, tal como las que marca CPC Santa Fe, art. 693: “En caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen la materia procesal”.

240 Por ejemplo, y tratando de hacer regla general a partir del caso excepcional, De Lázzari, Eduardo, (*Medidas cautelares*, 2ª. ed. Platense, 1994, T. I, pág. 576), menciona la *aptitud general de la tipificación existente pero su insuficiencia en el preciso caso planteado*: embargo de bienes por un reclamo de daños y perjuicios careciendo el presunto acreedor de la prueba documental que exigen los arts. 209, 210 y 211 del CPC Nación. Fenochietto-Arazi, *CPC Nación comentado y concordado*, (2a. ed. Astrea, 1993) citan la *inexistencia de cautelar específica* en función de lo que debe ser cautelado; y ejemplifican con el caso de la petición de que el secretario del tribunal firme los libros de comercio de una de las partes para evitar que se modifiquen sus asientos, sin advertir que se trata de un simple caso de intervención judicial en los libros del deudor. Etcétera.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

que jamás tuvo. Ni siquiera en la legislación italiana del '40.

Y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse *solución jurisdiccional anticipada* so pretexto de una *tutela judicial efectiva*, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso *poder cautelar genérico*.

A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces-académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas “medidas cautelares” que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: refiero acá a la *medida innovativa* y a la *medida autosatisfactiva*, con las cuales se han cometido variados y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva.

En ese orden de ideas, y haciendo uso de supuestas conclusiones<sup>241</sup> de congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial.

Y así, tal doctrina se ha enseñoreado en la actualidad argentina. Basta ver, por ejemplo, el texto del 177 del Código Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse cuenta de ello<sup>242</sup>.

Con la aceptación generalizada de todo ello, lograda merced a su constante prédica, ya es normal aceptar como *medidas cautelares* las ya mencionadas *medida innovativa* y *medida autosatisfactiva*, de las cuales me ocuparé seguidamente.

241 Que desde siempre se ignora quién las hace y que jamás se votan públicamente.

242 “Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, *aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*”. ¿Puede decirse seriamente que esta norma legisla una cautela o, por lo contrario, un claro adelanto de sentencia hecha en terreno cautelar y, por ende, sin sustanciación previa? ¿Se advierte cómo y cuánto hemos perdido la noción del proceso como garantía constitucional?

## CAPÍTULO 21

### LA ORDEN DE INNOVAR EN LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Ya mencioné en el Capítulo 10 el significado de la palabra *innovar*: introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Tal conceptualización parece lógica si se la vincula con una prohibición de efectuar cambios en la realidad social, tal cual lo legisla desde antaño casi toda la normativa procesal, pues su fundamento último se halla en la necesidad de mantener la situación actual<sup>243</sup> de ciertas cosas o relaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas.

Al especificar los requisitos de la prohibición de innovar, referí que uno de ellos –de la mayor importancia– era el de que al momento de trabar la cautela, el cautelado no hubiera ya innovado en la situación de hecho vigente pues, de ser así, sería de imposible cumplimiento la orden respectiva.

Por eso es que aclaré que si tal cosa ocurre y se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una *nueva orden*: la de reponer las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre. Y ello, agregado ahora, entraña una verdadera *innovación* que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de cosas.

Pero atención: todo esto *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré seguidamente.

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

En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión.

Para ello, algunas leyes<sup>244</sup> toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando:

243 *Statu quo*: estado de cosas en el momento de que se trata.

244 Por ejemplo, CPC La Pampa 231, cuyo contenido se consigna en el texto.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

- 1) existe verosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias*<sup>245</sup>;
- 2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable tal*<sup>246</sup> que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría;
- 3) se efectivice la contracautela suficiente<sup>247</sup>;
- 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva<sup>248</sup>.

Y la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que “la decisión no configurará prejuzgamiento”<sup>249</sup>.

Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible –algunas veces, *sine die*– la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial<sup>250</sup> y que genera más descrédito en el sistema de justicia.

Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva.

Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio*.

Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*.

Ello es una muestra más de anterior afirmación: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema.

Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela.

Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua.

Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una pseudo cautela.

245 ¿Cómo puede hablarse de *mayor verosimilitud* que en cualquiera otra cautela cuando la prueba para lograr la convicción del juez se ha aportado sin audiencia y control de quien ha de sufrir los efectos de tal “medida”?

246 ¿Cuándo existe urgencia impostergable tal que sea menester obviar el derecho de defensa en juicio? Descarto que habrá algún caso excepcionalísimo que no puede ser base de una norma de carácter general que, desinterpretación mediante, puede ser utilizada para muchos otros fines...

247 Aquí se ve claramente cómo se confunde *lo cautelar* con *la anticipación del resultado de un litigio*.

248 ¿Es acaso posible ello? ¿No es precisamente de eso lo que aquí se trata?

249 ¿No parece un claro desatino decir que no ha prejuzgado el juez que, valorando la extrema verosimilitud de un derecho y calificando de impostergable la urgencia al resolver un caso, lo ha hecho a voluntad y oyendo una sola de las posibles campanas?

250 Muchos son los casos que pueden ser mencionados con sólo ver alguna de las obras que se han publicado sobre el tema y en las cuales se intenta hacer regla general de lo que a todas luces es excepcional excepción.

Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna<sup>251</sup>. Con excepción, por cierto, del CPC del Perú<sup>252</sup> y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

---

251 Incluso en el *Código Modelo* realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que plasmó como *Código General del Proceso* para la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982): basta leer el texto del art. 317 de este último para advertir de inmediato el exceso normativo del legislador argentino.

252 El texto de su art. 682: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a *reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda*. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley". La pregunta que ya mismo se impone es: ¿qué medida prevista en la ley permite adelantar el contenido de una sentencia antes de ser oída la parte afectada por ella?

## CAPÍTULO 22

## LA SENTENCIA AUTOSATISFACTIVA

Ya he mencionado en el punto anterior que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales*<sup>253</sup> que se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.

Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente*<sup>254</sup> y de *les lettres de cachet*<sup>255</sup> que se expedían en el siglo XV, ha instalado –primero en la doctrina

253 La falsedad que apunto en el texto es obvia: lo constitucional se opone a lo inconstitucional; la eficiencia a la ineficiencia. ¿Cómo es que puede sostenerse válidamente que lo constitucional –léase *la garantía del proceso*, que asegura la vigencia del derecho de todo ciudadano a gozar de una inviolable defensa en juicio– no debe tomarse en cuenta y puede ser soslayado si el cumplimiento de los trámites que ello implica es moroso debido a la ineficiencia de los hombres que manejan el sistema?

254 El sintagma *indicio vehemente* aparece en el Concilio de Tarragona (1242) para permitir lograr la convicción de los juzgadores respecto de los sospechosos de herejía.

255 Relata Michel Foucault (en *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, Barcelona, 1995, pág. 17), que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente las entonces conocidas como *lettres de cachet* que expedían unilateralmente los comisarios de policía ante el solo pedimento de alguien con la influencia necesaria para ello, y que caían como un rayo sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de decisionismo policial. Por ejemplo, ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera. Ya se verá más adelante en el texto que esto no se diferencia en lo más mínimo de las actuales medidas autosatisfactivas, pues ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual.

Ya he dicho en anterior ocasión (*El debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003) que cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, los jóvenes abogados —impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general— se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la *autosatisfactividad*. Pero todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial.

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que la está ocupando otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente* de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio del tenedor. Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierte que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable– cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibles en cuestiones de fondo. Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía –por buenos y justicieros que estos pudieren ser– en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

y luego en algunas normativas vigentes— las llamadas *medidas o sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad pero sin darle la más mínima audiencia previa pues se actúa en sede puramente cautelar.

Justo es reconocer que los autores que pontifican acerca de la bondad de estas *medidas* han advertido los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, ahora, aceptan bilaterarizar algunas veces el instar, como se verá seguidamente en el texto. Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto y está seriamente cuestionada por los defensores del *garantismo procesal*<sup>256</sup> académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial<sup>257 258</sup>.

---

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas: la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera; la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados —casos *no justiciables*— en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado; el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

256 No debe confundir el lector el tan denostado por la prensa diaria *garantismo progre*, que postulan algunos filósofos del socialismo de centro izquierda actualmente de moda en muchos de nuestros países y que se circunscriben a abogar a favor de toda suerte de minoría que tenga o represente alguna diferencia (racial, sexual, social, patrimonial, carcelaria, etcétera) respecto de los estándares de los grandes conglomerados nacionales, con el *garantismo constitucional* que aquí se muestra, mediante el cual se trata de respetar en todo y cualquier caso el texto de la Constitución nacional y de sostener a ultranza los derechos y garantías en ella acordados.

257 Actualmente han llegado a predicar que ya es hora de abdicar para siempre de la aplicación de la ley y aconsejan que los jueces se manejen con puros principios que ellos mismos definen y usan a voluntad. En el campo penal se va aún más lejos: pregonan la necesidad de suplantar con tales principios a todo tipo penal, que debe ser derogado pues se ha convertido en valla insalvable para que los jueces apliquen sus criterios de justicia... ¡Y pensar que hay quienes aplauden estas ideas..!

258 Esta dicotomía actual ha logrado aparecer porque, por un lado, existe una decidida vocación popular (producto de la inseguridad reinante en nuestros países y sostenida por numerosos medios de comunicación) que pregona la necesidad de otorgar un castigo ejemplar e inmediato: encarcelar ya mismo y para siempre a quien es sospechoso o imputado de haber cometido delito (aunque así no se haya declarado en juicio y sentenciado con fundamento en ley anterior al hecho del proceso), matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, etcétera. Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidarista* (la solidaridad se brinda desde el tribunal —que no desde la ley— hacia el pueblo sufriente en general) y procura que los jueces sean cada vez más activos, más comprometidos con su tiempo o con una ideología política determinada o, más simplemente, con la Verdad y la Justicia. Así, ambos con mayúscula.

A tal punto llega esa vocación que, en la actualidad, muchos magistrados ya no se sienten vinculados al orden jurídico vigente sino que pretenden actuar como los antiguos pretores, haciendo literalmente lo que quieren y con prescindencia de los textos legales preexistentes.

Muestra acabada de lo que aquí se dice se observa hasta al hartazgo en la prensa escrita y televisiva: en los dos últimos años no ha pasado semana sin que sea noticia una actitud judicial referida —en la enorme mayoría de los casos— a lo que desde siempre se calificó como *materia no justiciable* (repárese, por ejemplo, en el decisionismo judicial que impidió durante mucho tiempo el normal desarrollo del fútbol argentino...).

En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden jurídico vigente en el Estado en tanto se adecue en plenitud con las normas de esa misma Constitución. En otras palabras: se concibe un juez empeñado en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y, entre ellas y particularmente, la que refiere a *la inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Consecuentemente, el así llamado *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces — insisto en que deben estar comprometidos sólo con la ley— declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas *otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados* y resguardando la igualdad procesal con imparcialidad funcional, a fin de lograr el fin último de su actividad: dar certeza a las relaciones conflictivas para mantener la paz social y la adecuada convivencia entre los hombres.

Ello es particularmente así en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale

para todos pero, muy especialmente, para quienes más lo necesitan: los sometidos a juzgamiento.

CPC Corrientes, art. 785: "Medidas autosatisfactivas. Caracterización. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial in-mediate, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente, y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia".

Adviértase que en este régimen absurdo el juez puede prescindir de la contracautela (...podrá...dice la norma) y, en su caso, limitar su vigencia...

CPC Chaco. art. 232 bis: "Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valorada motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- "a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal;
- "b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución no cautelada requerida (¿?), no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- "c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas; no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- "d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído (atención: lo que es clara regla constitucional se ha convertido aquí, por arte de birlibirloque, en excepcional excepción);
- "e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso con efecto devolutivo o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

"Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de contracautela suficiente".

CPC Formosa, art. 232 bis: "Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas.

"Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- "a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal;
- "b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelada requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- "c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- "d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído.

"El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación, que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de cautela suficiente".

Los transcribo: art. 302 del CPC: "Amparo. Será aplicable el procedimiento sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que encuadre en las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional y las que contenga la Constitución Provincial"; art. 201 del CPC: "Caducidad. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible, no se interpusiera la demanda dentro de los diez días de su efectivización. Las costas y los daños perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa...".

Y, así, el fin justifica los medios... ¡Viva Maquiavelo!

Y esta es una de las grandes ventajas de esta novedad, según lo indican sus propiciadores, que ven en ellas una suerte de sinceramiento de una situación hipócrita, toda vez que vienen a suplir una simulación procesal (la de "inventar" un juicio meramente declarativo o uno de amparo con la sola finalidad de obtener el dictado de una

## LAS CAUTELAS PROCESALES

cautelar anticipatoria de sentencia) y evitan la promoción de un pleito que queda vacío de sustancia litigiosa. Esta afirmación encierra un claro sofisma: es cierto que en muchos juicios de amparo o demandas mere declarativas, cuando es despachada una cautela y ella supone un anticipo de la tutela judicial perseguida, el actor pierde interés en continuar el pleito. Empero, nueva y equivocadamente, se mira sólo a la figura del actor. El demandado no pierde interés en seguir discutiendo el fondo del litigio pues, precisamente, si obtiene el rechazo de la pretensión caducará la medida cautelar que lo grava. Si, en cambio, el demandado nada hace, habrá operado una suerte de allanamiento o transacción que, en los hechos, termina con el pleito... ¡enhorabuena que ello ocurra! ¿A qué lamentarse de ello? ¿Cuántos pleitos "se mueren" por las negociaciones de las partes? Lo que de ninguna manera puede decirse, sin más, es que el pleito quede "sin sustancia litigiosa" o "pierda toda razón de ser". El autoritarismo que exuda semejante postura es a todas luces reprochable: se cree dogmática e indiscutidamente en la razón que esgrime el actor y se asume, igual de dogmática e indiscutidamente, que el demandado nada tendrá que decir (¿!).

De creación jurisprudencial y luego de larga evolución preñada de idas y vueltas de los jueces y de los legisladores, el amparo tiene hoy status legal en todas partes en la República Argentina, a partir de dos precisos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a sendas peticiones de habeas corpus: el caso Siri, del 27.12.57 y el caso Samuel Kot S.R.L., del 5.9.58. Conforme a la ley nacional N° 16.986, el amparo es la pretensión dirigida "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus". Si bien se mira, la idea comprende las instituciones de injunción y de mandamus legisladas desde antaño en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, arts. 26 y 27. No obstante que el caso Siri amparó contra acto de particular y no de autoridad, la ley antes señalada lo circunscribió a éstos. Recién a partir de la ley N° 17.454 (CPC de la Nación Argentina) se introdujo, por influencia de insistente doctrina autoral, el amparo contra actos de particulares de la siguiente manera: "Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procedimientos establecidos en este Código u otras leyes".

Amparar es proteger, ayudar, favorecer, defender.

El habeas corpus se encuentra legislado en la ley nacional N° 23.098, cuyo art. 3 establece: "Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1) limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de juez competente; 2) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso, si lo hubiere". A su turno, el art. 4 dispone: "Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; 3) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas; 4) el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional".

El hábeas data se encuentra legislado en la ley nacional N° 25.326 cuyo art. 1 dispone que "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que, sobre las mismas, se registren de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables en cuanto resulten pertinentes a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periódicas".

Si bien se mira, todos los supuestos mostrados como ejemplares por la doctrina que alaba a las medidas autosatisfactivas, encuadran cabalmente en alguno de los tipos de amparo recién mencionados en el texto.

En alguna ocasión he mencionado a los jueces que, para soslayar su intervención en un amparo, siempre urticante en épocas relativamente recientes y que no deben ser olvidadas, utilizaban una suerte de *ius cuperandi*, gracias al cual siempre encontraban motivos para declararse incompetentes o para rechazarlos liminarmente so pretexto de las más variadas razones: falta de agotamiento de las instancias previas, existencia de otras vías procesales aptas al efecto, vencimiento de los plazos acordados por la norma respectiva, etcétera.

Creo necesario finalizar reiterando algunos argumentos que hacen a la esencia de la posición aquí adoptada, relativos a la inaudencia del demandado. Y lo hago seguidamente en nota y no en texto para no fatigar en demasía al lector.

Adelanté ya que la admisión de las «medidas autosatisfactivas» supone, directamente, la supresión del régimen constitucional-procesal vigente.

Y es que cuando el derecho no viene "pre-declarado" (como en los títulos ejecutivos) sino que, por el contrario, hay que "declararlo" por medio de un proceso de conocimiento, ello sólo puede lograrse por el juez escuchando previamente a ambas partes.

En un proceso de conocimiento el juez no sabe (¡no puede saberlo!) si le asiste derecho al actor que lo invoca.

Si con sólo escuchar al actor le concede la razón, ese juez sólo por azar habrá acertado en la solución del litigio, nunca con algún fundamento jurídico...

La versión que brinda el actor, la prueba que él puede arrimar, en definitiva, el "tañido de la campana que él mismo bate", no es más que eso: la presentación de los hechos desde su óptica, desde su parcialidad, desde su subje-

Es indudable que, al amparo de la doctrina oficial del procesalismo civil argentino, se imponen las tesis decisionistas, cuando ocurre exactamente lo contrario entre los procesalistas penales.

Y tal situación revela la existencia de un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce filosófico doctrinal: *en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal*.

Teniendo eso en cuenta, las llamadas *medidas autosatisfactivas* vendrían a ser una manifestación más de este propiciado *autoritarismo judicial*, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil.

Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los CPC de Corrientes, art. 785, Chaco, art. 232 bis y Formosa, 232 bis.

Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en común una redacción castizamente horrorosa, que hierde al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos.

También se encuentran legisladas y –justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación– en el CPC de La Pampa, art. 305, que transcribo para la mejor ilustración del lector:

“Medidas autosatisfactivas. Quien se encuentre en la situación prevista en el art. 302 de este Código, la que la modifique y sustituya y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz.

---

tivismo.

Sin escuchar al demandado, sin darle audiencia para que rebata y pruebe en contra, ese juez no puede (sino como producto de un simple voluntarismo y de una absoluta arbitrariedad) saber si un derecho es “fuertemente verosímil”. Si lo considera así es porque, precisamente, el monólogo –que no el diálogo– pudo haberlo llevado a esa conclusión.

La “fuerte verosimilitud”, la “probabilidad cierta”, la “irreparabilidad del perjuicio” deben necesariamente contrastarse con la versión, con la certeza y con el propio perjuicio irreparable de quien en los hechos viene oponiéndose a la pretensión del actor.

¿A santo de qué negarle su *day in court*? ¿Por qué esta renuncia a una conquista que se logró luego de siglos de lucha denodada?

El derecho de fondo lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, de forma, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo. El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Y ese derecho procesal “garantista” es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos.

Las ideas de imparcialidad e imparcialidad del juzgador, de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión desde el poder, termine por proponer que un bien de la vida pueda ser otorgado sin escuchar a aquél a quien ha de arrebatárselo...

Estamos retrocediendo a lo más oscuro de la historia jurídica so pretexto de brindar una supuesta justicia rápida y eficiente (refiero al singular sistema que usaba el Juez Bridoye para resolver sus casos: los sometía a la suerte de los dados...).

Por eso es que aquí se exige denodadamente la plena vigencia del derecho de audiencia, consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados con la denominación de derecho inviolable de defensa en juicios mediante el uso de una dialéctica del proceso supone que la audiencia implica igualdad de las armas que esgriman las partes: si el actor afirma y prueba, el demandado debe poder contradecir y confirmar su defensa.

El oponente del demandado es el actor, no el juez; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

“Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

“El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.

“Cuando sea posible la sustanciación previa y brevemente con quien corresponda.

“Al decretar la medida el juez podrá:

- “a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinar cuál ha de ser su vigencia;
- “b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen.

“A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el art. 201.

“El legitimado para oponerse a la medida podrá:

- “a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente;
- “b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo;
- “c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo;
- “d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso”.

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una especie de un género que de ordinario se denomina tutela urgente o tutela anticipada que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente al actor) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia.

Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por quienes afirman el desconocimiento –por vías de hecho o de derecho– de lo que jurídicamente les corresponde.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es, más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético. Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia impostergable para jueces, le-gisladores, abogados y auxiliares.

Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas idóneas a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se puede calificar de idóneas a las medidas autosatisfactivas? ¿No será peor el remedio que la enfermedad?

Afirmo decididamente que no son idóneas, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método) .

Se postula desde antaño por los jusprivatistas que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo.

Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término, es otro instrumento. En rigor, el instrumento del instrumento.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su existencia, validez, extensión y duración.

Pero la novedad de este particular y exótico tipo de “cautela” estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia “cautelar” que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha “sentencia”, como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios.

En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor . Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del art. 232 bis de los CPC Chaco y de Formosa (ver notas 261 y 262) cuando ambos expresan que “no rigen en la materia los principios de instrumentalidad...”

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

- a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.
- b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la sospecha o el indicio vehemente que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.
- c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional.

## LAS CAUTELAS PROCESALES

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto: adviértase que sólo se le permite:

d.1) pedir suspensión de la orden judicial pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

d.2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum apelatum, tantum devolutum* y *no reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del iter del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del controlador es sensiblemente menor que la del controlado);

d.3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen del art. 18 de la Constitución Nacional;

d.4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya declarados o derechos por declarar pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí critico.

Lo notable de este absurdo pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación del art. 18 de la Constitución Nacional.

Conforme a lo que llevo dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas “medidas anticipativas”.

Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos de conocimiento

(en los que es necesaria una declaración del derecho que asiste al pretendiente), debe transitar la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los especiales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el amparo.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que –a cambio de la moneda tiempo (“oro”, como expresaba Couture)– estamos garantizando la audiencia, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Esa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas auto-satisfactivas, nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el debido proceso constitucional, preciosa e in-suprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución francesa.

Aunque reiterativamente, cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al derecho de audiencia prometido a ambos litigantes, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental.

Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado *inaudita et altera pars*.

Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la síntesis entre una tesis y una antítesis sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba.

En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas “medidas”, lo primero – y lo único – a tener en cuenta es la necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes y las autosatisfactivas están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdida del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ése, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida cautelar? ¿No sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del proceso de amparo? ¿Puede hablarse de juicio ordinario en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducir las aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos verdaderamente excepcionales, con verdadero riesgo de frustración de un derecho, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras

## LAS CAUTELAS PROCESALES

garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: amparo y sus diversas variantes, habeas corpus y habeas data .

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende , de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta pseudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso .