

Sebastián Irún Croskey

**Profesor de Derecho Procesal Civil en la
Universidad Americana – Asunción, Paraguay**

Magister en Derecho Procesal - Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal

Medidas Cautelares y Debido Proceso



UNIVERSIDAD
AMERICANA

1ra. Edición



**A mi maestro,
Adolfo Alvarado Velloso.**

Queda hecho el depósito por Ley.
Prohibida la reproducción parcial o total por cualquier medio.
© Sebastián Irún Croskey

ISBN XXXXXXXX
Impreso en el mes de noviembre de 2009.

Diseño de tapa e interior: ERVAZ

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD

DR. ANDRÉS BENKÖ
Rector y Presidente del Consejo Superior

DR. CECILIO JARA RODRÍGUEZ
Vicerrector Académico

LIC. FRANCISCO MONTECINOS
Director de Postgrado e Investigación

Editado por el Departamento de Postgrado de la Universidad Americana
Avda. Brasilia 1100 - Telefax:(595-21) 291 965
www.uamericana.edu.py
Asunción, Paraguay

<i>PRÓLOGO</i>	9
<i>INTRODUCCIÓN</i>	11
PRIMERA PARTE	
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO. ESTADO ACTUAL DE LA MATERIA	17
CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES	19
1. Concepto.....	19
2. Fundamento.....	21
3. Antecedentes históricos. Derecho romano.....	24
4. Caracteres de las medidas cautelares.....	27
4.1. Instrumentalidad.....	28
4.2. Provisionalidad.....	31
4.3. Flexibilidad o variabilidad.....	32
4.4. Despacho sin audiencia de parte.....	34
4.5. Sumariedad.....	36
CAPÍTULO II: PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO	38
1. Introducción.....	38
2. Examen de cada uno de los presupuestos.....	39
2.1. Peligro en la demora.....	39
2.2. Verosimilitud del derecho.....	40
2.3. Contracautela.....	45

CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS LLAMADOS “PROCESOS URGENTES”. SU DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FORMAS DE TUTELA	49
1. La categoría de los “procesos urgentes”.....	49
2. El proceso de fijación de alimentos.....	50
3. El amparo.....	52
4. Los interdictos posesorios.....	55
5. Las llamadas “medidas autosatisfactivas”.....	57
5.1. Concepto.....	57
5.2. Su diferenciación de las medidas cautelares.....	59
5.3. Crítica.....	60
CAPÍTULO IV: EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN CAUTELAR EN EL SISTEMA VIGENTE	65
1. Introducción.....	65
2. ¿Proceso o procedimiento cautelar?.....	66
3. Recursos otorgados por la ley contra las providencias dictadas en materia cautelar.....	68
3.1. Apelación directa por parte del solicitante. Efectos.....	68
3.2. Apelación directa por el demandado. Efectos.....	70
3.3. Imposibilidad de revocatoria por parte del demandado.....	71
3.4. Modificación por pedido del solicitante. Trámite y recurso.....	72
3.5. Modificación por pedido del demandado Trámite y recurso. Levantamiento inmediato.....	74
3.6. Otras causas de levantamiento.....	74

SEGUNDA PARTE

EL DEBIDO PROCESO Y SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES	81
CAPÍTULO V: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO	83
1. Introducción.....	83
2. Breve referencia histórica: desde la Carta Magna de 1215 hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	83
3. Las normas procesales en la Constitución Nacional.....	87
4. El concepto de proceso derivado de la Constitución.....	91
5. Los principios procesales.....	93
5.1. Igualdad.....	93
5.2. Bilateralidad o contradicción.....	95
5.3. Imparcialidad del juzgador.....	96
5.4. Transitoriedad de la serie (cosa juzgada).....	100
5.5. Eficacia de la serie.....	101
5.6. Moralidad del debate.....	102
CAPÍTULO VI: BASES EPISTEMOLÓGICAS DEL PROCESO	104
1. El proceso como método de conocimiento.....	104
2. El método de conocimiento empleado en el proceso judicial. Conocimiento científico y conocimiento judicial.....	105
3. El carácter hipotético de la verdad procesal.....	106
4. Verdad sustancial y verdad procesal.....	110
4.1. La sujeción de la sentencia a los hechos “como fueron alegados y probados” (<i>secundum allegata et probata</i>).....	111
4.2. Objeto de la actividad confirmatoria: la “verdad de las afirmaciones” y la “verdad de los hechos”.....	112
4.3. Límites impuestos por el derecho “sustantivo” con relación a la prueba y la verdad.....	113
4.4. La disputa entre “formalismo” y “sustantivismo”.....	116
4.5. La verdad no es el fin último del proceso.....	118
4.6. El valor justicia y su relación con el proceso.....	120

TERCERA PARTE

ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA CAUTELAR VIGENTE. PROPUESTAS PARA SU REFORMA	125
CAPÍTULO VII: ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	127
1. El concepto de verosimilitud del derecho en la teoría dominante	127
2. Revisión crítica de la contracautela	132
2.1. La contracautela como requisito esencial de las medidas cautelares	132
2.2. El peligro de la ausencia o insuficiencia de contracautela	136
2.3. Inconstitucionalidad de la medida cautelar dictada sin contracautela	139
CAPÍTULO VIII: EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD ENTRE PRETEN- SIÓN CAUTELAR Y PRETENSIÓN MATERIAL	141
CAPÍTULO IX: LAS DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN CAUTELAR	144
CAPÍTULO X: NECESIDAD DE REFORMA DEL SISTEMA VIGENTE	147
CAPÍTULO XI: BASES Y PROPUESTAS PARA LA REFORMA	148
1. Motivación obligatoria de las resoluciones cautelares	148
2. Implementación de las bases epistemológicas y constitucionales del proceso en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares	149
3. Adecuación del sistema de revocación e impugnación cautelar a los principios constitucionales y epistemológicos del proceso	152
3.1. Apelación directa por las partes	152
3.2. Revisión de la medida cautelar denegada a pedido del actor	155
3.3. El planteamiento de mejora de la contracautela sin necesidad de incidente	156
3.4. Trámite de los incidentes de modificación promovidos luego de adquirir firmeza la resolución cautelar. Recursos	157
CONCLUSIÓN	159
BIBLIOGRAFÍA	165

Sebastián Irún Croskey se destaca grandemente en una conocida familia de intachables abogados con honda raíz jurídica en el Paraguay.

Todavía joven abogado, egresó de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción en el año de 1998 y cursó durante los años de 1999 y 2000 la Carrera de Postgrado de *Maestría en Derecho Procesal* que hasta hoy dirijo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Prontamente se destacó en ella por la vivacidad de sus siempre atinadas intervenciones y sagaces comentarios acerca de temas puntuales relativos a la esencia misma de la idea de *proceso*, cuyo estudio metódico y detenido le proporcionó una cosmovisión constitucionalista del medio de debate que no es corriente en el medio tribunalicio en el cual se desempeña habitualmente. Como culminación de sus estudios, presentó su tesis final sobre el mismo exacto tema que hoy se entrega al lector y, luego de defenderla públicamente ante jurado de notables, obtuvo su grado académico de *Magister en Derecho Procesal* (2007).

Durante todo ese lapso, además de ejercer la profesión de abogado, ha sido profesor titular de *Derecho Procesal Civil II* en la Universidad Americana de Asunción del Paraguay, donde también se desempeñó como docente de *Derecho Romano II* (2001/2008) y en la Universidad de las Américas (UNIDA), en la cual actuó como docente de *Historia del Derecho* (2005/2006). Fue también docente del Curso de *Derecho Procesa Profundizado* en la Universidad Nacional de Asunción (2008) y del *Curso de Posgrado de Litigación Civil* que la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas dicta en la Universidad Nacional de Caaguazú por medio de la *Academia Virtual de Derecho* (2009).

Además, ha publicado numerosos artículos de opinión doctrinal en la Revista Jurídica *La Ley* y de la Universidad Católica, y ha tenido muy destacada participación como panelista de fuste en las discusiones que se efectuaron en torno del *Proyecto de Código Procesal General de la República del Paraguay* que se intenta hasta ahora introducir al país y al que se opuso eficaz y tenazmente por mantener ideas filosóficas copiadas del *Código Procesal Modelo para América Latina* que contrarían expresos postulados de la Constitución Nacional.

Hasta aquí, pocas palabras referidas al autor. Toca ahora presentar la obra.

El tema relativo a las cautelas no es pacífico en la doctrina procesal. Antes bien, se discute –y arduamente– acerca de su naturaleza jurídica, máxime cuando entre ellas se mezclan claros anticipos de acogimiento pretensional que nada tienen de cautelar.

En los últimos años se ha entronizado una severa y grande confusión –y discusión– en los medios forenses, en los cuales pululan autores que sostienen con alegría y despreocupación que el proceso en sí mismo es claramente ineficaz como medio de debate cuando se litiga con irrestricto respeto a los postulados constitucionales. De donde coligen que lo bueno que hay que hacer es apartarse de inmediato de toda idea procesal y, en aras de la celeridad –en la cual únicamente hacen fincar la eficacia– es menester buscar para los litigios soluciones en vías puramente cautelares, en las cuales colocan, por ejemplo, a las llamadas *medidas autosatisfactivas*, de indudable, grosera y definitiva inconstitucionalidad.

Irún Croskey enfrenta paciente y docentemente todo el tema: lo explica en detalle a partir de hacer una necesaria recordación de los antecedentes históricos que deben ser tenidos en cuenta para comprender el instituto y de explicitar cuáles son los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares en el derecho positivo paraguayo.

Con tales elementos en la mano, diferencia adecuadamente las cautelas conocidas de los llamados *procesos urgentes*, de clara anticipación no precautoria y luego relaciona todo ello con el concepto de *debido proceso*, del cual explica adecuadamente sus bases epistemológicas.

Finalmente, luego de remarcar las deficiencias del procedimiento de revocación y modificación del sistema cautelar, efectúa interesantes propuestas de reforma y presenta las que serían para él las bases a tener en cuenta para ello.

Es éste un trabajo escrito con impecable estilo de tesis académica que no ha perdido de vista el norte abogadil que debe mostrar siempre un trabajo con miras a resultar útil para un foro determinado: por ello es que su lectura será de gran importancia para que los letrados puedan postular mejor y ayudará a los jueces a comprender qué es o que hay de verdad detrás de toda cautela.

Hago votos para ello, felicitando nueva y públicamente al autor por la excelencia de la obra que llega hoy a manos del lector.

Adolfo Alvarado Velloso
Setiembre de 2009

Introducción

**MEDIDAS CAUTELARES
Y DEBIDO PROCESO.**

Las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, cual es la de evitar que el transcurso del tiempo que insume todo proceso judicial torne ilusorio o imposible el cumplimiento de la sentencia que haya de dictarse. Su importancia es, por tanto, gravitante. En muchos casos, sin una medida cautelar que lo respalde, el proceso sería ineficaz para cumplir la función que se le encomienda en un Estado de Derecho: poner fin a los conflictos surgidos en el seno de la sociedad.

Normalmente, las medidas cautelares (o precautorias) se dictan *inaudita pars*, para evitar que el demandado pueda obstaculizar el cumplimiento de lo resuelto. A pesar de que la gran mayoría de las legislaciones prevé esta modalidad (y así lo hace el Código Procesal Civil paraguayo), ella constituye una excepción a los preceptos constitucionales que consagran el derecho a la defensa en juicio y establecen las garantías procesales para que aquel sea efectivo. Como paliativo de esta indefensión inicial que afecta al demandado, se ha previsto que el solicitante otorgue una contracautela para responder de los daños que la medida pudiera originar.

El análisis de los presupuestos exigidos por la ley para el despacho de las medidas cautelares adquiere, por ende, un contacto íntimo con las normas constitucionales que rigen el Derecho Procesal, en el sentido de que al ser la medida cautelar un “instrumento del instrumento”, debe responder –al igual que todas las demás normas procesales- a los lineamientos trazados por la Constitución Nacional; puesto que en ella se establecen las garantías y los principios básicos que ordenan la forma de los juicios en el marco de un Estado de Derecho.

La normativa vigente deja librada la determinación de la existencia de la verosimilitud del derecho del peticionario y de la clase y monto de la contracautela casi exclusivamente al arbitrio judicial, lo cual abre la posibilidad de que sean otorgadas medidas cautelares sin motivos verdaderamente fundados que ameriten su despacho, o bien, sin que el solicitante haya ofrecido una contracautela suficiente.

Este sistema poco reglado y en el cual el juez actúa casi por intuición y bajo la presión de la urgencia, expone al afectado a sufrir severos daños patrimoniales, que muchas veces pueden tornarse irreparables en los casos en que la garantía ofrecida como contracautela por el peticionario sea ínfima (o nula).

A su vez, la insuficiencia o ausencia de una real y efectiva contracautela puede suponer la violación del debido proceso. En efecto, si la contracautela es la garantía de igualdad y bilateralidad ante la falta de contradictorio previo al dictado

de la medida, parece claro que en caso de que la misma no exista o se repute insuficiente, se estarían desconociendo aquellos principios procesales que se pretenden tutelar.

Esta imperfección es susceptible de convertir a la medida cautelar en una espada de doble filo, puesto que bajo el velo de una finalidad noble y querida por la ley, puede dar paso a la arbitrariedad y a la lesión de los derechos de los justiciables afectados por la medida.

La aplicación de las medidas cautelares genera así una tensión entre los derechos del actor (quien pretende evitar el riesgo de la demora y la pérdida de su derecho por el paso del tiempo), y los del demandado o destinatario de la medida (quien se vería perjudicado si ella fuera abusiva o injusta), a lo cual se suma que muchas veces, la excesiva gravedad de la medida impuesta podría dejarle en inferioridad de condiciones para defender sus derechos en el proceso principal.

Por este motivo, es menester encontrar el justo equilibrio entre estos dos extremos: el de la eficacia que se pretende del proceso, de un lado; y el derecho a la defensa y la igualdad, del otro.

Partiremos de la premisa de que la implementación de esta herramienta concebida en favor de quien se presenta como pretendiente o titular de un derecho (hipotético, no reconocido aún), no puede representar la conculcación de los derechos del destinatario de la medida, ni la ruptura de la igualdad de las partes en el proceso. El *quid* de la cuestión radica en hallar un sistema ideal de normas que armonice intereses tan dispares y contrapuestos, ya que el derecho procesal debe ser siempre una herramienta de utilidad para el servicio de justicia y no un arma para que el litigante inescrupuloso pueda sojuzgar a su adversario.

Concebimos la idea de un derecho procesal libertario (en el más amplio sentido del término) y democrático, inspirado en el reconocimiento de las garantías y los principios elementales reconocidos por la Constitución Nacional y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y que al mismo tiempo, promueva el ideal de un servicio de justicia igualitario, rápido y efectivo.

Surgen así, casi espontáneamente, las interrogantes que intentaremos responder:

- 1) ¿Se halla adecuada la actual regulación de las medidas cautelares en el derecho positivo paraguayo a los principios constitucionales del debido proceso?
- 2) ¿Constituyen las medidas cautelares, en la forma en que están estructuradas en el derecho positivo paraguayo, un instrumento efectivo para garantizar la eficacia del proceso?
- 3) ¿Existe la necesidad de reformar este instituto para adecuarlo a la Constitución Nacional y a los principios procesales básicos?

En este orden de ideas, no puede obviarse un estudio - aunque sea superficial - de las modernas tendencias doctrinarias en materia cautelar, que propugnan con gran elocuencia la implementación normativa de una especie de resolución cautelar con efectos definitivos y satisfactorios del derecho, dictada ante una máxima verosimilitud del derecho (o “alta probabilidad”) y la urgencia superlativa del caso, que por tales méritos haría innecesaria no solo la intervención del afectado, sino, inclusive, la imposición de una contracautela.

La primera etapa del trabajo consiste en un estudio descriptivo de la realidad jurídica imperante, básicamente en cuanto al concepto, caracteres y condiciones de procedencia de las medidas cautelares en el derecho positivo paraguayo, tomando como base la legislación y la jurisprudencia, aunque con una referencia al derecho argentino, al cual tan obviamente se halla ligado el nuestro.

Por una cuestión de honestidad intelectual, la investigación se centra casi exclusivamente en la obra de Calamandrei (*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*), quizás el estudio más completo que se haya escrito sobre el instituto, que muchas veces no es reconocido o debidamente citado (ora por descuido, ora por alguna pretensión de originalidad) por los demás autores. En este sentido, se podría decir que el maestro de Florencia “agotó” el tema en cuestión, por lo que muy poco se puede agregar a lo dicho por él – y esto vale también para las corrientes “modernas” del derecho procesal, que creen haberlo superado en algo.

La segunda parte de la obra tiene por finalidad la exposición de los principios y las garantías procesales establecidos en la Constitución Nacional de la República del Paraguay, a fin de elucidar una concepción del derecho procesal derivada lógicamente de dichos principios, que servirá como modelo ideal para la crítica y

la medición del instituto cuya evaluación nos ocupa. Así también, se incluye un capítulo dedicado a la epistemología del proceso judicial, que servirá de utilidad para contrastarlo con el método de conocimiento empleado por el juez en la concesión de las medidas cautelares.

Luego sigue el análisis y la comparación crítica propiamente dicha, que tiene por objeto analizar si la regulación actual de las medidas cautelares se halla o no adecuada a los principios procesales que se derivan de la Constitución Nacional, y al método de obtención del conocimiento judicial antes descrito.

Si el desarrollo del trabajo nos lleva a confirmar las hipótesis aquí propuestas, se hará necesaria una reformulación conceptual de los presupuestos de las medidas cautelares, consecuente con los principios procesales de igualdad y bilateralidad, y con una epistemología que nos acerque al ideal de un “proceso con conocimiento” y disminuya la posibilidad de error, que tanto daño hace al derecho.

Como hipótesis de partida, sostenemos que la regulación actual de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil no está en consonancia con los postulados de la Constitución Nacional ni con las reglas básicas del método de obtención del conocimiento judicial, en cuanto permite la arbitrariedad y la injusticia, y provoca (o es susceptible de provocar) la violación de los derechos de las partes en el proceso.

Primera parte

**LAS MEDIDAS CAUTELARES
EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO.
ESTADO ACTUAL DE LA MATERIA.**

CAPÍTULO I: Nociones generales.

I. CONCEPTO.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “medida” significa disposición, prevención. “Prevenir”, a su vez, significa precaver, evitar, estorbar o impedir algo. “Precaver” viene del latín *prae* y *cavere*, prometer, garantizar. Como primera idea tenemos, pues, que la medida cautelar consiste en una disposición o medida que tiene por fin prever o precaver algo.¹

En general, la doctrina concuerda en que las medidas cautelares son aquellas resoluciones que tienen por objeto asegurar el resultado práctico de la sentencia de mérito que haya de dictarse en un proceso principal al cual sirven de respaldo, para que el cumplimiento de lo resuelto no se torne ilusorio.

El gran Couture las define diciendo:

“Dícese de aquéllas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.”²

Calamandrei -a quien seguimos mayormente en la exposición- define las medidas cautelares como una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.”³

Para Casco Pagano,

“Las medidas cautelares o precautorias... son aquellas que el juez dispone para impedir que el presunto deudor realice actos de disposición o de administración que disminuyan su responsabilidad patrimonial y convierta en ilusorio el resultado del juicio. Las medidas cautelares tienen el objeto de asegurar la eficacia, el resultado práctico de la resolución que se vaya a dictar en el juicio.”⁴

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª. Edición, año 2001.

² COUTURE, Eduardo J.; *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 405.

³ CALAMANDREI, Piero; *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Marino Arraya, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 45.

⁴ Casco Pagano, Hernán; *Código Procesal Civil comentado y concordado*, 4º ed., Asunción, La Ley, 2000, p. 1076.

Lo que se intenta precautelar es un derecho eventual que ha de ser luego, en su caso, reconocido y declarado en la sentencia. Es decir, lo que se cautela o se protege es la pretensión misma del peticionante, la cual puede resultar insatisfecha si luego de su reconocimiento por la sentencia, no encuentra el modo de hacerse efectivo en la realidad.

La pretensión cautelar está orientada, consecuentemente, a asegurar una pretensión material o de fondo; de donde se extrae que la medida cautelar busca que la pretensión sobre la cual se ha de expedir la sentencia definitiva, no se diluya con el paso del tiempo. De ahí que sea un requisito indispensable la denominada “verosimilitud del derecho” del peticionante, ya que no es concebible la idea de una medida cautelar si no existiera un derecho con apariencia de verdadero que corra peligro de perderse a causa de la duración del proceso.

A raíz del carácter de subordinación de la medida cautelar a la sentencia definitiva, podría entenderse que lo cautelar se opone a lo definitivo, que sería la sentencia de mérito o de fondo. Pero en puridad, si tomamos el lenguaje de Calamandrei, lo cautelar no es oponible a lo definitivo sino a lo principal, o a lo material, en la inteligencia de que del procedimiento que origina el dictado de la medida cautelar también podría seguirse lo definitivo, por ejemplo en el caso de que la medida hubiera sido recurrida y luego confirmada por el tribunal superior, dándole un cierto carácter definitivo aunque ligado estrictamente a lo cautelar.⁵

Volviendo al epicentro de la cuestión, se concluye que las medidas cautelares tienden a evitar que los derechos que puedan ser declarados o reconocidos por la sentencia de mérito (si ella resultara favorable al demandante), se vean frustrados cuando el proceso judicial que le antecede culmine. De lo contrario, no serían necesarias las medidas cautelares, porque como dice Calamandrei,

“...en un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.”⁶

De este concepto se desprende la que viene a ser la nota fundamental que distingue a la medida cautelar y la convierte en un fenómeno inconfundible e irre-

⁵ CARNELUTTI fue quien creó en su “Sistema” el paralelo entre lo “cautelar” y lo “satisfactivo”, siendo éste último vocablo tomado por la “moderna” doctrina argentina para denominar a las tan promocionadas “medidas autosatisfactivas”.

⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 44.

petible en el mundo del Derecho: *la instrumentalidad*. La medida cautelar cumple una finalidad eminentemente instrumental, puesto que no se agota en sí misma ni es un fin en sí misma, sino que está destinada a lograr el buen fin de un proceso al cual accede o le sirve de complemento.

2. FUNDAMENTO.

En una sociedad civilizada, la creación del Estado supone la renuncia de los ciudadanos a hacerse justicia por mano propia, con lo que éstos se encuentran coercitivamente impelidos a acudir a la jurisdicción estatal para reclamar la satisfacción de su derecho. Así, la gran mayoría de las Constituciones modernas (por no decir todas) ponen en manos de un Poder del Estado –normalmente el Poder Judicial– la misión de resolver los conflictos surgidos en el seno de la sociedad, prohibiendo a los particulares recurrir a la fuerza privada para hacer valer sus derechos.⁷

En el caso del Paraguay, el Art. 15 de la Constitución Nacional dice:

“**De la prohibición de hacerse justicia por sí mismo.** Nadie podrá hacerse justicia por sí mismo ni reclamar sus derechos con violencia. Pero, se garantiza la legítima defensa.”

En épocas remotas de la humanidad, cuando las sociedades eran todavía primitivas y poco desarrolladas, los conflictos entre los particulares eran resueltos normalmente por la fuerza (la autodefensa). A partir de la organización de la sociedad en Estado, éstos deben ser resueltos por la razón, en forma pacífica. Así nace el proceso judicial, que aparece como el medio de solución pacífica de los conflictos de intereses que se producen en la sociedad.

Sobre la importancia del proceso, dice el profesor Hernando Devis Echandía:

“Sin organización jurisdiccional no puede haber orden social ni Estado de derecho, y aquélla no se concibe sin el derecho procesal... Gracias al derecho procesal se elimina la justicia privada, que es barbarie, y el Estado puede obtener y garantizar la armonía y la paz sociales.”⁸

La finalidad del proceso es, pues, lograr la paz social a través de una sentencia que ponga fin al conflicto convertido en litigio. Alvarado Velloso enseña que “la razón

⁷ Esta es la versión de la teoría contractualista de Locke, para quien al entrar en el estado civil el hombre conserva todos sus derechos, menos uno: el de castigar y hacerse justicia por sí mismo (cit. por Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 898).

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, p. 42.

de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada.”⁹

Para lograr este objetivo de la paz social, la sentencia que ponga fin al proceso no sólo debe ser justa, sino también oportuna, ya que como se ha dicho tantas veces, la justicia que llega tarde deja de ser justicia para convertirse más bien en una injusticia.

Lo ideal sería que la sentencia pueda dictarse de inmediato, en forma instantánea, para que el orden jurídico alterado sea automáticamente reparado mediante la satisfacción del derecho. Empero, sabemos que ello constituye un anhelo imposible de lograr: todo proceso supone un camino que recorrer, dado que necesariamente desde el momento en que él se inicia hasta aquel en que la sentencia final alcanza firmeza, transcurre inevitablemente un periodo de tiempo más o menos duradero.

Este límite insalvable del tiempo presenta no pocos inconvenientes: es factible que antes de llegarse a la meta esperada (cual es la conclusión de la causa mediante el pronunciamiento final y la satisfacción del derecho), se vea frustrada la posibilidad del cumplimiento de la misma. Por ejemplo, puede ocurrir que el deudor demandado para el cobro del crédito, se vuelva insolvente al momento de sobrevenir la sentencia; o los bienes que son objeto de litigio se pierdan total o parcialmente.

La función jurisdiccional del Estado tropieza así con un serio obstáculo: el factor tiempo, que se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable consideración en el proceso judicial, puesto que “una decisión inoportuna o tardía equivale, las más de las veces, a su inexistencia.”¹⁰

Como es el mismo Estado el que prohíbe a los individuos hacer justicia por mano propia, lógicamente no puede desentenderse de las consecuencias perniciosas que esta prohibición engendra.¹¹

⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal – Primera Parte*, 1ª reimp., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 21. Agrega el autor que la fuerza es ilegítima cuando la realiza un particular; legítima, cuando excepcionalmente el particular está facultado a ejercerla (como lo sería en el caso de defensa propia); y legítima, cuando proviene del Estado conforme al derecho vigente y como consecuencia de un proceso.

¹⁰ KIELMANOVICH, Jorge; *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 14.

¹¹ La prohibición de hacerse justicia por mano propia, o lo que equivale al monopolio de la fuerza por parte del Estado, es una de las bases de la convivencia pacífica, por cuanto no puede concebirse un “Estado de Derecho” o de “imperio de la ley” (*rule of law*) en el que los particulares tengan vía libre para actuar unilateralmente sobre su adversario y no estén, en lugar de ello, constreñidos al respeto de la ley y la autoridad del Estado, que como tal, debe garantizar a cada ciudadano que nadie ejercerá la fuerza contra él.

Surge así una dualidad de intereses contradictorios que el Estado debe conciliar: de un lado, el interés de quien sufrió la lesión de sus derechos y pretende una satisfacción inmediata de los mismos (y a quien el propio Estado obliga a recurrir al proceso para hacer actuar el derecho); y del otro, el de aquél quien aparece como sujeto pasivo de la reclamación, que tiene derecho a ser juzgado en un proceso previo antes de que se dicte contra él algún tipo de sanción o condena.

En esta lucha de intereses aparece como parte aventajada aquella que debe ser demandada y condenada en un juicio, en detrimento del actor, quien indefectiblemente debe poner en movimiento un proceso para ver, en caso de resultar la sentencia favorable, satisfecha su pretensión. De ahí que, para igualar a ambos contendientes, sea necesario ofrecer al pretendiente -que haya sufrido una eventual violación de sus derechos o se crea en tal situación-, un remedio efectivo que le asegure que la sentencia que pueda dictarse a su favor no se volverá inocua por el transcurso del tiempo.

Si no fuera así, el fin de lograr la justicia y la paz social se vería postergado, y al mismo tiempo se produciría la vulneración de un principio cardinal del derecho: el de que “nadie puede beneficiarse con su propia trasgresión”. El Estado no puede permitir que el hipotético infractor (quien es acusado de alterar el orden social) se vea beneficiado por el tiempo que necesariamente requiere la sustanciación de un proceso, para obtener una suerte de impunidad.

El principio fue magistralmente esbozado por uno de los padres de la ciencia procesal moderna, el gran Chiovenda, en los siguientes términos: “La necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón, no debe convertirse en daño para quien tiene razón”.¹²

Si no existiera una manera de suprimir o por lo menos mitigar esta ventaja inicial de aquel que debe ser demandado y a quien se acusa de infringir la ley, los particulares dejarían de confiar en el proceso y se volvería a un estado primitivo de imperio de la fuerza por sobre la razón.

Ante esta situación, y para evitar que el litigante inescrupuloso pueda servirse del proceso como una artimaña para sustraerse del cumplimiento del derecho que

¹² Citado por CALAMANDREI, Piero; *Introducción...*, p. 44. Conviene aclarar que no se puede hablar del sujeto pasivo de la pretensión simplemente como infractor o causante de la violación del derecho. Por tal motivo hemos preferido la expresión “hipotético infractor”, puesto que mientras no se haya dictado una sentencia que condene al demandado, debe prevalecer la presunción de inocencia que asiste a todo demandado o reo, en sede civil o penal. No obstante, la sola posibilidad de que el demandado o futuro demandado se aproveche del tiempo que juega a su favor, aparece como un factor de desequilibrio y de desigualdad que el Derecho debe erradicar.

debe ser declarado por la sentencia, se ha regulado la institución de las medidas cautelares (o medidas precautorias, o tutela cautelar, entre otras denominaciones), como un remedio para que el cumplimiento de la sentencia no se torne meramente ilusorio, sino que se convierta en una realidad jurídica y social.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano conocía de varios tipos de cauciones, entre las que se pueden señalar, de acuerdo con Petit, las siguientes:¹³

i) *Cautio damni infecti*: tenía por objeto garantizar a una persona contra un daño que aún no está causado, pero que es inminente. Cuando una casa, o una pared, amenaza ruina y puede resultar un perjuicio para el predio vecino, el pretor permite al propietario interesado exigir al dueño del edificio que se comprometa por estipulación a pagarle, si llega el caso, daños e intereses;

ii) *Cautio legatorum*: el pretor concedía al legatario el derecho de exigir *satisfactio* del heredero, cuando el legado es a plazo o bajo condición, para garantizar el pago al vencimiento;

iii) *Cautio de dolo*: en un pleito de reivindicación, si el derecho del demandante es reconocidamente fundado, el juez no debía limitarse a ordenar la restitución de la cosa reivindicada y de sus accesorios, debe también ordenar al demandado que suministre la caución de dolo. Puede suceder, en efecto, que el poseedor haya realizado, respecto de la cosa, actos de tal naturaleza que causen más tarde perjuicio al demandante: así puede haber hecho tomar al esclavo sustancias que han debilitado su constitución, o haberle acostumbrado al robo.

Debe, pues, prometer reparar las consecuencias de su dolo, o aun de su falta, si es un poseedor de mala fe. La utilidad de esta caución se manifiesta sobre todo en el caso siguiente. En la época clásica, la *litiscontestatio* no interrumpe la usucapición. Si, pues, el demandado ha usucapido durante el pleito, la cosa litigiosa, ha podido válidamente gravarla con derechos reales; si es un esclavo, ha podido libertarlo. El demandante que gana la causa, y a quien la cosa es restituida sin que se dé cuenta de estos cambios, estaría desarmado el día en que los descubriera: la caución de dolo le permite, por el contrario, reclamar indemnización al demandado.

¹³ PETIT, Eugene; *Tratado elemental de Derecho Romano*, pp. 451-454, 841-842, y 876.

iv) *Cautio de persequendo servo*: esta caución podía ser ordenada por el juez cuando la reivindicación de un esclavo es ejercitada contra un poseedor de buena fe. Se supone que este poseedor ha usucapido el esclavo durante el pleito; después el esclavo se ha escapado;

v) *Cautio rem pupilli salvam fore*: por la cual se compromete el tutor, al entrar en cargo, a administrar bien el patrimonio del pupilo. Decía Gayo en sus magníficas *Institutas*:

“Sin embargo, con el fin de que los bienes de los pupilos y de los que están sometidos a curatela no pueden ser consumidos o disminuidos por los negocios de los tutores y de los curadores, el pretor cuida de que en calidad de tales los mismos presten caución.”¹⁴

De su parte, señalaba el ilustre romanista y profesor de la Universidad de Oxford, Fritz Schulz:

“El *tutor legitimus* no estuvo obligado a administrar personalmente los bienes del pupilo. Si el tutor deseaba asumir la administración, los cónsules exigían antes de conferirle ésta, una garantía para asegurar la integridad del patrimonio pupilar, una *cautio rem pupilli salvam fore*.”¹⁵

Aclara el autor que la *cautio* no era exigida al tutor testamentario ni al *tutor decretalis*.

vi) *Cautio de rato o ratam rem dominum habiturum*: era exigida al *procurator* o al defensor que figura en el pleito por cuenta de otro. Las partes no estaban obligadas a comparecer en persona, como era regla bajo las acciones de la ley. Podían desde entonces hacerse reemplazar en justicia por mandatarios. Había diversas clases de mandatarios: el *cognitor*, que era instituido en términos solemnes delante del juez y el adversario; y el *procurator*, que actuaba en ausencia e ignorancia del adversario. De manera que el adversario tenía el derecho de exigir al *procurator* la caución *ratam rem dominum habiturum*, es decir, la promesa, garantizada por los fiadores, de que la persona de la que se decía mandatario ratificaría el resultado del proceso;

vii) Cauciones *judicatum solvi* y *pro praede litis et vindiciarum*: Gayo distinguía estos tipos de cauciones diciendo:

¹⁴ GAYO, *Institutas*; trad. Alfredo Di Pietro, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, I, 199.

¹⁵ SCHULZ, Fritz; *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 165.

“Además, siendo la *actio in rem* doble (ya que se puede accionar ‘por la fórmula petitoria’ –*per formulam petitoriam*–, o por ‘sponsio’ –*per sponsionem*–), en el primer caso tiene lugar la estipulación que se llama “IUDICATUM SOLVI”; en cambio, si se accionara por la ‘sponsio’, tiene lugar aquella que se llama “PRO-*PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM*.”¹⁶

Al respecto, opina Di Pietro:

“En el caso de una *actio in rem*, el actor que actúa a nombre propio no debe dar ninguna *satis* (IV, 96). En cambio, si se trata de un demandado, siempre en una *actio in rem*, deberá garantizar el resultado del pleito, mediante *satisfaciones*. Si se trata de una fórmula petitoria (IV, 92), la caución será denominada *iudicatum solvi* (IV, 91). En cambio, si se trata de una *actio per sponsionem* (IV, 93), la caución será llamada *pro praede litis et vindiciarum*.”¹⁷

Por su parte, el gran Fritz Schulz explica la función de la caución *propraede litis et vindiciarum* con el siguiente ejemplo:

“Supongamos que el demandado era vencido en la cuestión planteada en la *sponsio*. Por regla general en tal su puesto, restituía la cosa al actor, puesto que la sentencia afirmaba implícitamente la propiedad de éste. Si se negaba a restituir, el actor podía demandar a él y a sus fiadores con otra *actio in personam* basada en la *sponsio pro praede*.”¹⁸

Tenemos así un panorama completo de las cauciones que existían en el Derecho Romano. La semejanza de la *cautio* romana con la medida cautelar es más que coincidente: tanto una como otra responden al fundamento jurídico de la prevención de un daño que aún no ha sucedido. En el caso de las *cautio* romanas, lo que se quiere prevenir o asegurar es:

- un posible perjuicio para un predio vecino (*cautio damni infecti*);
- que el heredero dilapide los bienes de la sucesión sin hacer pago de los legados (*cautio legatorum*);
- que el demandado por reivindicación en serio peligro de ser vencido en el juicio constituya derechos reales sobre la cosa y haga inútil el pleito (*cautio de dolo*);
- que el demandado por la reivindicación de un esclavo preste garantías para el

¹⁶ GAYO, *Institutas*; IV, 91.

¹⁷ Di Pietro, Alfredo; en Gayo, *Institutas*; trad. Alfredo Di Pietro, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 714-715.

¹⁸ SCHULZ, Fritz; op. cit., p. 353.

caso de que el esclavo se escape (*cautio de persequendo servo*);

- que el tutor garantice la correcta administración de los bienes del pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*);
- que el procurador judicial garantice que su mandante acepta la validez del litigio (*cautio de rato o ratam rem dominum habiturum*);
- que el demandado no abandone el pleito y se responsabilice del cumplimiento de la sentencia en caso de condena (*cautio iudicatum solvi*).

En el caso de las medidas cautelares, similarmente, la finalidad es prevenir el daño que puede causar al actor de una demanda la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia que haya de dictarse en el juicio por él incoado. Las coincidencias se hacen más notorias entre las medidas cautelares y la *cautio iudicatum solvi*, ya que ambas tienen la función de asegurar el resultado del litigio cuando la sentencia sea favorable al actor.

Por lo demás, en el caso de la *cautio de dolo* está claramente presente el concepto de verosimilitud del derecho que es uno de los requisitos fundamentales de las medidas cautelares modernas, en el sentido de que dicha caución de dolo romana podía ser solicitada –como se ha visto– cuando existieran serios indicios de que el demandado pudiera resultar vencido en el juicio de reivindicación que se le promovía.

4. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La teoría procesal clásica, construida sobre la base de las enseñanzas de Chiovenda y perfeccionada por Calamandrei, ha delimitado con exactitud los caracteres de las medidas cautelares (aunque con algunas discrepancias lingüísticas entre los autores). Principalmente ha sido el gran aporte de este último lo que ha contribuido a establecer, en forma casi definitiva, dentro de la dogmática procesal, el concepto y los caracteres de las medidas cautelares, tanto que sus ideas han sido seguidas casi a rajatabla por prácticamente todos los procesalistas provenientes del sistema continental-europeo.

Básicamente, existe coincidencia en los caracteres fundamentales y esenciales, que son la “instrumentalidad” y la “provisoriedad” (o “provisionalidad”); a los cuales se agregan otros derivados de aquellos, accesorios, que son los de “flexibilidad”, el despacho *inaudita pars* y la “sumariedad” (o cognición sumaria para su despacho). Más allá de las diferentes denominaciones empleadas por los autores, la sustancia es la misma (y finalmente, es eso lo que nos interesa), como lo veremos en lo siguiente.

Veamos pues la implicancia de cada uno de estos caracteres de las medidas cautelares, que forman parte elemental del concepto.

4.1. INSTRUMENTALIDAD.

Las medidas cautelares son instrumentales o accesorias, puesto que dependen de un proceso principal al cual sirven de ayuda y que es motivo de su existencia. Dice Calamandrei:

“...las providencias cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.”¹⁹

La medida cautelar está sujeta o subordinada a la existencia de otro proceso principal al cual sirve de apoyo (en la línea de eficacia), donde está en juego una pretensión distinta de la pretensión cautelar, independientemente de que la medida pueda ser decretada antes o después de promovido el proceso principal.

En consecuencia, se niega la posibilidad de una “medida cautelar autónoma” o de una “cautela material” o “autosatisfactiva”, independiente de un proceso principal y que se agote con dicho pronunciamiento, porque ello desnaturaliza la esencia misma de la medida cautelar. No obstante, debemos aclarar que esta calificación de “autonomía” viene relacionada con la regulación legal de ciertos tipos de proceso, como por ejemplo los interdictos posesorios, que reciben de la ley un tratamiento especial, rápido y eficaz, tendiente a obtener la inmediata satisfacción de la pretensión deducida, a pesar de que no constituyen medidas cautelares propiamente dichas.²⁰

Sin embargo, y principalmente en la Argentina, en los últimos tiempos ha

¹⁹ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 44.

²⁰ En este sentido, CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, p. 251. En nuestra opinión, CARNELUTTI, si bien para algunos sembró la semilla de las “medidas cautelares autónomas” o de las resoluciones cautelares que se agotan la cuestión principal o de fondo, nunca sostuvo esta tesis con claridad. Por lo menos, de su “Sistema”, su obra magna, no se desprende sin lugar a dudas que el jurista haya admitido algo parecido. Sin embargo, en el Código de Procedimientos italiano de 1940 –del cual fue principal artífice el autor–, los interdictos posesorios tenían un trámite sumario y sumamente veloz, en el cual el juez estaba facultado a disponer como medida cautelar la devolución de la cosa disputada (por ejemplo en el caso del interdicto de recobrar la posesión), antes de que se dicte sentencia. No obstante, debe notarse que no puede equipararse una medida cautelar con carácter instrumental, provisional, adscripta a otro proceso, a una sentencia definitiva, principal, “satisfactiva” de la pretensión; y más aun cuando ella se dicta sin audiencia del afectado.

surgido una corriente doctrinal que reivindica con fuerza insospechada la existencia de una tutela material (no cautelar simplemente), dentro de la nueva categoría de los llamados “procesos urgentes”. Sobre el punto, dice Kielmanovich:

“En los últimos años ha comenzado a insinuarse en la doctrina nacional la tesis que afirma que aquellas medidas cautelares cuyo objeto aparejaría la satisfacción inmediata y parcial de la pretensión de fondo deducida, vendrán a constituir cautelares materiales o anticipatorias diversas de las propiamente cautelares, sin perder de vista, [...] que en ausencia de toda regulación específica habrían de aplicárseles las normas que regulan a las medidas cautelares.”²¹

Este sector de la doctrina argentina, cuyo aporte será tratado con más profundidad en adelante, se halla abocado a impulsar la autonomía de las medidas cautelares, intentando desprenderlas de su típico carácter accesorio e instrumental, para ver en ellas una eficacia material o *satisfactiva* del derecho subjetivo mismo.²²

Probablemente fue la obra de Calamandrei la que inspiró esta pretensión de autonomía de las medidas cautelares, al referirse a una clase de medidas cautelares que tienen por fin el anticipo de los efectos de la sentencia definitiva, con fines cautelares, cuando no cabe otra solución para evitar un perjuicio:

“...aquí, en este tercer grupo, la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.”²³

Por ende, las medidas que anticipan en forma provisoria el mismo resultado que se pretende con la sentencia definitiva y principal, siguen siendo cautelares y no pueden ser conceptuadas como portadoras de una tutela material o satisfactiva, precisamente porque no constituyen una declaración o sanción definitiva de certeza acerca del derecho litigioso.

Lastimosamente, el maestro florentino fue –quizás deliberadamente– mal interpretado por otros juristas, quienes basándose sobre algo que nunca ha expresado el gran procesalista italiano, han propuesto la teoría de que cuando la tutela coincide con el mismo objeto o finalidad práctica de la sentencia de mérito, desaparece su

²¹ KIELMANOVICH, op. cit., p. 32.

²² El término “satisfactivo” no está admitido por la Real Academia de la Lengua Española; lo correcto es decir “satisfactorio” en lugar de “satisfactivo” (Diccionario de la Lengua Española, 22ª. Edición, 2001).

²³ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 59.

carácter cautelar para convertirse en material o “satisfactiva”, o más aun, “auto-satisfactiva” (Peyrano), pudiéndose prescindir del proceso principal (extremo que Calamandrei jamás sostuvo ni estuvo cerca de admitir).

Para zanjar toda duda acerca de la cuestión, recurrimos a la opinión de Novellino, cuyo comentario vale ser citado íntegramente:

“En consecuencia, cabe negar la autonomía que una importante doctrina le atribuye al proceso cautelar, pues siempre se tratará de actuaciones procesales vinculadas íntimamente a un principal... Tal posición es criticable porque respecto a las medidas cautelares no puede hablarse de un verdadero proceso, pero, aun cuando así se admitiera, es innegable su dependencia de otro proceso principal, con lo cual debe descartarse su pretendido carácter autónomo.”²⁴

Consecuencia del (incuestionable) ligamen o subordinación de la medida cautelar a un proceso principal es que la gran mayoría de los códigos procesales vigentes establecen un plazo de caducidad de las medidas cautelares, si no se promueve dentro de aquél el proceso principal que se intenta garantizar.

Precisamente, la caducidad es reflejo fiel del carácter de *instrumentalidad*: las medidas cautelares no pueden tener vida propia sino por más que un instante, un plazo breve que la ley otorga al beneficiario para que promueva el proceso al cual aquélla ha de servir de instrumento. En este sentido, el Art. 700 del Código Procesal Civil paraguayo dice:

“PROMOCIÓN DE LA DEMANDA. 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 interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa.”

Por lo demás, como lo veremos más adelante, la circunstancia de que la tutela cautelar pueda ser solicitada antes o después de contestada la demanda por parte del afectado, tiene una importancia gravitante con relación a los requisitos para su procedencia, y en especial a la verosimilitud del derecho, que sin embargo no ha sido reconocida ni valorada en su justa medida.

²⁴ NOVELLINO, Norberto José; *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 28-29. Ciertamente estas ideas están inspiradas en la obra de ALVARADO VELLOSO, quien ha sostenido una disputa con PALACIO sobre la denominación de “proceso cautelar” formulada por este último, y que el Profesor rosarino -no infundadamente- se ha negado a admitir.

Por ende, es carácter esencial (sin el cual no pueden existir) de las medidas cautelares la *instrumentalidad*; por lo que cualquier otra providencia que pueda tomarse con carácter urgente que no responda a la finalidad de asegurar el resultado de un proceso donde se discute una pretensión también diferente de la cautelar, no cabe ser enmarcada dentro del concepto de medida cautelar, y a la sazón no le pueden ser aplicadas, por analogía, las mismas reglas.

4.2. PROVISIONALIDAD.

Las medidas cautelares se caracterizan además por ser provisionales o provisorias: su existencia está limitada hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza, cualquiera sea el sentido de ésta: si la sentencia favorece al solicitante, la medida cautelar se transforma en una medida más enérgica, y por lo general, de su carácter originalmente preventivo pasa a convertirse en una medida ejecutiva; mientras que si la sentencia de mérito rechaza la demanda y por ende desestima la pretensión del solicitante, la medida también perece, dando lugar a su levantamiento.

Carnelutti se refiere a ello del siguiente modo:

“Dada la finalidad del proceso cautelar, el proveimiento decisorio cautelar es un proveimiento *temporal* o *pasajero*. A diferencia de la decisión jurisdiccional, la decisión cautelar tiene siempre un *dies ad quem*; cuando el vencimiento sobreviene, la eficacia se extingue. Tal *dies ad quem* está representado por el momento en que se eleva a firme la decisión jurisdiccional del litigio a que el proveimiento cautelar se refiere.”²⁵

Usualmente, los conceptos de “provisoriedad” y “temporalidad” tienden a ser confundidos por los juristas debido a los puntos de contacto existentes entre ambos. Para despejar la duda, recurrimos a la sabiduría de Calamandrei:

“...el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoriedad* subsiste durante el tiempo intermedio.”²⁶

²⁵ CARNELUTTI, Francesco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A., pp. 389-390.

²⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 36.

Aplicado esto a la medida cautelar, se concibe que la misma tiene una duración provisoria, que va desde el momento de su despacho hasta aquél en que sobre viene el pronunciamiento definitivo que le pone fin.

Enseña también Calamandrei:

“La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, *por su naturaleza*, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia.”²⁷

Consecuentemente, debe entenderse que la *provisoriedad* (o provisionalidad) de la medida cautelar no deriva simplemente de que para su dictado se requiere un conocimiento sumario o superficial de la verosimilitud del derecho, sino más bien de su función instrumental ligada a la protección de la sentencia, por lo cual pierde su vigencia, al no ser ya necesaria, con el dictado de aquélla.

4.3. FLEXIBILIDAD O VARIABILIDAD.

Una derivación del mencionado carácter de provisionalidad de las medidas cautelares es su flexibilidad, en el sentido de que su despacho no es definitivo ni hace cosa juzgada parcial, sino que las condiciones de su procedencia pueden ser revisadas en cualquier momento (mientras no sea dictada la sentencia principal).

Apunta Calamandrei:

“... (las providencias cautelares) pueden estar sujetas, aún antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo.”²⁸

Su vigencia depende de las contingencias del proceso principal y de las condiciones fácticas en que fueron dictadas, por lo que pueden ser revocadas ante una variación de las circunstancias que determinaron su dictado. Sobre el punto, el Art. 697 del CPC paraguayo dice:

²⁷ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 40.

²⁸ CALAMANDREI, *Introducción...*, pp. 89-90.

“**CARÁCTER PROVISIONAL.** Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.”

A nuestro entender, la norma citada de la legislación procesal paraguaya confunde los conceptos de provisionalidad o provisoriedad y de flexibilidad o variabilidad. La provisionalidad indica que la medida cautelar no es definitiva en cuanto a la sanción del derecho que ella impone, i.e., un embargo decretado como medida cautelar no confiere derechos sobre la cuestión de fondo del debate si en el proceso principal en el cual debe decidirse sobre el derecho del embargante, no se dicta una resolución favorable a quien lo obtuvo.

La variabilidad, en cambio, entraña el concepto de que las medidas cautelares son, además de provisionales -o sujetas a la declaración del derecho que se vierta en la providencia principal-, modificables durante el lapso que transcurre desde que la medida fue dictada hasta el momento previo de dictarse la sentencia de mérito, toda vez que varíen las condiciones que motivaron su despacho (y sin perjuicio de que la medida de que se trate, agotará su vida con el advenimiento de la sentencia final).

En consecuencia, cuando la ley (y aun la jurisprudencia) se refiere al carácter provisional de las medidas cautelares para indicar que pueden éstas ser modificadas según la regla *rebus sic stantibus*, debemos entender que en tal caso se está refiriendo al carácter de flexibilidad, expresión que tiene otra significación jurídica.

Más allá de estas precisiones lingüísticas, el criterio que prevalece es que la medida cautelar obedece a una finalidad específica, cual es la de asegurar el posible cumplimiento de la sentencia definitiva. La medida no tiene, como hemos visto, un fin en sí misma; las partes pueden solicitar su adecuación siempre que la medida originalmente decretada ya no sea necesaria para los fines a que responde, sea excesiva o escasa, o el interesado desee satisfacer la garantía que le es exigida de otra manera similarmente eficaz.

De su parte, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha sentado el criterio de que “las providencias cautelares, por su naturaleza, son provisorias, es decir no producen cosa juzgada, se las puede volver a pedir cuantas veces resultare necesario, si las situaciones en las cuales se fundó la negativa cambiaran.”²⁹

²⁹ Acuerdo y Sentencia No. 336, 9/12/1986. También aquí se confunde la provisoriedad o provisionalidad, con el carácter de flexibilidad.

Cualquiera de las partes puede solicitar su modificación. El actor puede hacerlo cuando se haya probado que la misma no cumple adecuadamente con la función de garantía que le fue asignada. El Art. 696 del CPC dispone:

“MODIFICACIÓN. El que solicitó la medida podrá pedir la ampliación, mejora y sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.”

A su vez, el demandado puede solicitar la reducción o sustitución por otra menos gravosa, cuando la decretada fuera excesiva o vejatoria, siempre que se ofrezca garantía suficiente. El Art. 698 del CPC establece:

“SUSTITUCIÓN O REDUCCIÓN A PEDIDO DE PARTE. En cualquier momento el afectado podrá pedir la reducción o sustitución de una medida cautelar por otra, cuando la decretada fuere excesiva o vejatoria. Podrá también dar garantía suficiente para evitar alguna de las medidas cautelares reguladas por este Código o para obtener su inmediato levantamiento. Dicha garantía consistirá en fianza, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente.”

Si bien se prevé la posibilidad de modificación o adecuación para el mejor cumplimiento de su finalidad (y con esto tiene directa relación su carácter eminentemente instrumental), si la parte afectada por el dictado de la medida no interpuso oportunamente los recursos que la ley otorga (apelación al solo efecto devolutivo), no puede reclamar luego por la vía incidental su levantamiento sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma.

4.4. DESPACHO SIN AUDIENCIA DE PARTE.

Otra peculiaridad de las medidas cautelares es que ellas pueden ser dictadas *inaudita pars* (sin previa audiencia de parte), sin perjuicio de que el afectado pueda, una vez cumplida, discutir su procedencia y extensión. Así lo dispone el Art. 694 del Código Procesal Civil, que dice:

“CUMPLIMIENTO Y APELACIÓN DE LAS RESOLUCIONES. Ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite, y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria, la que en todos los casos será notificada personalmente o por cédula dentro de los tres días del cumplimiento de la misma.”

La solución legal adoptada merece especial comentario, dado que en una época en que tanto se habla de la garantía constitucional del debido proceso -por cierto, muy diferente de los años en que fue concebido el instituto, cuando pre-

dominaban en el mundo las ideas despóticas y *sustancialistas*³⁰ del proceso- podría interpretarse que esta característica propia de las medidas cautelares entraña una grave contradicción con el sistema.

Sin embargo, lo que se tiene en mira es la ejecutividad de la medida, a cuyo efecto resulta comprensible que la misma se dicte sin audiencia previa del afectado. De lo contrario, si aquél tuviera conocimiento de lo resuelto, podría eventualmente realizar actos capaces de frustrar la ejecución de la medida; con lo cual, la medida dictada quedaría en el tintero y se volvería inaplicable.

Así, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha dicho que “...la falta de notificación a las partes de la ejecución de una medida cautelar, no devendría en una indefensión, porque las medidas cautelares, por su naturaleza, se dictan *inaudita altera pars*. De ahí la exigencia de la contracautela.”³¹

Directa relación con esto tiene la institución de la contracautela, que al decir casi unánime de la doctrina, consiste en un medio no sólo tendiente a asegurar la responsabilidad del solicitante por los daños que la medida pudiera ocasionar si ella fuera decretada sin derecho, sino también como una manera de garantizar la igualdad de las partes y reparar el equilibrio procesal vulnerado por la falta de bilateralidad inicial.³²

Por lo demás, este carácter de la medida cautelar (que puede ser dictada sin audiencia previa de parte) no es esencial, puesto que son los caracteres de *instrumentalidad* y *provisionalidad* los que sirven para identificar a las medidas cautelares, sin importar que estas sean dictadas con audiencia de parte o sin ella. Es decir, una medida cautelar dictada con audiencia de parte, sigue siendo medida cautelar. Y por el contrario, una resolución con carácter definitivo y que satisface la pretensión principal deducida (cualquiera sea el nombre que se le quiera asignar), aunque sea dictada sin audiencia de parte, bajo ningún punto de vista puede ser considerada como una medida cautelar.

³⁰ Llamamos “sustancialismo” o “decisionismo” a la corriente moderna de pensamiento procesal que defiende la idea de que los jueces, en el afán de “hacer justicia”, pueden -y deben- superar y dejar de lado los obstáculos “formales” (o garantías procesales) que limiten dicha tarea, siempre en aras a la realización del fin superior (con una elocuente primacía de la “meta” por sobre el “método”, en palabras de Alvarado Velloso).

³¹ Ac. y Sent. 331, 04/12/1986.

³² FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª. Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 666; PODETTI, Ramiro J.; *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, EDIAR, 1956, p. 61; CUADRAO, Jesús; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 281; MARTÍNEZ BOTOS, Raúl; *Medidas Cautelares*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1994 p. 56; ARAZI, Roland (Director) y otros; *Medidas cautelares*, 2ª ed, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 9 y 10; entre otros.

Lo que ocurre es que normalmente en los Códigos procesales la única providencia que admite esta cualidad de poder ser dictada sin audiencia de parte es la medida cautelar (porque no resuelve sobre la cuestión de fondo y no influye sobre el derecho que debe ser declarado por la sentencia), de donde se deduce, a *contrario sensu*, que una resolución que declara un derecho sustancial no puede ser dictada sin audiencia de parte.

4.5. SUMARIEDAD.

Además, el despacho de las medidas cautelares es sumario: es decir, que no exigen un conocimiento judicial amplio previo a su determinación. La doctrina coincide que a diferencia de lo que ocurre con la sentencia definitiva –especialmente en los procesos de conocimiento–, el despacho de la medida cautelar requiere de un conocimiento meramente superficial, y no la certeza.

La procedencia de la medida cautelar requiere, como condición para su otorgamiento, la prueba de la verosimilitud del derecho (o *fumus bonis iuris*) invocado como condición para su otorgamiento, y no la certeza de existencia de aquél.

La doctrina procesal dominante entiende que la sentencia es un juicio de certeza, de verdad definitiva; de ahí el concepto de verosimilitud que rodea a las medidas cautelares: *veri similis* significa en latín “similar a la verdad”, no la verdad misma (*veritas*). La verosimilitud sería por tanto un conocimiento cercano, aproximativo a la verdad o certeza que se busca con la sentencia.

Los tribunales paraguayos se refieren al carácter sumario que requieren las medidas cautelares, reflejado en la verosimilitud del derecho, diciendo:

“La verosimilitud del derecho no impone la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso cual es necesario para resolver el pleito, sino que el derecho de que se trate tenga o no apariencia de verdadero. No es necesaria, pues, la plena prueba de la existencia del derecho, sino su verosimilitud comprobada en forma sumaria.”³³

En otro fallo, se expresa que

“...no debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas, que juegan armónicamente

³³ Tribunal de Apelación, 3ª. Sala, A.I. No. 113, 20/03/2000.

en momentos diferentes del juicio. Al órgano jurisdiccional le basta y es suficiente la apariencia fundada del derecho, lo que equivale a responder asertivamente a la viabilidad jurídica de la pretensión.”³⁴

³⁴ Tribunal de Apelación 2ª. Sala, A.I. No. 180, 28/04/99.

CAPÍTULO II: Presupuestos de las medidas cautelares en el derecho positivo paraguayo.

I. INTRODUCCIÓN.

La doctrina, en forma unánime, ha establecido que los requisitos exigidos para el otorgamiento de las medidas cautelares son:

- Verosimilitud del derecho;
- Peligro en la demora; y
- Contracautela.

El Art. 693 del Código Procesal Civil paraguayo se refiere expresamente a estos presupuestos, diciendo:

“PRESUPUESTOS GENÉRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella:

- a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca;
- b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso; y
- c) otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada.”

En la Argentina, si bien no se encuentra una disposición como la del Código paraguayo que refiera directamente a los presupuestos en cuestión, el Art. 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, relativo a la contracautela, menciona expresamente la exigencia de contracautela y de la verosimilitud del derecho invocado, como condiciones para su otorgamiento. Dice el citado Art. 199 del CPCN:

“CONTRACAUTELA. La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del art. 208...”

Seguidamente nos referiremos a cada uno de estos presupuestos, a modo de resaltar los alcances que les son otorgados por la doctrina y jurisprudencia dominantes.

2. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

2.1. PELIGRO EN LA DEMORA.

El peligro en la demora o *periculum in mora* es al decir de los autores el requisito por excelencia de la medida cautelar, ya que constituye la justificación de su existencia misma. En efecto, la posibilidad de que la sentencia definitiva que vaya a ser dictada en el proceso pudiera resultar infructuosa y no pudiera ser ejecutada, es lo que da origen al instituto de la medida cautelar. En este orden de cosas, procederemos a analizar este requisito antes que los demás, y no como lo hacen la mayoría de los autores (y nuestro CPC), que primero tratan acerca de la verosimilitud del derecho y recién *a posteriori* el peligro en la demora.

Calamandrei explica el fundamento de este presupuesto en los siguientes términos:

“El *periculum in mora*, que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior *daño marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva.*”³⁵

Palacio, a su vez, dice:

“Junto con la verosimilitud del derecho, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse (*periculum in mora*), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.”³⁶

³⁵ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 42.

³⁶ PALACIO, Lino E., *op. cit.*, p. 34.

Tratándose del elemento que sustenta en forma directa el dictado de la medida, el peligro debe ser real y objetivo, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto. De ahí que no sea suficiente la invocación de un simple temor o sospecha del solicitante; la pretensión debe fundarse en hechos que a la vista de cualquier persona en uso de razón, lleven a pensar que el peligro existe real y concretamente.³⁷

Este requisito debe ser acreditado en forma sumaria al solicitar la medida, pudiendo para ello el peticionante recurrir a cualquier medio de prueba, incluida la testifical. No obstante, en la práctica la acreditación del peligro se efectúa mediante una simple manifestación del interesado, que pone en conocimiento del juez los motivos por los cuales considera que la sentencia podría ser ilusoria. En los casos de medidas cautelares sobre bienes, basta la prueba sumaria del incumplimiento de la obligación para suponer que el deudor podría realizar actos de disminución de su patrimonio a fin de frustrar la ejecución de la obligación.

Casco Pagano distingue los dos supuestos en que puede existir el peligro en la demora:

“Cuando exista el peligro de que la tutela jurídica definitiva contenida en la sentencia llegue demasiado tarde, de suerte que en la práctica no sea posible hacerla efectiva; y cuando la urgencia de la adopción de la medida sea necesaria para evitar la inminencia de un perjuicio irreparable, que no pueda ser prevenido por otros medios procesales.”³⁸

El concepto ni la aplicación del peligro en la demora suelen traer mayores complicaciones. En la práctica de nuestros Tribunales muy pocas veces se requiere una prueba siquiera sumaria de la urgencia, bastando por lo general una mera invocación de tal peligro por parte del solicitante, cuya apreciación queda librada al arbitrio judicial.

2.2. VEROSIMILITUD DEL DERECHO.

La doctrina admite sin mayores discrepancias que las medidas cautelares, debido al carácter de sumariedad antes señalado, no requieren una prueba terminante del derecho invocado por el solicitante, sino sólo la apariencia de buen derecho, o lo que se conoce con el nombre de *fumus bonis iuris* del Derecho Romano. De ahí que

³⁷ PODETTI, Ramiro J.; *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, EDIAR, 1956, pp. 57 y 61.

³⁸ CASCO PAGANO, op. cit., p. 1299.

se requiera un conocimiento sólo superficial, parcial, no exhaustivo del fundamento de la pretensión del solicitante, la cual será finalmente decidida en la sentencia de mérito que haya de dictarse luego del contradictorio.

Habíamos visto que el concepto de verosimilitud reconoce como antecedente histórico inmediato la *cautio de dolo* del Derecho Romano, la cual consistía en la garantía que debía prestar el demandado por reivindicación cuando existían serios o fundados indicios de que la acción entablada en su contra podía ser acogida.³⁹

Palacio y Alvarado Velloso, en su obra conjunta, lo definen de la siguiente manera:

“Dado que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad, la fundabilidad de la pretensión que constituye objeto de aquél no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico y superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso.

De allí que, para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar resulta suficiente la comprobación de la *apariencia* o *verosimilitud* del derecho invocado por el autor (tradicionalmente llamado *fumus bonis iuris*), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho”.⁴⁰

Casco Pagano, por su parte, dice:

“Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*): La ley requiere que se acredite ‘prima facie’ que el derecho de quien solicita la medida cautelar es verosímil, creíble, aparentemente cierto (humo de buen derecho)... Verosimilitud no es sinónimo de certeza. Verosímil significa que el derecho que se invoca tiene apariencia de verdadero, que existe la posibilidad de que efectivamente exista”.⁴¹

³⁹ Ver supra, pp. 6 y ss.

⁴⁰ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 35.

⁴¹ CASCO PAGANO, op. cit., p. 1218.

Podetti, a su vez, expresa que

“La comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere una instrucción suficientemente extensa para formar la convicción del juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o participación o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos del interés en litigio. Y las medidas cautelares, conforme al interés que las justifica: el temor de la frustración o su urgencia, exigen disminuir o suprimir la instrucción y demorar la participación de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, de manera que proporcione la verosimilitud del derecho; que en ciertas circunstancias pueda presumirse que exista y que, por último, pueda admitirse su existencia ante la afirmación del actor, avalada por una buena contracautela.”⁴²

Calamandrei explica:

“...el resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad”.⁴³

Y luego agrega Calamandrei que

“...no sólo no existe en el proceso cautelar una fase destinada a transformar esta hipótesis en declaración de certeza, sino que la existencia de una fase semejante estaría en absoluta oposición con la finalidad de este proceso: la providencia cautelar es, por su naturaleza, hipotética; y cuando la hipótesis se resuelve en la certeza, es señal de que la providencia cautelar ha agotado definitivamente su función”.⁴⁴

Por otra parte, se discute en la doctrina si el despacho de una medida cautelar constituye o no prejuzgamiento acerca de la cuestión principal, en razón de la verosimilitud del derecho sobreentendida. Es opinión mayoritaria que en ningún caso el despacho favorable de una medida cautelar implica prejuzgamiento acerca de la cuestión principal. Martínez Botos reseña lo siguiente:

“En las resoluciones que aprecian *prima facie* una situación jurídica a fin de dictar una medida precautoria no se da el innecesario e inadecuado anticipo de criterio que es configurativo del prejuzgamiento.”⁴⁵

⁴² PODETTI, Ramiro J., op. cit., p. 54.

⁴³ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 77.

⁴⁴ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 77.

⁴⁵ MARTÍNEZ BOTOS, op. cit., p. 129.

El análisis de la verosimilitud del derecho es efectuado por el juez únicamente con los elementos que le proporciona el solicitante de la medida, sin que le esté permitido dar audiencia a la parte contraria para hacer un juicio de valor más sensato.

Otra cuestión de suma importancia y que hemos puesto de resalto es que la graduación de la contracautela está supeditada a la menor o mayor verosimilitud del derecho invocado por el peticionante (Art. 704 del CPC); en los casos de máxima verosimilitud, la contracautela debe ser mínima; y a la inversa, ante una leve verosimilitud del derecho, se debe exigir una mayor contracautela.

Por lo general, los autores entienden por verosimilitud un grado de conocimiento inferior al de certeza de verdad que entrañaría la sentencia final; se trata sólo de una aproximación a la verdad que a criterio del juez podría resultar del caso que le es sometido.

Vale la pena destacar que la prueba de la verosimilitud del derecho está supeditada al arbitrio judicial, salvo los casos en que aquélla se halla presumida por la ley. En este sentido, el Art. 709 del Código Procesal Civil dice:

“PROCESO EN TRÁMITE. Durante el proceso, podrá decretarse el embargo preventivo:

- cuando uno de los litigantes hubiere sido declarado en rebeldía, en el caso del artículo 72;
- siempre que la confesión expresa o ficta resultare de la verosimilitud del derecho, o ello surgiere de la contestación de la demanda o reconvencción; y
- si quien lo solicita hubiere obtenido sentencia favorable, aunque estuviese recurrida.”

Además, la procedencia del embargo preventivo está por lo general condicionada a requisitos específicos de acreditación de la verosimilitud del derecho. El Art. 707 del Código Procesal Civil dice:

“PROCEDENCIA. Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes:

- a) que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público, o privado atribuido al deudor, abonada la firma por información sumaria de dos testigos;

- b) que, fundándose la petición en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo en este caso probarse, además, sumariamente, el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que este ofreciese cumplirlo, o que su obligación fuese a plazo;
- c) que la deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que éstos puedan servir de prueba;
- d) que, estando la deuda sujeta a condición suspensiva o pendiente de plazo, el actor acredite sumariamente que su deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, o siempre que justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido notablemente la responsabilidad de su deudor después de contraída la obligación.”

A su vez, el Art. 708 del mismo Código dice:

“**OTROS CASOS.** Podrán igualmente pedir embargo preventivo:

- a) el coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, si acreditare la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y prestare suficiente contracautela;
- b) el propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que le reconoce la ley. Deberá acompañar a su petición el título de propiedad o el contrato de locación, si lo hubiere, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias;
- c) la persona a quien la ley reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justificare en la forma establecida en el artículo anterior, inciso b);
- d) la persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida; y
- e) el adquirente, cuando demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, respecto del bien objeto del mismo, si el derecho fuere verosímil.”

Pero finalmente, por lo general, en la determinación de la verosimilitud del derecho gobierna el criterio del juez, quien goza de amplia libertad para juzgar si se halla o no cumplido tal requisito.

2.3. CONTRACAUTELA.

La contracautela es una caución exigida al peticionario de una medida cautelar para asegurar el pago de las costas y los daños y perjuicios que pudieran resultar si la medida fuera solicitada sin derecho o con abuso del derecho. Esta caución funciona como “cautela de la cautela”, como bien lo explica Calamandrei (aunque el término “contracautela” se debe a la original enseñanza de Chiovenda).

Como hemos visto, esta caución halla su fundamento en el Derecho Romano, al cual se debe la creación de una amplia gama de *cautiones* o garantías que eran requeridas en ciertos casos por el pretor o el juez para asegurar la responsabilidad en caso de un daño futuro, fuera de un proceso o dentro de él.

Para explicar el concepto, refiere Calamandrei:

“...mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes.”⁴⁶

Para Kielmanovich,

“...este presupuesto es la contracara de la medida cautelar, la que si bien por un lado apunta a asegurar un derecho que aún es litigioso, resguarda también para el afectado la efectividad del resarcimiento de los perjuicios que aquélla pudiese inversamente provocarle, y reemplaza, en cierta medida, a la bilateralidad o controversia, normalmente postergada hasta el momento de su traba.”⁴⁷

La determinación del tipo y monto de la contracautela queda librada al arbitrio judicial, aunque se ha sentado el principio –antes ya mencionado– de que la contracautela se halla en una relación inversamente proporcional a la verosimilitud del derecho: de tal manera que a mayor verosimilitud, menor habrá de ser la contracautela, y viceversa. El Art. 704 del CPC dice:

“**CONTRACAUTELA.** La clase y monto de la caución a que se refiere el artículo 693, inciso c), como condición para decretar la medida precautoria, será gradua-

⁴⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 64.

⁴⁷ KIELMANOVICH, *op. cit.*, p. 56-57.

da prudentemente por el juez o tribunal, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ser prestada por el interesado o por tercero.”

En cuanto a las “circunstancias del caso”, significa que se deberá tener en cuenta la gravedad de la medida, es decir la magnitud del menoscabo patrimonial que a la postre pudiera derivarse de su dictado, como también el valor presunto de los bienes inmovilizados.⁴⁸

Tratándose de una caución, la contracautela puede ser real (hipoteca, prenda) o personal (fianza, garantía bancaria, póliza de seguro), prefiriéndose la garantía real en los casos que requieren mayor contracautela. De esto se desprende que la caución juratoria que normalmente admiten los jueces ordinarios en el Paraguay, no puede servir como tal, puesto que la mera promesa brindada por el interesado de hacerse responsable de los daños que pudiera causar nada agrega a la responsabilidad civil genérica prevista en el Código Civil. La fianza debe ser en todo caso prestada por un tercero de reconocida solvencia, y no por el propio peticionante.⁴⁹

La Jurisprudencia de los Tribunales paraguayos ha ratificado esta línea de pensamiento:

“El arbitrio de la caución juratoria es insuficiente para garantizar la eventual responsabilidad pecuniaria del peticionario. La caución requerida en relación con las medidas cautelares debe entenderse siempre como garantía, ya sea esta real o personal, en cualquiera de las especies reconocidas por el derecho civil... Nuestro ordenamiento procesal, ya ha eliminado la caución juratoria como forma de contracautela...”⁵⁰

No obstante, la ley exonera de la obligación de prestar contracautela a ciertas personas. La regla general está contenida en el Art. 705 del CPC, que reza:

“EXENCIÓN DE CONTRACAUTELA. No se exigirá caución, si quien obtuvo la medida fuere:

- a) el Estado, una de sus reparticiones, una Municipalidad o persona reconocidamente abonada, conforme a lo dispuesto por el Código Civil o leyes especiales; o
- b) persona que actúe con beneficio de litigar sin gastos, o eximida de la obligación por este Código.”

⁴⁸ MARTÍNEZ BOTOS, op. cit., pp. 57 y 58.

⁴⁹ TApel., Civ. y Com., Sala 4, A.I. No. 380, 12/11/1987.

⁵⁰ TApel., Civ. y Com., Sala 3, A.I. No. 113, 20/03/2003.

En cuanto al inciso a), la ley presume en ciertos casos que las personas de que se trata gozan de la solvencia necesaria para hacer frente a los daños que la contracautela está destinada a garantizar. En el inciso b), la ley exime de contracautela a la persona que litiga bajo beneficio de litigar sin gastos o beneficio de pobreza, promoviendo una real igualdad ante la ley y facilitando el acceso a la justicia a los más desprotegidos. Por último existen leyes especiales que eximen de prestar la garantía a ciertas instituciones (como los Bancos y Financieras, que están eximidas de prestar contracautela según el Art. 96 de la ley 861/96).

También debe tenerse en cuenta aquí lo dispuesto por el Art. 709 del Código Procesal Civil paraguayo, transcrito más arriba, que exime de prestar contracautela en los siguientes casos: **a)** cuando exista sentencia definitiva favorable a aquel que solicita la medida, por más que se halle recurrida; **b)** cuando resulte de confesión de la parte contraria; y **c)** cuando haya declaración de rebeldía contra uno de los litigantes.

Por otra parte, del presupuesto de flexibilidad de las medidas cautelares se desprende que el afectado por la medida puede solicitar la mejora de la contracautela fijada por el juez, probando sumariamente que ella no es suficiente para garantizar los eventuales daños que pueden ser causados. Este pedido se tramitará como incidente, y la resolución que recaiga en él será apelable, pero al efecto solo efecto devolutivo (es decir, sin efecto suspensivo), con lo que ante la apelación permanecerá la caución originalmente prestada por el solicitante.

Kielmanovich comenta que

“...la mejora de la caución deberá peticionarse antes de consentir el interesado la resolución que la fijó, en tanto se trate de antecedentes que obren ya en la causa, debiendo en tal caso deducirse los recursos que correspondan; mientras que su modificación por hechos sobrevinientes podrá intentarse ulteriormente y en todo tiempo.”⁵¹

Sin embargo, la opinión citada no es aplicable respecto del Código Procesal Civil paraguayo, por cuanto la ley indica el trámite del incidente sin especificar que el mismo sólo podrá fundarse en causas sobrevinientes o en una disminución ulterior de la contracautela ofrecida, dejando el recurso sólo para el caso de que pueda apreciarse que la contracautela es abiertamente insuficiente o inexistente, como por ejemplo cuando se otorga una caución juratoria. En los demás casos, la vía apropiada

⁵¹ KIELMANOVICH, op. cit. p. 58.

para obtener la mejora es la del incidente, que no requiere haber interpuesto previamente los recursos de apelación ni nulidad.

Finalmente, se discute si la contracautela es requisito de admisibilidad (o exigible *ab initio* al ser solicitada la medida) o de simple ejecutabilidad de lo resuelto (al modo de una condición suspensiva); discusión que no se presenta respecto de si la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Para algunos autores los requisitos de las medidas cautelares son nada más que dos: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; mientras que la contracautela sería sólo presupuesto de cumplimiento, no de concesión. Para otros, constituye el tercer requisito para el otorgamiento de las medidas cautelares.

La discusión no carece de interés práctico. El problema que se plantea es si la resolución que ordena una medida cautelar es o no apelable por no haberse prestado contracautela, o si ella fuera insuficiente, en el siguiente sentido: si se tratara de un requisito de ejecutabilidad, la providencia cautelar no sería apelable por falta de contracautela; mientras que si se la considerara un requisito de admisibilidad, la resolución cautelar sería apelable, porque faltaría uno de sus presupuestos esenciales.

CAPÍTULO III: Las medidas cautelares y los llamados “procesos urgentes”. Su diferenciación de otras formas de tutela.

I. LA CATEGORÍA DE LOS “PROCESOS URGENTES”.

Existen procesos especiales a los que la doctrina califica de “urgentes” en cuanto tienden a solventar una situación que requiere medidas inmediatas, como ocurre, por ejemplo, en los interdictos y acciones posesorias, el proceso de amparo, el proceso de alimentos, entre otros, en los que la falta de resolución podría ocasionar la pérdida irremediable del derecho. Esta nota de urgencia es el punto en común de este tipo de procesos y las medidas cautelares, ya que en ambos el presupuesto básico que tiene en mira la ley es el peligro en la demora (cuya definición hemos visto).

En puridad, convendría aclarar que lo “urgente” no es el proceso en sí, sino la necesidad de que sea adelantada o satisfecha la pretensión del actor, para que ésta no resulte estéril; es decir, lo urgente es el objeto material del proceso, y no el proceso mismo.

Puesta esta aclaración, debemos advertir que el sólo hecho de la urgencia no es motivo suficiente para confundir a un proceso “urgente” (o mejor, en el que se deduce una pretensión que requiere una decisión “urgente”) con las medidas cautelares. Existe una diferencia radical: aquellos procesos llamados “urgentes” pretenden tener un fin en sí mismos, mientras que las medidas cautelares responden a una finalidad meramente instrumental. Por ejemplo, en los interdictos posesorios se resuelve acerca de la tenencia o posesión de una cosa, se declara un derecho y con una tutela inmediata. En cambio, las medidas cautelares no declaran ningún derecho sustancial y sólo sirven de herramienta en el proceso dentro del cual se ventila o se persigue la tutela definitiva.

A pesar de estas limitaciones (derivadas de la vigencia del principio de inocencia y del debido proceso consagrados por la Constitución Nacional), la doctrina se ha empeñado en crear nuevas formas de tutelas urgentes, con las que

“...se procura alcanzar, por sobre todas las cosas, la rápida resolución del conflicto, postergando, si se quiere, para una etapa ulterior, la bilateralidad o con-

tradicción en los trámites o ya la impugnabilidad o revisabilidad de resoluciones dictadas a su amparo...”⁵²

A continuación, nos referiremos brevemente a algunas especies de estos procesos urgentes, haciendo la debida aclaración de que por razones prácticas incluiremos en el tratamiento de la cuestión nuestra valoración crítica, con lo cual de cierta manera adelantamos algunos de los puntos centrales de nuestra tesis y que servirán para la comprensión global de la exposición.

2. EL PROCESO DE FIJACIÓN DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA.

A. CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Un ejemplo de la denominada “tutela urgente” constituye el juicio de alimentos regulado por el Código Procesal Civil paraguayo (Arts. 597-601), en el cual, el juez debe dictar sentencia fijando los alimentos en forma provisoria, sin citación de la otra parte, la cual dispone del recurso de apelación y de los incidentes para obtener la revocación o la modificación de lo resuelto.

El Art. 599 del Código Procesal Civil dice:

“SENTENCIA. Si estimare procedente la petición, el juez dictará sentencia de inmediato, fijando la cantidad que considere equitativa y mandando que se la abone por mes adelantado, desde la fecha de interposición de la demanda.”

De la norma transcripta se colige que el alimentante no tiene derecho a la defensa en este juicio, dado que la sentencia se dicta inmediatamente, *inaudita et altera pars*.

El Art. 600 del Código Procesal Civil dice:

“RECURSOS. Contra la sentencia definitiva procederá el recurso de apelación, que será concedido sin efecto suspensivo, si hiciere lugar a los alimentos, en cuyo caso se reservará en el juzgado testimonio de la sentencia, para su ejecución, remitiéndose inmediatamente las actuaciones al superior.”

Dentro de la misma tesitura, el alimentante puede apelar la sentencia dictada

⁵² KIELMANOVICH, op. cit., p. 15.

pero sólo al efecto devolutivo (sin efecto suspensivo), con lo cual el fallo se ejecuta mientras se sustancia la apelación.

El Art. 601 del Código Procesal Civil establece:

“MODIFICACIÓN O CESACIÓN DE LOS ALIMENTOS. Toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos, se sustanciará por las normas de los incidentes, en el proceso en que fueron solicitados. Este trámite no suspenderá la percepción de las cuotas ya fijadas.”

Como puede notarse, el derecho a la defensa del demandado queda diferido a una oportunidad ulterior al dictado de la sentencia, por lo que si pretende alegar la modificación o supresión del régimen alimentario fijado por la sentencia debe hacerlo por la vía incidental, con traslado y participación de la otra parte (Art. 185 del CPC), con la desventaja de que mientras se tramita el incidente respectivo, no se suspenden los efectos de la sentencia.

CRÍTICA.

Este procedimiento trae aparejada una tangible violación del derecho a la defensa y del principio de la igualdad de las partes, puesto que el argumento de que la postergación de la contradicción a un momento posterior a la sentencia no equivale a suprimirla, es del todo inaceptable, a saber que con ello de todas formas se vulnera la prohibición del Art. 17 de la Constitución Nacional de dictarse sentencia sin juicio previo y sin audiencia de parte. Por lo menos, se hubiera previsto una contracautela para asegurar el resarcimiento de los daños y el pago de las costas.

B. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El Código de la Niñez y la Adolescencia vigente en la República del Paraguay desde el año 2001 establece el procedimiento para la fijación de alimentos del niño y de la mujer en estado de gravidez.

Sin embargo, a diferencia de la solución adoptada por el Código Procesal Civil, se dispone aquí para la fijación provisoria de los alimentos la realización de una audiencia previa con el interesado, de manera a salvaguardar su derecho a la defensa. El Art. 186 de dicho Código dice:

“DEL PROCEDIMIENTO. En el juicio de alimentos, el trámite se regirá por el

procedimiento especial establecido en este Código, con las excepciones establecidas en este Capítulo.

Durante cualquier etapa del procedimiento, el Juez podrá dictar la fijación provisoria de alimentos, para lo cual deberá oír al demandado, de conformidad a lo dispuesto en el art. 188 de este Código.”

A su vez, el Art. 188 del Código de la Niñez dice:

“DE LA INTERVENCIÓN DEL ALIMENTANTE. En las actuaciones de primera instancia, solicitada la fijación provisoria de alimentos, el Juez, antes de pronunciarse sobre lo solicitado, citará al alimentante una sola vez y bajo apercibimiento de tener por ciertas las afirmaciones de la parte actora. La incomparecencia del alimentante no obstará a que se dicte la medida.”

Es digno de destacar el avance que supone esta nueva herramienta legal, desde el punto de vista de que a partir de ella el alimentante –que no todas las veces tiene que ser “el malo de la película”- goza de la oportunidad de presentarse a ser oído y que el juez tenga en cuenta sus argumentos y sus posibilidades reales de satisfacer los alimentos, antes de recibir una condena (que en otras ocasiones no se ve venir y no se la puede cumplir).

3. EL AMPARO.

Otro tipo de procedimiento que cabría ser enmarcado dentro de la categoría de procesos urgentes es el amparo, legislado en el Código Procesal Civil y en la Constitución Nacional. Inclusive, se podría decir que el amparo es el proceso urgente por excelencia.

Sobre el instituto dice Casco Pagano:

“...es una garantía constitucional concebida con carácter excepcional, se la otorga sólo cuando se reúnen las condiciones básicas de: gravedad y urgencia. El Amparo es una garantía porque constituye un medio otorgado para hacer valer un derecho.”⁵³

“La urgencia, como requisito que hace viable el Amparo, consiste en la condición actual o inminente del daño, que no admite demora en su solución. Siendo así, torna ineludible la promoción de la acción excepcional de Amparo.”⁵⁴

⁵³ CASCO PAGANO, op. cit., p. 1041.

⁵⁴ CASCO PAGANO, op. cit., p. 1045.

El Art. 134 de la Constitución Nacional es el que establece los casos en que puede recurrirse al amparo, diciendo:

“Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionado gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley.

- El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.
- Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral.
- El amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni en contra de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción o promulgación de las leyes.
- La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.”

Especial importancia tienen en cuanto al amparo las medidas cautelares, ya que la ley prevé la posibilidad de solicitarlas al promover la demanda respectiva. El Art. 571 del Código Procesal Civil dispone:

“MEDIDAS DE URGENCIA. En cualquier estado de la instancia el juez podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, medidas de no innovar, si hubiere principio de ejecución o inminencia de lesión grave. Deberá disponer la suspensión del acto impugnado, ordenar la realización del acto omitido o decretar otras medidas cautelares que juzgue convenientes, cuando a su juicio aparezca evidente la violación de un derecho o garantía y la lesión pudiere resultar irreparable. En cualquiera de dichos casos los trámites deberán proseguir hasta dictarse sentencia. El juez podrá exigir medidas de contracautela. El pedido de medidas de urgencia deberá resolverse el mismo día de su presentación.”

En muchos casos, se ha confundido la medida cautelar con el amparo, aunque tal confusión se ha producido tal vez con la intención de obtener una “medida de urgencia” pero sin el acompañamiento de la demanda de amparo. Sin embargo, las normas citadas permiten una clara diferenciación entre el amparo y las medidas cautelares:

- i) El amparo contiene la pretensión de la declaración o actuación de un de-

recho sustancial, que se resuelve con la sentencia de mérito; sin perjuicio de que para asegurar dicha pretensión o evitar un perjuicio irreparable se dicte dentro del mismo amparo una medida cautelar. En contrapartida, la medida cautelar que se pueda dictar en el amparo no tiene un fin en sí misma: responde a una finalidad instrumental, al igual que las medidas cautelares dictadas en cualquier otro proceso, al cual sirven de coadyuvante y sin el cual no pueden existir. Por ende, debe tenerse en claro que el amparo no se agota con la medida de urgencia, sino con la sentencia de mérito; y,

- ii) Debemos además remarcar que por la especial connotación jurídica del amparo, la medida cautelar prevista para este tipo de proceso, reviste también ciertas peculiaridades: puede ser despachada de oficio; puede tener el mismo objeto de la pretensión principal deducida, cuyos efectos adelanta; la contracautela es opcional, a criterio del juez. En cambio, las medidas cautelares ordinarias, por así decirlo, sólo pueden ser dictadas a pedido de parte; por lo general, no podrían adelantar la sentencia de mérito sino sólo asegurar su eventual cumplimiento, por lo que se discute que su objeto pueda coincidir con el de la pretensión principal; y, la contracautela es invariablemente requerida (salvo los casos en que la ley permite su exención).

Por otra parte, sin perjuicio de la urgencia y la gravedad que motiva la promoción del amparo, y sin alterar la finalidad de una tutela inmediata y efectiva que la ley ha proveído, se ha logrado preservar el derecho a la defensa, el cual se asegura mediante la providencia del traslado de la demanda al demandado, con lo cual sólo luego de oído éste y producidas las pruebas (aunque en forma sumaria), se dicta la sentencia, de la cual pueden recurrir las partes.

Con la aprobación del Código Procesal Civil de 1988, se había incluido un artículo que permitía al juez dictar sentencia sin ningún trámite. El Art. 580, posteriormente derogado por Ley No. 600/95, decía:

“SENTENCIA INMEDIATA. Cuando por las circunstancias del caso y la urgencia con que deba concederse la tutela no fuere posible sustanciar el amparo, el juez dictará sentencia sin más trámite.”

El motivo de la derogación es evidente: la norma era rotundamente violatoria de la Constitución Nacional, la cual dispone que “el procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley”; pero en

ningún momento autoriza la Constitución a que se dicte sentencia sin procedimiento o proceso previo.

Tampoco se justificaba la posibilidad de que se dicte sentencia inmediata y sin audiencia de parte, cuando para precautar cualquier situación de urgencia o de daño inminente, la ley ponía a disposición del juez (y del peticionante, obviamente) la susodicha “medida de urgencia”.

Igualmente, la derogación de esta norma corrobora la tesis que sostenemos: la ley procesal debe, en todos los casos, estar de conformidad con lo dispuesto por la Constitución.

Creemos que no es lo mismo apelar una sentencia sin haber tenido derecho a contradecir la pretensión de la demanda o promover la modificación o revocación por vía incidental posterior, que tener el real y efectivo derecho de contradicción en la fase oportuna, cuando realmente se ejercita el derecho a la defensa.

También creemos que si aquellos autores que sostienen que el hecho de “diferir” el momento de la defensa en juicio no implica suprimirla se vieran en el caso real de ser demandados y condenados sin poder defenderse, cambiarían rápidamente su posición doctrinal. A propósito, creemos, con toda humildad, que probablemente muchos de los procesalistas “modernos” (que propugnan la vigencia de “medidas autosatisfactivas”, “sentencias anticipatorias”, “cautelares materiales”, etc.), cambiarían drásticamente de opinión y sus refinadas teorías serían retiradas de los círculos de discusión académica, si sufrieran en carne propia las consecuencias judiciales de sus propias enseñanzas.

4. LOS INTERDICTOS POSESORIOS.

Los interdictos posesorios son remedios procesales establecidas con el objeto de proteger la posesión, que para la procedencia de aquéllos, debe ser pública e inequívoca (Art. 636 del CPC).

De acuerdo con el Art. 638 del CPC, los interdictos pueden ser: para adquirir la posesión, para retenerla, para recobrarla o para impedir una obra nueva.

En ningún caso la sentencia que haya de dictarse en este proceso produce cosa juzgada en sentido material, ya que las partes pueden posteriormente entablar las acciones reales que les correspondan (Art. 637 del CPC).

El Código confiere a los interdictos un trámite común, el cual está indicado en el Art. 643, que dice:

“TRÁMITE. Deducida la demanda, el juez fijará audiencia con intervalo de tres días, al actor y al que éste pretenda que lo perturba en la posesión. En dicha audiencia el juez oirá a las partes, recibirá los documentos y demás pruebas que se presenten, extendiéndose acta, en la que se harán constar los alegatos y las pruebas producidas. Los testigos no podrán ser más de cuatro por cada parte.”

La ley establece así un procedimiento sumario, pero con previa audiencia de parte, lo cual asegura el derecho a la defensa. Aun cuando la pretensión del actor esté claramente fundada, el juez no puede dictar sentencia sin la audiencia del interesado y sin que se le haya dado la oportunidad de probar en su descargo.

No obstante, en el caso del interdicto de recobrar la posesión, el juez puede ordenar, como medida cautelar, la restitución del bien desposeído. Veamos lo que dice el Art. 649 del CPC:

“RESTITUCIÓN DEL BIEN. Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución inmediata del bien, el juez podrá ordenarla previa caución que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.”

De la norma transcripta se desprenden los tres requisitos básicos establecidos por el Art. 693 del CPC para el otorgamiento de las medidas cautelares: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

Si bien la medida de restitución del bien tiene un efecto innovativo y no meramente asegurativo, consideramos que el juez debe saber apreciar las circunstancias del caso para reparar un estado de cosas que sea contrario a la ley, de donde si el actor demuestra con fehaciencia que fue desposeído injustamente de la cosa de su propiedad, que dicha desposesión le causa un perjuicio y además presta una debida contracautela, no cabe poner en tela de juicio la justicia de la medida; dejando a salvo, por supuesto, los derechos del demandado de recurrirla o impugnarla.

Pero si se negara la posibilidad de la restitución inmediata, la ley dejaría de ser eficiente en la tutela de los derechos del desposeído, con lo cual no estaría sirviendo a la finalidad que debe cumplir el proceso.

A la vez, se debería evitar que el único objetivo del litigio sea el de obtener la medida cautelar, por lo cual no estaría demás que el juez pueda despachar la medida

cautelar recién luego de oída la otra parte, de manera a adquirir mayor conocimiento de los recaudos exigidos para su otorgamiento.

Cabe asimismo señalar que en nuestra legislación procesal los interdictos siguen apareciendo como un procedimiento especial, por lo que aunque sean sumarios, no tienen propiamente una finalidad cautelar, rasgo que se pone de manifiesto con el hecho de que es dable al actor de los mismos solicitar las medidas cautelares que pudieran corresponder en cada caso. Por ende, no puede confundirse el instituto de las medidas cautelares con los interdictos posesorios, dado que éstos últimos no tienen por sí mismos un carácter cautelar o precautorio, sino que para lograr tales fines precautorios requieren la deducción o promoción coetánea de la pretensión cautelar respectiva por parte del interesado, conforme al principio general establecido por el Art. 693 del CPC.

5. LAS LLAMADAS “MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS”.

Como una especie de los llamados “procesos urgentes”⁵⁵ se levanta con insospechada fuerza en la doctrina argentina, la figura de las medidas autosatisfactivas. Si bien ya hemos adelantado algunos conceptos sobre las mismas, conviene a los fines de la exposición un análisis de este novel instituto, en comparación con el de las medidas cautelares.

5.1. CONCEPTO

¿Qué son las medidas autosatisfactivas?

Básicamente, son resoluciones dictadas con carácter urgente, sin audiencia de parte, que agotan la pretensión sustancial deducida, es decir, sin necesidad de recurrir a un proceso posterior. Se le da el nombre de “autosatisfactiva” porque con su dictado se logra la satisfacción de la pretensión del actor, dejando abierta al perjudicado la posibilidad de recurrir lo resuelto.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dice:

“Peyrano enseña que la medida autosatisfactiva procura solucionar coyunturas urgentes, se agota en sí misma y se caracteriza por:

- La existencia del peligro en la demora (igual que la cautelar);

⁵⁵ En rigor, lo urgente no es el proceso, sino la pretensión del solicitante.

- La *fuerte probabilidad* de que sean atendibles las pretensiones del peticionario; a diferencia de las cautelares, no basta la mera apariencia del derecho alegado;
- Dada esta fuerte probabilidad, normalmente no requiere contracautela;
- El proceso es autónomo, en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo; y
- La demanda es seguida de la sentencia. Por eso, en un primer momento, propuso llamarlo *proceso monitorio urgente*. Sin embargo, posteriormente sustituyó la denominación por la de *medida autosatisfactiva*, expresión que denota que el justiciable obtiene inmediatamente la satisfacción de su pretensión, sin que ello dependa de actividades posteriores.”⁵⁶

El Anteproyecto de reforma del Código de Procedimientos Civiles de Santa Fe, Argentina, elaborado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Art. 21 bis, resume con claridad la propuesta doctrinaria en cuestión:

“Los jueces —a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata— deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, 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 a 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 cautelar 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 también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *La medida autosatisfactiva: instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia familiar*, en “Medidas Autosatisfactivas”, coord. PEYRANO, Jorge W. (Director), ed. Rubinzal-Culzoni, p. 437.

- d) los jueces deberán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente, y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído;
- 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 afectare —en el supuesto que acredite prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación— previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.”⁵⁷

5.2. SU DIFERENCIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

De lo anterior, se deducen las diferencias notorias que existen entre las medidas cautelares y las denominadas “medidas autosatisfactivas”:

a) Las medidas cautelares son accesorias de un proceso principal al cual sirven de apoyo, para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva que haya de dictarse en él; mientras que las medidas “autosatisfactivas” son autónomas, constituyen su propio fin, puesto que tienen la misma calidad de sentencia que en forma definitiva resuelve la pretensión de fondo;

b) Las medidas cautelares sólo requieren del *fumus bonis iuris*, es decir, la verosimilitud del derecho invocado; mientras que las autosatisfactivas requieren de una alta probabilidad de que el derecho sea atendible. Sobre el punto, dice Carbone:

“La verosimilitud exigida para las medidas cautelares es siempre superficial y es superada en el grado de conocimiento por la probabilidad exigida para las medidas autosatisfactivas: éstas no se proponen asegurar la eficacia práctica de la sentencia de mérito sino que son el centro mismo del derecho reclamado... Probabilidad es la representación adecuada al triunfo de la acción emprendida: la persona estima haberse acercado al resultado buscado, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; no posee la verdad, pero está cerca de ella... Precisamente, estamos en un estado intermedio de la convicción, que supera la ve-

⁵⁷ PEYRANO, Jorge W. (Director) y otros; *Medidas autosatisfactivas*, p. 18.

rosimilitud (fumus), pero no alcanza para arribar a la certeza definitiva propia de la sentencia de fondo... Cuando la convicción es fuerte, suficiente, manifiesta, palmaria y seria, habrá probabilidad” ;⁵⁸

En el caso de las medidas autosatisfactivas, la contracautela puede ser requerida o no a criterio del Juez, mientras que las cautelares clásicas no pueden ser despachadas sin este requisito (salvo que medie una causa legal de excepción), que como hemos visto constituye un presupuesto esencial para su otorgamiento.

5.3. CRÍTICA

(i) En primer lugar, debemos hacer mención de la falta de originalidad de la propuesta. No sabemos si la omisión de las genuinas fuentes ha sido premeditada o no, pero es evidente que se nos presenta como “nueva” una idea no desconocida para los grandes procesalistas italianos del siglo pasado. Decía CALAMANDREI:

“...qué otra cosa que una providencia cautelar, es la ejecución anticipada y provisoria de la sanción principal concedida en vista del peligro en el retardo... Si esta no es tutela cautelar, yo no sé, dejando aparte las denominaciones que pesan poco, qué cosa pueda ser la tutela cautelar”⁵⁹

En efecto, ya en el año 1936 Calamandrei se refería al supuesto de las “providencias mediante las cuales se decide interinamente [...] una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables” y citaba como casos típicos: la denuncia de obra nueva y de daño temido, la separación personal de los cónyuges, las providencias en materias de alimentos, entre otras.⁶⁰

(ii) En segundo lugar, la terminología resulta criticable (más allá de la proliferación que ha adquirido), tanto por su falta de originalidad como de precisión idiomática. La denominación de medida “satisfactiva” corresponde al “Sistema” de

⁵⁸ CARBONE, Carlos A.; *Consideraciones sobre el nuevo concepto de fuerte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal*, en “Medidas Autosatisfactivas”, coord. PEYRANO, Jorge W. (Director), ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 169-176. No deja de sorprendernos lo pretencioso del título elegido por el autor, en el que habla de un “nuevo concepto de fuerte probabilidad” y de la elaboración de un “principio general”, como si de este artículo pudiera desprenderse una nueva teoría del conocimiento. No por mucho insistir en el carácter de “novedad” se logra crear o inventar algo nuevo. Así como tampoco quienes se autocalifican de “modernos” y “progresistas” lo son, y mucho menos cuando sus ideas provienen de la Inquisición Medieval y de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca elaborada por F. Klein en 1895.

⁵⁹ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 60.

⁶⁰ CALAMANDREI, *Introducción...*, pp. 58-59.

Carnelutti, por lo que ni siquiera la denominación podría ser considerada auténtica. Pero no solo carece de autenticidad, sino que el “*nomen iuris*” (terminología de Peyrano) resulta equívoco: la medida o providencia dictada no se satisface “a sí misma”, sino a la pretensión; ergo, la medida no podría llamarse “autosatisfactiva” (sic) o “autosatisfactiva”, sino solamente “satisfactiva de la pretensión” (o satisfactiva, en castellano). Para no caer en la rimbombancia y en la “alta probabilidad” de ininteligibilidad del concepto por parte del público, cuando menos se hubiera preferido la supresión del prefijo “auto”.

(iii) En tercer lugar, esta creación de la doctrina argentina no es sino una evidente deformación del instituto de las medidas cautelares clásicas, que son genéticamente alteradas para obtener una suerte de “salto cualitativo” que les permita llegar a un doble fin que inicialmente no estaba dentro de sus posibilidades: que la medida dictada (supuestamente) como cautelar, reemplace y se convierta en el mismo pronunciamiento principal, que se vuelve así innecesario. Y no sólo eso: como el derecho invocado es tan evidente, dado que existe una “alta probabilidad” y no sólo el *fumus bonis iuris*, la contracautela se hace prescindible.⁶¹

Además, el concepto de “probabilidad” no puede ser empleado en el Derecho, como lo expresa claramente el famoso epistemólogo Mario Bunge:

“...la probabilidad no debe incorporarse a los argumentos legales, porque sólo mide la susceptibilidad de que se produzcan sucesos azarosos, no la plausibilidad de una prueba, la veracidad de un testigo o la probabilidad de que un tribunal pronuncie la sentencia correcta.”⁶²

Resulta poco entendible que para dictar una medida cautelar que no resuelve la cuestión principal, sino sólo tiende a asegurar la eficacia de la sentencia que haya de dictarse, se exija como regla general una contracautela para responder por los eventuales daños y las costas; mientras que para obtener el dictado, sin audiencia de parte, de una medida cuyos efectos son los de una auténtica sentencia de mérito (que agota la pretensión principal o el fondo de la cuestión), declarando en forma definitiva el derecho de las partes, no se requiera o pueda no requerirse garantía alguna. No puede ocultarse que tal construcción constituye un grave contrasentido, que vacía de contenido la garantía del debido proceso y la convierte en una frágil “declaración de ideales”.

⁶¹ Sobre el punto, ver el penetrante artículo del Dr. Efraín QUEVEDO MENDOZA (h), *Las medidas autosatisfactivas son medidas cautelares. Su autonomía es inconstitucional*, Revista de Derecho Procesal de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, No. 2, Córdoba, 2001.

⁶² BUNGE, Mario; *Las ciencias sociales en discusión*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 387

(iv) Cabe también señalar que la postura que promueve la admisión legislativa de una “cautela material” o “medida autosatisfactiva” parte de un evidente error de razonamiento, consistente en una “petición de principios”⁶³: todo proceso judicial es un método establecido racionalmente para resolver un conflicto, en el que se testa la veracidad de las hipótesis del actor y del demandado, respectivamente, y en el cual resulta esencial la audiencia de las partes. Precisamente, para averiguar quién tiene la razón (o la verdad si se prefiere) se debe recurrir al proceso judicial; por lo que no puede partirse de la atribución de dicha razón *ab initio* a una de las partes.⁶⁴

Sin audiencia de parte, no puede hablarse de verdad, verosimilitud, probabilidad o fuerte probabilidad, ni convicción “fuerte, suficiente, manifiesta, palmaria y seria”. Ninguna convicción puede ser suficiente, manifiesta ni palmaria si no ha pasado por el cezazo de la crítica o refutación de la persona contra quien se aduce una pretensión jurídica.

El principio de bilateralidad de la audiencia tiene para el proceso fundamentos epistemológicos que no pueden ser dejados de lado: toda hipótesis o teoría debe ser expuesta a la crítica, a la refutación, por lo cual, una decisión jurisdiccional que afecte a los derechos de una persona no puede ser dictada, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, sin audiencia previa del interesado.

(v) Por otra parte, si es valor entendido que en las medidas cautelares la contracautela se erige como una garantía a favor del perjudicado por la medida dictada sin audiencia de parte y su fin es restablecer de alguna manera la bilateralidad que se ha soslayado (opinión compartida por toda la doctrina), parece aun menos admisible la posibilidad de que se despache no ya una medida cautelar (instrumental) sino una verdadera sentencia de mérito -que resuelve definitivamente la pretensión de fondo- sin una contracautela.

Esta eventual supresión de la contracautela que se viene a proponer supone el fracaso de la garantía del debido proceso, porque tiende a legitimar la impunidad para el litigante de mala fe y sin escrúpulos, que bien puede obtener una medida autosatisfactiva contra su adversario, causarle graves perjuicios, y finalmente desinteresarse de cualquier tipo de resarcimiento.

⁶³ “Si alguien toma como premisa de su razonamiento la misma conclusión que pretende probar, la falacia comentada es la *petitio principii* o petición de principio.” (COP1, Irving M.; *Introducción a la Lógica*, 4ª ed., trad. Néstor A. Migues, Buenos Aires, Eudeba, p. 94).

⁶⁴ Esto resulta evidente con la aplicación de la analogía: si el Juez estuviera autorizado a “dar la razón” al peticionante, sin audiencia de parte; también debería estarlo para “no darla”, es decir, rechazar in limine cualquier demanda (lo que constituiría una denegación de justicia y además prevaricato).

No se puede perder de vista que el proceso debe proteger los intereses de ambas partes por igual, y no de una sola de ellas, como sucede con las medidas “autosatisfactivas” (o satisfactorias de la pretensión), que en forma evidente lesionan el principio de igualdad procesal al dotar de una ventaja inusitada al actor en desmedro de la posición del demandado, quien prácticamente nada puede hacer para defenderse (en clara violación de los postulados constitucionales).

En el proceso civil el derecho a la defensa es tan importante y trascendental como en el proceso penal, y la urgencia no puede justificar en ningún caso la violación de esta garantía del individuo. Cualquier anticipación de condena que pueda dictarse contra una persona importa una flagrante violación del debido proceso. El anticipo de sentencia de fondo sin audiencia de parte se convierte así en prejuzgamiento (y no juzgamiento como lo exige la Constitución Nacional), dado que mientras un proceso no haya concluido en todas sus etapas no puede dictarse sentencia de mérito que resuelva con carácter definitivo la cuestión debatida.

(vi) La especie comentada encierra otra falacia: la generalización. Se parte aquí de un caso excepcional y extremo -como lo sería el de una persona en peligro de muerte por falta de atención médica- para elaborar por vía de la inducción un principio general que pretende abarcar todos los demás casos, aunque sean ellos disímiles (lo que priva de sustento lógico a la conclusión).

Igual error se cometería si a partir de la norma inserta en el Código Civil paraguayo que autoriza al poseedor a retomar la posesión perdida siempre que sea en forma inmediata (Art. 1941), se llegara a la conclusión de que cualquier ciudadano que sea privado de un derecho puede hacerse justicia por mano propia.⁶⁵

Obviamente, al existir peligro para la vida de una persona y más aun al tratarse de un menor, el juez debe brindar la tutela. Pero no puede ello servir como precedente para todos los casos en que no esté en juego un bien tan preciado por el derecho como la vida. Además, no es necesario para ello una “tutela autosatisfactiva”, porque la medida cautelar cumple a cabalidad con esa función tutelar. Al final de cuentas, las medidas “autosatisfactivas” devienen superfluas.

De hecho, no se discute que el juez pueda adelantar cautelarmente –en casos extremos como el señalado- los efectos de la sentencia de mérito, como lo en-

⁶⁵ El Art. 1941 del Código Civil establece: “La posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repeler la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recuperarla por sí mismo sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.”

señaba Calamandrei. Pero no puede admitirse que esta resolución sea ya definitiva y recurrible sólo por vía de apelación o de un proceso declarativo autónomo (es decir, que la primera instancia sea literalmente suprimida), con la notoria reducción de las posibilidades de defensa del afectado.

Creemos, pues, que las aludidas medidas “autosatisfactivas” no pueden ser incorporadas a sistema jurídico alguno dentro del cual tenga primacía una Constitución que garantiza el debido proceso y la igualdad de las partes ante la ley.

CAPÍTULO IV: EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN CAUTELAR EN EL SISTEMA VIGENTE.

I. INTRODUCCIÓN.

Una vez expuestos los conceptos básicos que hacen al instituto de las medidas cautelares, nos referiremos a un aspecto sumamente importante del procedimiento cautelar y que hemos adelantado parcialmente: el procedimiento de modificación y revocación de la medida cautelar ya despachada, es decir, el análisis de los medios que ofrece la ley procesal, para adaptar la medida cautelar ya decretada a las circunstancias propias del proceso o en su caso, para dejarla sin efecto.

Es pertinente aclarar que la exposición será meramente descriptiva de la realidad jurídica imperante en el derecho positivo paraguayo, por lo que nos reservaremos cualquier crítica o juicio de valor acerca de la conveniencia o aptitud de las soluciones legislativas tratadas.

La importancia del tema es poco menos que crucial: no debe perderse de vista que el otorgamiento o denegación de una medida cautelar produce una tensión entre los derechos de aquel que solicita la medida y los de aquel contra quien se pretende su despacho. La incidencia del acogimiento o rechazo de la pretensión cautelar puede ser decisiva en el resultado de un pleito, no sólo psicológica, sino también materialmente.

La medida cautelar (acogida o rechazada) pone en juego y en tela de juicio, formalmente, no sólo el derecho a la defensa de las partes, sino sus derechos sustanciales, ya que el rechazo de una medida cautelar solicitada por el actor puede ocasionar que la sentencia posterior sea inocua; como también, el despacho de una medida cautelar demasiado estricta en contra del demandado, puede significar que éste se vea condenado a una derrota aun antes de empezar el pleito.

He aquí el *quid* de la problemática procesal de las medidas cautelares: un sistema de modificación y revocación cautelar inapropiado, tiene serias consecuencias sobre la aplicación del derecho sustancial y sobre el ideal de justicia que el Derecho Procesal, en su carácter de instrumento del derecho material, aspira a servir.

A continuación veremos como opera en el sistema vigente (léase el Código Procesal Civil de la República del Paraguay) este procedimiento de reforma y revocación cautelar.

2. ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO CAUTELAR?

Siendo esencial a la idea de proceso la igualdad de las partes y la consiguiente bilateralidad de las actuaciones, y teniendo en cuenta que las medidas cautelares se dictan *inaudita pars*, surge de manera inevitable la siguiente pregunta: ¿Puede hablarse de un genuino “proceso cautelar”?

Prestigiosos juristas modernos, entre los que se anotan Palacio y Peyrano hablan de un verdadero “proceso cautelar”. No obstante, consideramos con Alvarado Velloso que la alusión a un “proceso cautelar” es inadecuada, por los motivos que siguen:

(i) En primer lugar, el proceso, como fenómeno único e irrepetible en el mundo jurídico, no es susceptible de adjetivación o clasificación alguna. Ya Calamandrei, refiriéndose al tema de la clasificación de los procesos, advertía:

“...cuando se quiere basar la clasificación de los procesos sobre los diversos efectos sustanciales que pueden derivar del acto jurisdiccional (proceso de certeza, proceso de condena, proceso cautelar, etc.) me parece que se cae inadvertidamente en el defecto lógico que, en un tiempo, los retóricos enumeraban entre las figuras del discurso y que consiste en atribuir al continente la cualidad del contenido. Así, pues, el objeto central del estudio que sigue será no el ‘proceso cautelar’ sino la ‘providencia cautelar’; debido a que, como se verá, el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado”.⁶⁶

El maestro Alvarado Velloso, a su vez, deja sentado lo siguiente:

“...por ser el de la acción un concepto elemental (que, como tal, no admite ser dividido) no es susceptible de clasificación alguna (quienes clasifican ‘acciones’, en rigor toman equivocadamente el vocablo asignándole el contenido de otro: pretensión; así no hay *acciones reales*, ni *acción de divorcio*, etc., sino pretensión basada en derecho real, pretensión de divorcio, etc.).”⁶⁷

Por ende, no debe confundirse la voz “proceso” con la de “procedimiento”. El proceso hace a una estructura lógica que supone la concurrencia de dos partes en perfecta igualdad que actúan con intereses opuestos ante un tercero imparcial e independiente que oficia de juzgador (ya juez, ya árbitro), y que tiene a su cargo la heterocomposición del litigio.

⁶⁶ CALAMANDREI, *Introducción...*, p. 32.

⁶⁷ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 83.

El proceso implica una instancia bilateral, que es la acción. En cambio, el procedimiento es simplemente la forma en que deben desenvolverse los trámites que la ley indica para la sustanciación del proceso; es decir, los plazos, formas de presentación, vistas, traslados, notificaciones, incidentes, tramitación de los recursos, etcétera.

En concordancia con lo anterior, el eminente profesor rosarino define al procedimiento como “la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior”.⁶⁸

Agrega Alvarado Velloso: “De tal modo, el procedimiento es el género (aparece en todas las instancias), en tanto que el proceso es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).”⁶⁹

(ii) En segundo lugar, y como derivación lógica de lo anterior, la resolución que otorga una medida cautelar no es producto de un proceso (en el sentido explicado), puesto que al no haber existido audiencia del afectado, estamos en presencia de una instancia unilateral, en la cual no se reconoce el principio de igualdad de las partes. Por ende, recién existiría proceso cuando el afectado disponga de la posibilidad de recurrir contra la medida que le fue impuesta, y de deducir los incidentes para la modificación, sustitución o cesación de la medida.

La respuesta es clara: no existirá proceso donde las actuaciones sean realizadas unilateralmente por una de las partes, aun con la venia del juzgador, sin intervención de la otra. Mientras no haya bilateralidad, no puede haber proceso; sino sólo un “procedimiento cautelar”. El proceso que tiene por objeto una pretensión cautelar recién tiene nacimiento desde el momento en que la medida cautelar es notificada al afectado y éste tiene a su disposición los recursos que la ley le provee para contrarrestar o contradecir dicha pretensión cautelar.

(iii) En tercer lugar, creemos con Novellino que la admisión de un “proceso cautelar” nos llevaría implícitamente a reconocer la autonomía de las medidas cautelares, posición que no aceptamos y que no condice con la naturaleza jurídica de las mismas.⁷⁰

(iv) Por lo demás, la medida cautelar es la única excepción al derecho de audiencia o la bilateralidad del proceso, pero con la salvedad de que el peticionario

⁶⁸ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 83.

⁶⁹ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 43.

⁷⁰ NOVELLINO, op. cit., p. 23.

debe otorgar una garantía o contracautela para garantizar al afectado que se vio privado de su derecho a la defensa, el eventual resarcimiento de los daños y las costas, y la cual viene a paliar en alguna medida la falta de audiencia previa. Nótese además que la excepción es tolerable, dado que:

- a) las actuaciones cautelares sólo tienen una finalidad instrumental –cual es la de asegurar el cumplimiento de la futura sentencia–, por lo que en pureza, si bien inciden psicológica y materialmente en el posible resultado del pleito, no confieren ni declaran ningún derecho; y,
- b) el despacho de la medida cautelar sin audiencia de parte responde a un fin práctico, puesto que si el afectado tuviera conocimiento previo de la medida podría ejecutar actos para ocultar o distraer los bienes que se pretenden asegurar, con lo cual frustraría la traba de aquélla. A esta misma finalidad práctica rinde tributo el principio de que el cumplimiento de las medidas cautelares no puede ser paralizado ni evitado por el demandado con la sola interposición de un recurso, que será siempre concedido con efecto devolutivo.

En conclusión, no corresponde hablar de un “proceso cautelar” sino simplemente de un “procedimiento cautelar”, con la debida aclaración de que tal distinción no es meramente formal o académica, puesto que adquiere una relevancia trascendental en la práctica jurídica relativa al instituto de las medidas cautelares.

3. RECURSOS OTORGADOS POR LA LEY CONTRA LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES.

Hemos visto que las medidas cautelares se dictan y se cumplen “inaudita altera pars”, con lo cual, el perjudicado por la medida sólo tiene derecho a impugnar o contradecir lo resuelto, por lo general, una vez ello ejecutado.

Los remedios procesales previstos por la ley contra la resolución cautelar varían según se solicite la revocación de la providencia que otorga o rechaza una medida cautelar, o se solicite la modificación de la medida ya dictada.

3.1. APELACIÓN POR PARTE DEL SOLICITANTE. EFECTOS.

El remedio procesal previsto por la ley para solicitar la revocación de la resolución que deniega una medida cautelar (por parte del actor) es el recurso de apelación. El Art. 694 del Código Procesal Civil dice:

“CUMPLIMIENTO Y APELACIÓN DE LAS RESOLUCIONES. Ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite, y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria, la que en todos los casos será notificada personalmente o por cédula dentro de los tres días del cumplimiento de la misma.

Las resoluciones que concedan medidas cautelares serán apelables sin efecto suspensivo. Las que hagan cesar medidas cautelares lo serán también, pero con efecto suspensivo.”

La segunda parte del artículo hace expresa referencia al caso que nos ocupa. El remedio ofrecido por la ley es la apelación, dado que tanto la resolución que concede una medida cautelar como la que la rechaza causan un gravamen irreparable. El Art. 395 del CPC dice:

“PROCEDENCIA DEL RECURSO. El recurso de apelación sólo se otorgará de las sentencias definitivas, y de las resoluciones que decidan incidentes o causen gravamen irreparable. Se entenderá por tal el que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva.”

Siguiendo el texto legal en cuanto a los efectos o la forma de concesión del recurso, la solución es clara: si quien solicitó una medida cautelar no obtuvo respuesta favorable a su pedido, sólo dispone de la apelación.

En la práctica, el inconveniente que se presenta es que los tribunales superiores por lo general ordenan la sustanciación del recurso citando al demandado, lo que supone la alteración del carácter de “inaudita pars” que debe preservar la medida cautelar a fin de lograr su cumplimiento. Es decir, normalmente se ordena el traslado de los fundamentos del recurso interpuesto por el solicitante, con lo cual se constriñe al demandado a participar de una instancia de apelación en la cual no debería ser parte, con un doble inconveniente:

- (i) la imposibilidad de interponer posteriormente el recurso de apelación, en el caso de que el tribunal haga lugar a la medida solicitada; y,
- (ii) el peligro de correr con las costas de dicha instancia.⁷¹

⁷¹ En nuestra opinión, esta práctica debe ser suprimida. Si el solicitante de la medida cautelar rechazada por el juez de primera instancia apelare dicha resolución, el recurso debe ser sustanciado únicamente con el apelante y sin citación de la otra parte. Al parecer la intención de los Tribunales es velar por el derecho a la defensa del demandado y posible cautelado, pero en realidad con ello le privan de la posibilidad de ejercer el derecho de impugnar por vía de apelación la resolución cautelar dictada en su contra; significando ésto valga la paradoja, una indefensión, porque si la resolución del juez inferior que denegaba la medida resultara revocada por el Tribunal ya no le quedaría recurso (salvo que se otorgue apelación ante la Corte Suprema). En este caso, el Tribunal sólo está facultado a revisar si la denegatoria del juez inferior fue o no correcta, sin que esto implique entrar a juzgar los posibles argumentos que podría tener el afectado para apelar la medida.

También debe señalarse que los jueces son sumamente estrictos con el solicitante en el sentido de que si han resuelto la improcedencia de la medida cautelar, no permiten al solicitante subsanar alguna dificultad que impide el despacho de la misma. Sólo le queda así la posibilidad de la apelación, que muy difícilmente pueda servir útilmente cuando la medida ha sido denegada por alguna cuestión accesorias (como la firma de un testigo, la falta de autenticación de una instrumental, etc.) y no por su improcedencia intrínseca.

Por lo demás, una vez consentida por el actor-solicitante de la medida la resolución por la cual se decreta el rechazo de la misma (por no haber interpuesto el recurso de apelación), el criterio que prevalece en nuestros Tribunales es que ya no puede ser planteada en las mismas condiciones. La medida podría ser solicitada sólo si cambiaran las condiciones que hubieran determinado la denegación:

“Las providencias cautelares, por su naturaleza, son provisorias, es decir no producen cosa juzgada, se las puede volver a pedir cuantas veces resultare necesario, si las situaciones en las cuales se fundó la negativa cambiaran.”⁷²

Pero en realidad, los jueces no suelen indicar en sus resoluciones el motivo por el cual deniegan una medida cautelar, con lo que resulta a veces complicado para el solicitante determinar cuáles son las condiciones que tendrían que cambiar para que el juez eventualmente otorgue la medida.

3.2. APELACIÓN POR EL DEMANDADO. EFECTOS.

Como se ha visto, el demandado perjudicado por una medida cautelar puede objetar la procedencia de la medida mediante el recurso de apelación (con el que se entiende interpuesto el de nulidad), conforme al Art. 694 del CPC, arriba transcrita.

La apelación se concede sin efecto suspensivo sobre la resolución que decreta la medida cautelar: es decir, la medida se cumple de todos modos.

Además, si bien se entiende que las medidas cautelares son provisorias y pueden ser modificadas en todo tiempo, tal modificación no procede si no han variado las circunstancias en las que la medida fue dictada. Consecuentemente, si el demandado no ha apelado la resolución que ordena la medida o se ha desestimado el recurso por él interpuesto, sólo podrá en adelante solicitar la modificación o

⁷² Corte Suprema de Justicia, Ac. y Sent. 336, 9/12/1986.

levantamiento en el caso de que hubieran cambiado las condiciones fácticas que determinaron el dictado de la misma, según la cláusula *rebus sic stantibus*. Dice la Jurisprudencia argentina:

“Si la parte afectada por la traba de una medida cautelar no interpuso oportunamente los recursos pertinentes, no puede reclamar por vía incidental su levantamiento, sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma.”⁷³

El objeto de la apelación es revisar la procedencia o no de la medida, a fin de obtener su levantamiento, pero el demandado no puede por esta vía reclamar la modificación, ya que dispone para ese efecto de otros remedios que veremos en lo siguiente.

Merece especial atención lo tratado con respecto al supuesto de apelación de la resolución que deniega la medida cautelar por parte del actor y la citación en instancia de apelación al demandado, que ocasiona de hecho la restricción de la posibilidad de apelación posterior por parte de éste, en caso de que el tribunal concediera la medida.

3.3. IMPOSIBILIDAD DE REVOCATORIA POR PARTE DEL DEMANDADO.

Conforme se ha visto, la legislación procesal paraguaya no admite contra la providencia cautelar, otro recurso que la apelación.

Según el Art. 390 del CPC,

“El recurso de reposición solo procede contra las providencias de mero trámite, y contra los autos interlocutorios que no causen gravamen irreparable, a fin de que el mismo juez o tribunal que los hubiese dictado los revoque por contrario imperio.”

En consonancia con el mismo, el Art. 395 del CPC establece que el recurso de apelación “sólo se otorgará de las sentencias definitivas, y de las resoluciones que decidan incidente o causas gravamen irreparable.”

Si bien en otros Códigos Procesales se establece que la revocatoria procede contra las providencias dictadas “sin sustanciación”, necesariamente el cautelado debe interponerse el recurso de apelación, porque:

⁷³ Cám. Nac. Civ., sala A, 27-11-79, L.L. 1980-B-372, cit. en KIELMANOVICH, op. cit., p. 127.

- i) así lo establece expresamente el Art. 694 del CPC;
- ii) la providencia cautelar es de aquellas que causa un gravamen irreparable, es decir, que no puede ser reparado con la sentencia definitiva; y,
- iii) la resolución que recaiga en la revocatoria, causa ejecutoria (dejando al recurrente sin la posibilidad de la apelación).

Por tanto, a pesar de que no está expresamente vedada la posibilidad de interponer un recurso de reposición, solicitando al mismo juez que decretó la medida que la revoque, se corre el grave riesgo de quedar en indefensión si el juez se mantuviera en su posición (ya que no existe la posibilidad de una ulterior apelación).

3.4. MODIFICACIÓN POR PEDIDO DEL SOLICITANTE.

El Art. 696 del CPC dice a este respecto:

“MODIFICACIÓN. El que solicitó la medida podrá pedir la ampliación, mejora y sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.”

Cuando la medida originariamente decretada ya no sirva para los fines a los cuales responde su dictado, el actor puede solicitar la modificación de la misma por vía de incidente. Para ello se requiere que la resolución que decretó la medida haya quedado firme, porque si el demandado apelara la medida, el juez que la dictó no podría resolver sobre la modificación solicitada, y en todo caso el solicitante tendría que esperar la resolución del Tribunal para intentar la modificación de lo resuelto por éste.

Conviene aquí distinguir los conceptos de ampliación, mejora y sustitución enunciados por la ley. La ampliación consiste en la extensión de la medida cautelar a otros bienes no comprendidos actualmente, o en el aumento del monto o entidad que se busca asegurar. La mejora de la cautela se provee cuando la medida trabada resulta insuficiente para garantizar el cumplimiento futuro de la sentencia, por ejemplo, cuando a una medida de embargo preventivo sobre el bien inmueble objeto del litigio, se le añade una anotación preventiva de la litis, cuyos efectos son más idóneos para cautelar los derechos del peticionante.

De otro lado, el solicitante (el acreedor en la legislación argentina, art. 203 del CPCCN) puede solicitar la sustitución de la medida decretada por otra, o la afectación de otros bienes a cambio de la liberación de los que originariamente fueron

afectados a la medida decretada. En eso consiste pues la sustitución: reemplazar una medida por otra, o los objetos gravados por otros.

La modificación a pedido del actor encuentra su fundamento en el carácter de provisionalidad de toda medida cautelar: toda vez que hayan cambiado las circunstancias que justificaron el despacho de la medida cautelar, se puede modificar el alcance de la misma, para adecuarla mejor a su función de garantía.

En cuanto al cumplimiento de lo resuelto, ello depende de la forma de concesión del recurso de apelación: si fuera interpuesto por el demandado y se lo concediera con efecto suspensivo, paralizaría la ejecución de la modificación decretada; y si lo fuera sin efecto suspensivo, el cumplimiento sería inmediato.

Cabe aquí preguntarse cuál ha de ser la forma de concesión del recurso de apelación que pueda interponerse. En este sentido, el Art. 694 del CPC no se refiere expresamente al caso de modificación de la medida cautelar, sino sólo a las resoluciones que las “concedan” y a las que las “hagan cesar”, siendo las primeras apelables sin efecto suspensivo y las segundas con efecto suspensivo. De un lado, se podría entender que la modificación no implica la cesación de la medida, por lo cual el recurso podría ser concedido sin efecto suspensivo; y del otro, se podría interpretar que la modificación de la medida cautelar originaria constituye la supresión de la misma por otra nueva, siendo en este caso el recurso concedido con efecto suspensivo.

La interpretación predominante se funda en la *ratio* del Art. 694 del CPC, de mantener siempre el *status quo* vigente una vez dictada la medida. Sobre el punto, dice Acosta:

“Queda por averiguar con qué efecto se concede la apelación. La parte final del artículo 198 del Código Procesal de la Nación dispone que en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo. Igual solución corresponde en caso de acordarse la modificación”.⁷⁴

No obstante, esto valdría sólo para el caso de la modificación de una medida por otra de alcances similares, y no para el caso de la reducción de la medida antes dispuesta. En este caso, creemos que el recurso de apelación debe ser concedido con efecto suspensivo, dado que la reducción implica una cesación parcial de la medida.

⁷⁴ ACOSTA, José V., *El proceso de revocación cautelar*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, s/a, p. 115.

3.5. MODIFICACIÓN POR PEDIDO DEL DEMANDADO. LEVANTAMIENTO INMEDIATO.

El demandado puede solicitar la reducción o sustitución de la medida cautelar por otra menos gravosa, cuando la decretada fuera excesiva o vejatoria, siempre que ofrezca garantía suficiente, aunque no haya apelado la resolución que ordena la medida cautelar.

El Art. 698 del CPC establece:

“SUSTITUCIÓN O REDUCCIÓN A PEDIDO DE PARTE. En cualquier momento el afectado podrá pedir la reducción o sustitución de una medida cautelar por otra, cuando la decretada fuere excesiva o vejatoria. Podrá también dar garantía suficiente para evitar alguna de las medidas cautelares reguladas por este Código o para obtener su inmediato levantamiento. Dicha garantía consistirá en fianza, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente.”

La ley distingue dos supuestos: (i) el de la reducción o sustitución de la medida decretada por otra distinta, sin garantía; y (ii) el levantamiento inmediato o sustitución de la medida dictada, bajo garantía o fianza suficiente.

Si el demandado pide la reducción o sustitución de la medida por ser ésta excesiva o vejatoria, deberá promover el incidente respectivo, sin necesidad de otorgar garantía. Del mismo se correrá traslado al actor y luego de ser sustanciado, se dictará resolución, la cual será apelable. En este caso, si se hiciera lugar a la reducción o sustitución de la medida por otra menos gravosa, el actor podrá apelar, con efecto suspensivo (Art. 694 del CPC, segunda parte), porque se estaría haciendo cesar una medida cautelar para sustituirla por otra.

Por otra parte, si el demandado otorga una garantía suficiente puede solicitar el levantamiento inmediato de la medida decretada. La ley es clara en cuanto a que el levantamiento debe ser, en esta hipótesis, inmediato. No se requiere sustanciación previa. Por tanto, si el actor apelara la resolución que decide el levantamiento, el recurso deberá ser concedido (en este único caso) sin efecto suspensivo. El problema que se presenta aquí es que por lo general los Tribunales no lo entienden de esta manera, aplicando el criterio general expresado en el Art. 694 del CPC.

3.6. OTRAS CAUSAS DE LEVANTAMIENTO.

Existen otros casos en que la medida decretada puede ser levantada:

A) REBELDÍA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR:

Hemos visto con anterioridad que cuando uno de los litigantes haya sido declarado en rebeldía, el adversario puede solicitar el embargo preventivo, sin necesidad de prestar contracautela (Arts. 72 y 709 del CPC). Sin embargo, si el afectado demuestra que incurrió en rebeldía por causa de fuerza mayor, puede solicitar el levantamiento de la medida. El Art. 74 del CPC dice:

“SUBSISTENCIA DE LA MEDIDA PRECAUTORIA. La medida precautoria decretada de conformidad con el artículo 72 continuará hasta la terminación del juicio, a menos que el interesado justifique haber incurrido en rebeldía por causa que no estuvo a su alcance vencer. Serán aplicables las normas sobre ampliación, sustitución o reducción de las medidas precautorias”.

En este caso, el interesado debe promover el incidente respectivo, dado que no podría sostener esta posición mediante el recurso de apelación. La resolución que se dicte será apelable con efecto suspensivo, si ella ordenara el levantamiento o modificación de la medida.

B) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MEJORAR LA CONTRACAUTELA:

Cuando el afectado considera que la contracautela ofrecida por el solicitante es insuficiente, puede requerir, por vía de incidente, la mejora de la garantía. El Art. 706 del CPC dice:

“MEJORA DE LA CONTRACAUTELA. En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que es insuficiente. El juez resolverá, previo traslado a la otra parte”.

El incidente debe ser sustanciado con la otra parte, y la resolución que se dicte será apelable siempre con efecto suspensivo (con lo cual se impide el mejoramiento inmediato de la contracautela). Recién una vez que la resolución que disponga la mejora de la contracautela quede firme, el juez otorgará al favorecido por la medida cautelar un plazo para que haga efectiva la mejora, bajo apercibimiento de que en caso contrario, se levantará la medida.

C) CADUCIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA ANTES DE LA DEMANDA:

El Art. 700 del Código Procesal Civil paraguayo dice:

“PROMOCIÓN DE LA DEMANDA. 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 interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa.”

Cuando se haya solicitado una medida cautelar antes de promover el proceso principal del cual ha de depender, y decretada la medida, el solicitante no haya promovido la demanda respectiva dentro del plazo señalado por la ley, se producirá de pleno derecho la caducidad de la medida. Consideramos que en este caso el levantamiento debería ser inmediato. No obstante, la ley nada dice al respecto, por lo que el infractor podrá alegar que la resolución que declara la caducidad de la medida y ordena el levantamiento es apelable con efecto suspensivo, conforme al Art. 694 del CPC.

D) CADUCIDAD REGISTRAL DE LA MEDIDA CAUTELAR:

El Art. 701 del CPC dice:

“CADUCIDAD. Las medidas cautelares registrables se extinguirán de pleno derecho a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro respectivo, salvo que a petición de parte se reinscribieren antes del vencimiento del plazo, por orden del juzgado que entendió en el proceso.”

Este es en realidad el único caso en que la caducidad se produce de pleno derecho, puesto que los encargados del registro pertinente deben levantar en forma automática y sin necesidad de declaración judicial las medidas anotadas que no hubieran sido reinscritas antes de los cinco años.

En verdad, en el supuesto anterior (caducidad por falta de promoción de la demanda), por más que la ley no lo diga, se requiere siempre una resolución judicial y una comunicación por parte del juzgado respectivo para hacer efectivo el levantamiento.

No obstante, si se produjera algún incidente, su trámite y apelación debería seguir el mismo camino que en la generalidad: la resolución sería apelable con efecto suspensivo, manteniéndose de esta forma la anotación de la medida, puesto que la ley no dispone lo contrario.

E) SENTENCIA ADVERSA AL SOLICITANTE:

Hemos visto que en caso de sentencia favorable, el litigante a quien ella beneficia puede solicitar el embargo preventivo sin necesidad de prestar contracautela. Surge la duda cuando el supuesto es inverso: si la sentencia hubiera resultado contraria a la pretensión de la parte que obtuviera medida cautelar, y aun recurrida ésta, ¿podría el cautelado solicitar el levantamiento de la medida cautelar decretada en su contra?

Como argumento a favor, podría decirse que al haberse dictado sentencia contraria al solicitante de la medida, habría desaparecido la verosimilitud del derecho que debe preceder a toda medida cautelar.

Sin embargo, Podetti opina que mientras no haya sentencia firme, no corresponde el levantamiento, citando en apoyo de su posición el siguiente fallo:

“Las medidas preventivas son para garantizar los resultados del juicio, no de la instancia, razón por la cual corresponde mantener las medidas cautelares que han sido decretadas, aunque la sentencia de primera instancia sea adversa a la parte que las solicitó, si ella ha sido apelada.”⁷⁵

Arazi opina lo contrario:

“Recordemos que la sentencia favorable, aun recurrida, faculta al beneficiario a obtener una medida cautelar; así podría decirse que, por analogía, la sentencia desfavorable permite el levantamiento de la ya trabada. Esto no es absoluto y, de conformidad con los amplios poderes del juez en esta materia, será él quien resuelva si corresponde el levantamiento o modificación de la medida, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada proceso.”⁷⁶

Por nuestra parte, creemos que se trata de una laguna que debe ser llenada por la ley (y no por el juez, como lo sostiene Arazi, quien se muestra siempre muy enamorado del libre arbitrio o decisionismo judicial). Parece razonable que si la sentencia dictada en primera instancia es favorable al cautelado, la medida deba ser levantada o al menos modificada, por la desaparición o disminución de la verosimilitud del derecho invocado. Dicha modificación versaría ya sobre el contenido de la cautela, ya sobre la contracautela otorgada, la cual en cualquier caso debería ser aumentada proporcionalmente a la disminución que sufre la verosimilitud del derecho.

⁷⁵ Cám 2ª. Civ. y Com. S. del E., J. A., 1953-I, 337; en PODETTI, Ramiro J., op. cit., p. 89.

⁷⁶ ARAZI, *Medidas Cautelares*, p. 32.

Consideramos que la hipótesis del levantamiento debería reservarse exclusivamente para el caso de que el actor y apelante de la sentencia dictada en su contra, no satisfaga la contracautela exigida por el juez, ya que el levantamiento liso y llano podría ocasionar un daño irreparable en caso de que el apelante obtuviera la revocación del fallo. Esto es así porque de no estar ya vigente la medida, el demandado podría frustrar la posibilidad de cumplimiento de la sentencia definitiva, si en segunda instancia se modificara lo resuelto.

Pero finalmente, disentimos con el argumento de que se debe dejar en manos de “los amplios poderes del juez” la atribución suficiente para resolver este problema particular; porque es probable –como ser humano que es– que el juez que dictó la sentencia de primera instancia, convencido de la falta de derecho del solicitante, se muestre renuente a conservar la medida cautelar. Lógicamente, el mantenimiento de la cautela podría llegar a significar (aunque sea indirectamente) que su sentencia es pasible de revocación por el tribunal superior.

Como se ve, ambos extremos son aquí peligrosos, por lo que debería optarse por una solución intermedia, consistente en la mejora de la contracautela por parte del solicitante, mediante un trámite directo y sin recurso que permita a ambos litigantes la vigencia de sus derechos.

F) CULMINACIÓN DEL PROCESO POR OTROS MEDIOS DIFERENTES DE LA SENTENCIA: ALLANAMIENTO, DESISTIMIENTO, TRANSACCIÓN O CONCILIACIÓN:

Por su carácter de instrumentalidad, las medidas cautelares sirven de apoyo a un proceso principal sin el cual no pueden existir. Consecuentemente, la terminación de dicho proceso al cual adhieren, importa a su vez la extinción de la medida cautelar, con los siguientes efectos: si el proceso concluye por sentencia definitiva favorable, la medida cautelar se convierte en una medida ejecutiva u otra más enérgica, según el tipo de medida de que se trate; si el proceso finaliza por desistimiento, allanamiento, transacción, conciliación, caducidad de la instancia o sentencia definitiva contraria a la pretensión del solicitante (una vez firmes las resoluciones que las declaran), la medida cautelar también queda extinguida, porque no puede subsistir sin el proceso para el cual fue dictada.

G) EMBARGO DE BIENES INEMBARGABLES:

Otra situación que provoca el levantamiento de la medida cautelar es la del embargo de bienes cuya afectación se halla prohibida por la ley.

El Art. 716 del CPC dice:

“BIENES INEMBARGABLES. No se trabará nunca embargo:

- en el lecho del deudor, su mujer e hijos, en las ropas y muebles de indispensable uso en el hogar, incluyendo heladera, cocina, ventilador, radio, televisor e instrumentos musicales familiares, máquina de coser y lavar, y los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza el dueño de tales bienes, salvo que el crédito corresponda al precio de venta de ellos;
- sobre los sepulcros, salvo que el precio corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales;
- sobre honorarios profesionales, comisiones, sueldos y salarios y pensiones, sino hasta el veinticinco por ciento, salvo lo dispuesto por leyes especiales;
- sobre los créditos por pensiones alimentarias y litis expensas;
- sobre bienes y rentas públicas; y
- en los demás bienes exceptuados de embargo por la ley.
- Los bienes enumerados no podrán ser objeto de ejecución.”

La ley establece que el embargo trabado sobre alguno de los bienes exceptuados por la ley, podrá ser levantado inclusive de oficio, en todo tiempo, aunque la resolución que lo ordenó haya sido consentida (Art. 717 del CPC).

En esta hipótesis, si bien la resolución que ordena el levantamiento es recurrible, consideramos que en este caso el mismo debe ser concedido sin efecto suspensivo, puesto que la racionalidad de la norma presupone que el recurso no puede impedir el levantamiento (que debe ser inmediato).

Segunda parte

*EL DEBIDO PROCESO Y SUS
CONCEPTOS FUNDAMENTALES.*

CAPÍTULO V: Fundamentos constitucionales del proceso.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Procesal proviene de raíces constitucionales, desde que en la mayoría de las Constituciones modernas están contenidas las garantías básicas que regulan el sistema de juzgamiento de un Estado. En efecto, el concepto moderno del “Estado de Derecho” (o *Rule of Law*) trae consigo la idea de que la administración de justicia está a cargo de un Poder Judicial, independiente de los demás Poderes (Ejecutivo y Legislativo) al cual se confiere la potestad jurisdiccional, y que ella debe ser ejercida en todos los casos con arreglo a un procedimiento legal que ampara a todo ciudadano.

Como explica Alvarado Velloso, la Constitución es la primera gran fuente del derecho procesal:

“El primero y más importante creador de normas procesales es el constituyente: todas las constituciones que se han promulgado desde comienzo del siglo pasado las contienen claras y precisas.”⁷⁷

De ello se desprende que las normas procesales contenidas en las leyes de procedimiento (Códigos Procesales) consisten en una reglamentación de las normas constitucionales, por lo que deben responder a los preceptos de la norma superior (so pena de poder ser declarados inaplicables por inconstitucionalidad).

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA. LA CARTA MAGNA DE 1215. LAS CONSTITUCIONES MODERNAS. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Luego de la caída del Imperio Romano (año 476), era corriente en Europa que la justicia fuera administrada directamente por los gobernantes o señores feudales (desde el rey hasta el último señor), sin mayor sujeción a reglas procesales. De hecho, no existía lo que nosotros llamamos un Código Procesal, o algo parecido. Si bien en muchos lugares funcionaban tribunales señoriales (convocados y presididos por el señor feudal), todos los asuntos judiciales y administrativos eran resueltos por votación de todos los participantes, entre quienes se incluía al pueblo (libres y siervos), y al propio señor y sus funcionarios. Obviamente, la opinión o el voto del noble o señor principal gozaba de gran predicamento entre sus vasallos.

⁷⁷ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 51.

A partir del año 1000, empezaron a formarse y diseminarse por casi toda Europa las ciudades. Muchas de ellas constituían “comunidades juramentadas”, es decir, comunidades que se mantenían unidas por el juramento de sujeción y fidelidad de sus miembros o “ciudadanos”, a cambio de la protección de alguna autoridad. Para formalizar esta unión (probablemente obtenida mediante la fuerza por los burgueses), se emitía una “cédula real” consistente en una declaración de derechos, deberes y garantías para los miembros de la ciudad, promoviendo el autogobierno.

Este es el caso de la localidad francesa de Beauvais, que antes del año 1137 (probablemente en 1122, año del Concordato de Worms que puso fin a la Querrela de las Investiduras) recibió del Rey Luis VI un decreto que reconocía la autoridad de la comuna y que en su cláusula final decía: “nosotros –el rey– concedemos y confirmamos la justicia y el juicio que harán sus pares”. Este decreto fue luego ratificado por Luis VII en 1144 y por Felipe Augusto en 1182.

Una disposición de este tipo (la que establecía el “juicio por los pares”) se hizo común en muchas ciudades de Europa. El ejemplo más conocido es el de la Carta Magna de Inglaterra de 1215, la cual fue literalmente “arrancada” por los nobles ingleses (tanto clérigos como laicos) al Rey Juan “Sin Tierra”, con el fin de imponer un régimen de legalidad y vigencia de los derechos en el Reino. Al decir del insigne historiador del derecho y Profesor Emérito de la Universidad de Harvard, Harold J. Berman,

“Quedó bien entendido que la conservación de la legalidad no sólo requería abstractos principios de justicia, igualdad, conciencia y razón, sino también principios y reglas específicos, como los que quedaron encarnados en la Carta Magna inglesa de 1215...”⁷⁸

En lo que al derecho procesal atañe, destaca la disposición contenida en la cláusula 39^a, que traducida desde el latín original, decía:

“Ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país [del reino].”

Su importancia ha sido, pues, innegable. El “derecho de ser juzgado por los pares” ha instituido la garantía del juez natural, de ser juzgado por un ciudadano

⁷⁸ BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, 1^a ed., 1^a reimp., trad. Mónica Utrilla de Neira, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 307.

erigido en juez competente e imparcial, de la misma condición que el reo, y no por una persona superior como lo era el Rey. De allí proviene básicamente la figura del juicio por jurados, es decir, de la presencia de ciudadanos iguales que el acusado o procesado que tenían a su cargo la decisión y debían en todo caso mantener la legalidad del proceso.

El derecho a “la ley del país” (*law of the land*) consiste en la garantía de ser juzgado conforme a la ley vigente al momento de acontecer los hechos sometidos a juicio, y no por el mero capricho o la arbitrariedad del juzgador, o a leyes de otros lugares, o dictadas luego de acaecidos los hechos que eran objeto del juicio. Este principio es el del sometimiento del juez y del juicio a la ley, como acto de conocimiento y no mero acto de poder o de voluntad. Y constituye, al decir de Couture, “un juego de garantías procesales de carácter fundamental o cívico, porque ellas incumben a cualquier sujeto de derecho en razón de su calidad de tal.”⁷⁹

La trascendencia de de la Carta Magna se aprecia en toda su magnitud cuando se tiene en cuenta que en aquel tiempo, en otras partes del mundo se ponía en práctica la Inquisición (instaurada en 1231 por el Papa Gregorio IX), como método de juzgamiento trasladado desde el ámbito religioso al civil.

El modo de procesamiento era sencillo: los jueces actuaban de oficio o a partir de la denuncia; el acusado ignoraba el motivo o hecho concreto de la acusación, puesto que el juicio era secreto; las pruebas eran obtenidas por el mismo juzgador, sin que el reo tuviera acceso a ellas; y finalmente, en 1252 (por un decreto del Papa Inocencio IV), se instaló el tormento para obtener la confesión o *probatio probatissima*. Estos tribunales eclesiásticos luego tuvieron competencia civil por orden del Rey, tal como ocurrió en España durante el Siglo XV, donde en 1478 se creó el Santo Oficio de la Inquisición, a instancia de los Reyes Católicos, Isabel y Fernando.⁸⁰

Pero el principio del “juicio legal previo” (o *due process of law*, en inglés) finalmente prevaleció y fue recogido primeramente por las Constituciones de los

⁷⁹ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3^a Ed., Buenos Aires, Depalma, 1979, Tomo I, p. 49-50.

⁸⁰ Otras características del procedimiento eran que el acusado ni siquiera sabía quiénes eran los testigos que habían declarado en su contra, ni podía examinarlos. Los testigos para la defensa casi nunca aparecieron, porque infaliblemente serían sospechados de ser herejes por sí mismos o considerados favorables a la herejía. Por la misma razón a esos acusados tampoco se les permitió tener un Abogado, lo cual, inclusive, fue prohibido por la misma Santa Sede: en el año 1205 Inocencio III, en la Bula Pontificia “*si adversus vos*”, decía: “A Uds. les prohibimos terminantemente, abogados y notarios, que ayuden a los herejes de ninguna manera, por el consejo o por el apoyo, y en tal manera como creer en ellos, unirse con ellos, darles ninguna ayuda, ni defenderlos de ninguna manera”.

siglos XVIII y XIX, inspiradas en el pensamiento liberal. En los Estados Unidos, las Constituciones estatales de Maryland, Pensylvania y Massachusetts, anteriores a la Constitución federal de Philadelphia, contenían ya la previsión de que “nadie puede ser privado de su vida, propiedad o libertad sin el debido proceso legal”. Más tarde, la Enmienda V a la Constitución federal norteamericana adoptó el mismo texto expreso.

Posteriormente, la Emnienda XIV de la Constitución introdujo la fórmula siguiente:

“Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna, la igual protección de las leyes”.

Estos derechos procesales fueron luego trasegados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945, con la cual quedaron elevados al grado de genuinos derechos humanos, inherentes a la personalidad misma del hombre, y por ende, inalienables e inderogables. Dice este instrumento:

“ARTICULO 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”;

“ARTICULO 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”;

“ARTICULO 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.”;

“ARTICULO 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”;

“ARTICULO 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

3. LAS NORMAS PROCESALES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, promulgada en el año de 1992, contiene claras normas procesales. En el Título II, “De los Deberes, de los Derechos y de las Garantías”, se incluyen varias disposiciones que tienen relación directa con el Derecho Procesal, a saber:

“ART. 16. DE LA DEFENSA EN JUICIO. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.”

“ART. 17. DE LOS DERECHOS PROCESALES. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse una pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

1. que sea presumida su inocencia;
2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;
3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;
4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;
5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;
6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;
7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa e libre comunicación;
8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;
9. que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;
10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley; y a
11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.”

“ART. 18. DE LAS RESTRICCIONES A LA DECLARACIÓN. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive. Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados.”

“ART. 19. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho, efectuada en el auto respectivo.”

“ART. 256 – DE LA FORMA DE LOS JUICIOS. Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.”

En el Capítulo III, “**DE LA IGUALDAD**”, también se hallan insertas disposiciones procesales que merecen ser estudiadas:

“ART. 46. DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.”

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

“ART. 47. DE LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:

1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;
2. la igualdad ante las leyes;
3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad; y
4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.”

Nuestra Constitución garantiza, mediante reglas expresas, los derechos procesales de los ciudadanos, que se dan en llamar las garantías del debido proceso. Coincidiendo con Alvarado Velloso, debemos apuntar que el “debido proceso” no es sino el proceso concebido como garantía y límite ante el poder del Estado y la fuerza

de los particulares, acorde con las prescripciones consagradas por la Constitución, las cuales se resumen en los siguientes puntos:

- i) La prohibición de hacerse justicia por mano propia (Art. 15), que repudia la violencia y obliga a los ciudadanos y al mismo Estado a recurrir al proceso judicial para resolver los conflictos; de donde surge que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso (Art. 17 inc. 3);
- ii) La inviolabilidad del derecho a la defensa en dicho proceso (Art. 16): que implica el derecho de contradecir (contestar la demanda u oponerse a la pretensión deducida en contra de uno); ofrecer, producir, controlar e impugnar pruebas (Art. 17 inc. 8); y que es producto de la igualdad de las partes ante la ley y en el acceso a la justicia (Art. 47, inc. 1 y 2);
- iii) La presunción de inocencia (Art. 17 inc. 1), que otorga carácter constitucional al principio de que la carga de la prueba se establece en cabeza del actor o acusador (“*onus probandi incumbit actori*”) y a su vez, veda la posibilidad de dictar sentencia condenatoria, en cualquier tipo de proceso, sin audiencia del interesado;
- iv) El derecho de ser juzgado por jueces naturales (no especiales), imparciales e independientes (Art. 16), que también es corolario del principio de igualdad ante la ley y se presenta como un elemento esencial del proceso; y,
- v) El derecho de exigir que las sentencias judiciales estén fundadas en la ley, lo que implica: a) la sujeción de los jueces a la ley y a la Constitución; y b) la conceptualización constitucional de la sentencia judicial como acto de conocimiento (fundado en la razón y en el derecho) y no como acto de poder (basado en la autoridad y el arbitrio).

¿Por qué se habla de “debido proceso” y no simplemente de proceso?

Creemos que el origen de la adjetivación “debido” que se añade a la voz “proceso” indica el principio fundamental de que nadie puede ser despojado de ningún derecho (su libertad, su vida o sus bienes materiales) sin que medie un proceso judicial previo. El proceso es una prestación que el Estado (democrático) “debe” cumplir con el ciudadano, como presupuesto indispensable del ejercicio de su poder.

No obstante, la presencia del juicio previo no basta para que la garantía del llamado “debido proceso” esté satisfecha, sino que se requiere además que dicho proceso cumpla con ciertas formas y exigencias cualitativas que hacen a su misma existencia: la igualdad de las partes (concretada en la bilateralidad de la audiencia y la prueba), la presunción de inocencia (la carga de la prueba en la acusación), la imparcialidad del juzgador, entre otras.

Por tanto, las bases establecidas por la Constitución para sustentar el “debido proceso” (o simplemente “el proceso”, como diría Alvarado Velloso) son inamovibles:

- (i) toda persona tiene derecho a recurrir a la justicia para hacer valer sus derechos, y a la vez, a exigir que los demás también recurran a la justicia para hacerlos valer en su contra;
- (ii) a defenderse y oponerse a la pretensión de su adversario, es decir, contradecir, ser escuchado y probar en igualdad de condiciones;
- (iii) a ser juzgado por jueces naturales, imparciales e independientes, que aseguren la igualdad de las partes y el derecho a la defensa;
- (iv) que sea presumida su inocencia, lo que determina dos consecuencias: que la carga de la prueba corresponde al actor (con las limitaciones y aplicaciones de la ley), y que en caso de duda los jueces deben fallar a favor del demandado, sin que puedan intervenir en contra del beneficiado con esta presunción para condenarle; y,
- (v) finalmente, que la sentencia del juez se dicte de conformidad con la ley y con la Constitución, y esté basada en la razón (no en el capricho o la arbitrariedad).

La supresión de cualquiera de los elementos que integran la fórmula del proceso como método de resolución de conflictos, significaría de modo irreparable, la ruptura del sistema edificado por la Constitución. Se trata, pues, de un concepto integral, que no puede ser dividido, fraccionado ni suprimido parcialmente, por la estrecha interrelación, subordinación e interdependencia de sus elementos, donde la eliminación de cualquiera y solo uno de ellos produciría inexorablemente la de los demás, y finalmente, la destrucción del concepto.

De tal forma, si en el plano de la realidad (es decir, en la tramitación de un “juicio” efectivamente llevado a cabo en los Tribunales) el fenómeno no reúne los presupuestos y las características aquí señaladas, ya sea en cualquiera de sus fases, etapas, incidentes o trámites, no estaríamos hablando de un genuino proceso, sino (como dice Alvarado Velloso), de una mera parodia de aquél.

¿Puede sostenerse que si el juez adquiere algún tipo de interés en el pleito que le es sometido a decisión, es dable conservar el “debido proceso”?

Obviamente, la respuesta es negativa: la pérdida de imparcialidad del juzgador produce de plano, en forma objetiva, la vulneración de la igualdad de las partes y por ende del derecho a la defensa; y en forma subjetiva, la supresión del principio de inocencia del cual necesariamente debe partirse al iniciarse el proceso y que debe durar hasta que se dicte sentencia.

A la inversa, por ejemplo, la limitación de los derechos probatorios en contra de una de las partes o la admisión de una prueba ilegítima o no debidamente ofrecida, determina la pérdida de la imparcialidad del juez, quien desde ese momento hipotético estaría favoreciendo a una de las partes en detrimento directo de la otra.

¿Pueden “diferirse” los derechos procesales de las partes, permitiendo la producción de actos de procesamiento o trámites sin audiencia de ambas partes, pero dándoles la posibilidad de contradecir o impugnar lo resuelto ulteriormente? En modo alguno.

No puede admitirse que las garantías procesales puedan ser diferidas, ya que **la oportunidad hace a la igualdad**. El ejercicio del derecho a la defensa (contradecir, ser oído y probar en igualdad de condiciones) no puede ser postergado para un momento ulterior al dictado de la sentencia de mérito, porque la Constitución indica específicamente que el juicio (el proceso) debe preceder a la condena (la sentencia).

Así, resulta contrario a la Constitución que se dicte sentencia sin proceso previo (porque como hemos visto esto conlleva a la supresión del “debido proceso” en todas sus partes). Nuevamente vale mencionar aquí la interrelación: la sentencia dictada sin audiencia previa de parte ocasiona directamente la violación del derecho a la defensa y del principio de inocencia o de la carga de la prueba, e indirectamente, la destrucción de la imparcialidad del juez.

Estos son, en resumen, los alcances de la garantía constitucional del “debido proceso”, a la cual están subordinadas todas las demás normas procesales; garantía que debe regir invariablemente todo tipo de procedimiento ante la ley, incluyendo al instituto de las medidas cautelares.

4. EL CONCEPTO DE PROCESO DERIVADO DE LA CONSTITUCIÓN.

Ya que hemos revisado las normas procesales insertadas en la Constitución Nacional, podemos trazarnos el objetivo de sistematizar las nociones básicas de proceso y los principios procesales que le dan vida.

Habitualmente, se entiende por proceso cualquier tipo de procedimiento, juicio o trámite ante un tribunal. Pero el proceso no es sólo eso. El proceso es una estructura lógica de debate concebida de una manera determinada para que pueda cumplir con su función: permitir la solución pacífica de los conflictos de intereses que se producen en el seno de la sociedad.

Así, todo proceso supone la presencia de dos partes en pie de perfecta igualdad, equidistantes de un tercero imparcial e independiente, quien en carácter de autoridad tendrá a su cargo la decisión final del litigio (o conflicto judicializado). Consecuencia de ello es que todas las actuaciones que se realicen en el marco del proceso son y deben ser bilaterales, de manera que exista un control mutuo y recíproco de la actividad que se realiza.

Toda resolución que el juez dicte a pedido de una de las partes sin haber oído a la contraria, se halla, por ende, fuera del concepto de proceso, y no puede ser calificada como producto de aquél, sino de un simple procedimiento. Así también, toda instancia en la cual el juzgador actúa a la vez como acusador o como parte, proviene o es designado por una de las partes –como ocurre en los sumarios administrativos, en el antiguo proceso penal inquisitivo–, viene a ser un procedimiento, al no existir la bilateralidad ni la idea de confrontación pareja de fuerzas.

Esta es la idea básica y elemental de proceso, de modo que sólo cuando estén reunidas estas condiciones estaremos en presencia de él. Como lo ha dicho tan galanamente Alvarado Velloso, el proceso es un fenómeno irrepetible e inconfundible en el mundo jurídico, por lo que no necesita –ni permite– adjetivación alguna que explique el contenido de la materia que en él se debate.

En la descripción del concepto hemos empezado por las partes, porque son ellas quienes motivan la existencia del proceso; es conocido el aforismo romano *nemo iudex sine actore* (“no hay juez sin actor”). De modo que donde no existan dos partes perfectamente iguales y antagónicas, y equidistantes del juzgador, no puede existir proceso. Cuando una de las partes se identifique con él, obviamente no habrá proceso, sino una mera parodia de aquél.

Este orden de los sujetos (primero las partes y luego el juez) no es casual sino causal, puesto que está dado por su orden de aparición: en efecto, en el plano de la realidad social son las partes quienes sostienen el conflicto, el cual se convierte en litigio cuando una de ellas afirma ante la autoridad de un tercero (o juzgador) la existencia de dicho conflicto y solicita la heterocomposición del mis-

mo. Esto también tiene que ver con los sistemas procesales: quienes abogan por un sistema dispositivo o a instancia de parte, ponen énfasis en el protagonismo de las partes; y por el contrario, quienes defienden un sistema inquisitivo, dan preferencia a la investidura del juez, y pregonan el aumento de los poderes del juez sobre el proceso y el contenido material del mismo.

Por tanto, debe entenderse por proceso “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad”, y que además, recalamos, debe ser imparcial. Ni más ni menos que esto.⁸¹

5. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

De la idea de proceso expuesta anteriormente (dos partes antagónicas e iguales, debatiendo en posición equidistante de un tercero a quien se encomienda la decisión del litigio), se extraen los principios fundamentales del proceso, que son los siguientes: igualdad, bilateralidad o contradicción, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie (cosa juzgada), eficacia y moralidad del debate.

5.1 LA IGUALDAD PROCESAL.

Como el proceso es una lucha pacífica entre dos contendientes, es misión del juez garantizar que el debate se desarrolle en un pie de perfecta igualdad; es decir, que ambos tengan los mismos derechos y la misma consideración dentro del proceso, que sus argumentaciones y defensas sean oídas y valoradas de modo justo e igualitario, con ausencia de toda preferencia o privilegio de una sobre la otra.

Couture se refiere al principio de igualdad diciendo:

“Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.”⁸²

⁸¹ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 44.

⁸² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. Ed., Reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 183.

El principio de la igualdad procesal presupone que ambas partes deben tener iguales oportunidades de ser oídas, y de controlar las actuaciones de la contraria. Es una derivación del derecho de igualdad ante la ley, consagrado por la mayoría de las Constituciones modernas y por nuestra Constitución Nacional de 1992. Si una de las partes obtiene ventajas injustificadas sobre la otra, o se le concede lo que se le niega a la otra, se rompe la igualdad y ya no estamos ante un proceso.

“La igualdad jurídica, que es muy importante en todos los aspectos, cobra el máximo de importancia en las relaciones con los tribunales... El Derecho en todas sus ramas cobra su máxima actualidad en las sentencias de los tribunales. Estas son la expresión plenaria y definitiva del Derecho. De poco serviría que leyes y reglamentos estatuyesen el principio de igualdad jurídica y todas las aplicaciones de éste, si dicho principio fallara o flaquease en la administración de justicia. Los tribunales no deben hacer distinción ninguna entre el poderoso –ni siquiera cuando éste sea el Estado– y el desvalido, entre el rico y el pobre, entre el gran hombre y el humilde desconocido, entre el amigo y el enemigo, etc.”⁸³

Consecuencia del principio de igualdad es que toda persona tiene derecho a ser asistida por un profesional abogado en la defensa de sus intereses, y a acceder a la justicia aun cuando su condición económica sea pobre. En caso de que la persona que ha de litigar, cualquiera sea el fuero ante el cual le toque hacerlo, puede recurrir al Ministerio de la Defensa Pública para que se le nombre un defensor. Además, se ha regulado el instituto del beneficio de litigar sin gastos o bajo declaración de pobreza, de tal modo que el litigante que se halle en esta condición pueda ejercer sus derechos sin tener que abonar los gastos de justicia. En definitiva, lo que la ley busca es evitar que la justicia tenga sólo puerta de entrada para las clases privilegiadas, y promover un real acceso a la justicia para todos por igual.⁸⁴

⁸³ RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 571 y ss.

⁸⁴ El problema de la desigualdad sustancial entre los ricos y pobres ha sido objeto de cuantiosas reflexiones. En los últimos tiempos se ha venido forjando la idea de que cuando los pobres litigan contra los ricos, el juez debería torcer la balanza a favor del más desprotegido, supuestamente para hacer realidad la igualdad ante la ley. Si bien creemos que el acceso a la justicia debe ser real y efectivo, sin distinción de clases sociales, tampoco creemos que la solución sea contar con jueces que quiebren su imparcialidad y favorezcan al más pobre: a) en primer lugar, porque se comete aquí el mismo mal que se pretende evitar, pero sólo alterando los factores; b) porque si así fuera, se pasaría de una desigualdad teórica y potencial, a una desigualdad presente y efectiva; c) porque esa actitud es populista y por tanto falaz, ya que si la ley es igual para todos, el favorecimiento del pobre por sobre el rico no es hacer el bien; d) porque normalmente se utiliza este expediente no para “dar a cada uno lo suyo”, sino para hacer caridad con el dinero y el sacrificio ajenos. Creemos que la solución pasa por el fortalecimiento del Ministerio de la Defensa Pública, por la promoción de información y conciencia de los derechos y de la forma de su ejercicio, por hacer digna la profesión de abogado (de manera que tanto ricos como pobres puedan contar con buenos defensores), y por la conformación de un Poder Judicial independiente, integrado por jueces

5.2 BILATERALIDAD O CONTRADICCIÓN.

El principio de bilateralidad o de contradicción deriva precisamente del principio de igualdad de las partes, no obstante lo cual conviene darle un tratamiento separado.

Toda persona sobre quien pesa una acusación o pretensión tiene derecho de contradecirla (o refutarla), a ser oída antes de que se tome una decisión: *auditatur altera pars* (sea oída la otra parte). La afirmación que efectúa el actor en una demanda, debe ser siempre trasladada al demandado para que la conteste, lo que supone el fundamento lógico y jurídico del proceso. Antes de esto, el juez no puede dictar sentencia que ponga fin al conflicto transformado en litigio.

En las palabras de Couture, “esta estructura necesaria del proceso civil es un instrumento de la libertad civil.”⁸⁵

El derecho a la defensa en juicio presupone la posibilidad de contradicción del demandado a las alegaciones del actor, a tener “su día en la Corte” para ser oído, y además a tomar participación y controlar cada una de las pruebas y actuaciones realizadas en el proceso (Art. 17 inc. 8 de la Constitución Nacional del Paraguay).

Si bien este principio de bilateralidad encuentra su excepción en el caso de las medidas cautelares, debe interpretarse que la supresión de la bilateralidad se efectúa aquí con un interés instrumental, por lo que adquiere relevancia la prestación de una adecuada contracautela que en cierto modo viene a paliar la ausencia inicial de contradicción.

También debe distinguirse que las medidas cautelares no constituyen una declaración definitiva sobre los derechos en disputa. Por esta razón, se cierne la duda sobre la procedencia o no de la llamada “cautela material” o el despacho de una medida que con carácter cautelar anticipe los efectos que tendría la sentencia principal, atribuyendo los mismos derechos que debían ser reconocidos por aquélla.

valientes y sobre todo, imparciales. Porque si los jueces están legitimados para no actuar imparcialmente bajo pretexto de ayudar al más pobre, lo están para hacerlo en cualquier caso.

⁸⁵ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 98. Resulta menester hacer hincapié en que las normas procesales a las cuales se refería Couture eran, tanto en Uruguay como en toda Latinoamérica, predominantemente publicistas y de fuerte rasgo inquisitivo (aunque rotuladas, falazmente, como propias del sistema “parcialmente inquisitivo y parcialmente acusatorio”); circunstancia que confiere un valor innegable a lo afirmado por el célebre autor.

5.3 IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR.

En cuanto al juzgador, sea éste un funcionario público (juez) o un tercero designado por las partes (árbitro), debe ser imparcial (no parte) e independiente, lo cual tiene las siguientes implicancias:

(i) La imparcialidad es nota esencial del proceso. No puede concebirse un proceso en donde el juez esté interesado en el pleito, o bien favorezca a una de las partes en detrimento de la otra. Es obvio que un juez no irá a litigar en causa propia ante su propio juzgado, pero tampoco podrá intervenir allí donde tenga intereses personales. En suma, el juez debe estar alejado de las partes, no estar identificado con ninguna de ellas por ninguna causa ni motivo.

La imparcialidad es el reverso de la moneda en la cual la igualdad de las partes es el anverso: cuando el juez se acerca a una de las partes (la cual mejora su posición dentro del proceso), se quebrantan al mismo tiempo la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes, ya que a partir de ahí las partes ya no estarán en un perfecto pie de igualdad (la una estará por sobre la otra) y el juzgador habrá perdido su imparcialidad.

El sistema acusatorio o dispositivo es radicalmente opuesto al inquisitivo, en el cual el juez ocupa al mismo tiempo el papel de actor o acusador, y juzgador. En rigor, cuando hablamos de “proceso”, nos referimos siempre al sistema acusatorio-dispositivo. De ahí que la clasificación de “proceso inquisitivo” o “principio inquisitivo” sean inaceptables, por constituir una *contradictio in terminis* insalvable, porque lo inquisitivo repugna la idea de proceso en sí misma y por tanto jamás puede llegar a ser un principio.

El juez debe mantener su imparcialidad desde la iniciación del proceso hasta su conclusión, dando a cada parte la oportunidad de alegar y probar. En este sentido, constituye requisito fundamental del proceso la imparcialidad en el examen de los hechos y de las pruebas, y en su juzgamiento. Precisamente, es en la producción de las pruebas y el enjuiciamiento de los hechos donde mayores injusticias pueden cometerse, y la posibilidad del error aumenta considerablemente sin el control de las partes y la posición crítica del juez.

Esta posición crítica y neutral del juez resulta esencial con respecto a la actividad probatoria, y supone la imposibilidad del juez de producir prueba de oficio.⁸⁶

⁸⁶ Esta tesis ha sido defendida con éxito por el profesor chileno Hugo BOTTO OAKLEY, con la cual obtuvo el título de “Magister en Derecho Procesal” por la Universidad Nacional de Rosario.

El extremo contrario es propugnado por el sistema inquisitivo, del que es propio la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, bajo el pretexto de hallar la “verdad real” o la “verdad jurídica objetiva”. Ferrajoli llama inquisitivo “a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas”.⁸⁷

El juez no es un investigador ni detective público, sino un evaluador de las hipótesis alegadas y probadas por las partes. El gran Couture definió con su acostumbrada maestría esta idea:

“La prueba civil no es una averiguación. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibirá la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación.”⁸⁸

Chiovenda, en sus magistrales “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, refiriéndose a los poderes del juez decía:

“La esfera de actividad del defensor y la del juez deben estar netamente separadas, ya que existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre la función de juzgar y la de buscar elementos de defensa de las partes”.⁸⁹

La prueba de oficio es, por tanto, notoriamente incompatible con el modelo procesal garantista o constitucional del debido proceso, en tanto que viola “las reglas del juego” y produce en sí misma, de plano, el resquebrajamiento de la imparcialidad del juzgador.

No es difícil concluir que el juez que produce una prueba de oficio viene a modificar sustancialmente la naturaleza del proceso, con lo cual pierde su imparcialidad y de su posición originaria de no parte (o “imparcial”), se confunde y enlaza con una de las partes a quien irremediablemente beneficia con su actividad. Tanto en el proceso penal como en el civil, cuando el juez se halla en estado de duda, debe aplicar el principio de la carga de la prueba y absolver al litigante que debía probar.

⁸⁷ FERRAJOLI, op. cit., 564.

⁸⁸ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 146.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México (D.F.), 1995, p. 382.

El mismo Chiovenda (quien paradójicamente fue el gran propulsor del Código de Franz Klein en Italia), reconocía:

“Escogidos y determinados los hechos sobre qué juzgar, se requiere que sean establecidos como verdaderos. También en esto domina, por regla general, el principio dispositivo: corresponde a las partes proponer las pruebas que estimen oportunas. El magistrado juzga en virtud de las pruebas aportadas; tanto peor para la parte si son insuficientes.”⁹⁰

En esta tesis, consideramos que las medidas para mejor proveer son abiertamente contrarias a la imparcialidad del juez, porque sustituyen el principio de inocencia y la consecuente aplicación del principio de la carga de la prueba, favoreciendo a aquél que debía probar para destruir dicha presunción de inocencia. En efecto, la prueba de oficio jamás se dicta a favor del acusado o demandado contra quien se debe probar, dado que:

- a) si la prueba producida de oficio resultara a favor del reo, el juez de todas maneras debería absolverlo;
- b) si la prueba no despejara la duda, también el demandado-reo sería absuelto; y,
- c) sólo en el caso de que la prueba resultara en contra del demandado o reo, sería condenado.

Es decir, la prueba de oficio no sirve para encontrar la “verdad real” como pregonan hipócritamente los defensores del modelo autoritario, sino sólo para perjudicar a una de las partes, con la consecuencia directa de la pérdida (objetiva e incondicional) de la imparcialidad del juez.

Por lo demás, las sabias palabras de Chiovenda nos enseñan que el impedimento de producir pruebas de oficio proviene de la misma naturaleza del proceso: el magistrado debe saber mantenerse psicológicamente “aparte” de las partes, prescindente de toda actividad de defensa de las posiciones que ellas pudieran tener dentro del proceso.

Cabe delinear y diferenciar la prueba de oficio de la llamada medida para mejor proveer o para mejor resolver. La prueba de oficio consiste en toda actividad probatoria emprendida unilateralmente por el juzgador, sin instancia de las partes. Algunos códigos procesales “modernos” (como el Código General del Proceso de la

⁹⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 383.

República Oriental del Uruguay) establecen un procedimiento predominantemente oral, llevado a cabo por audiencias, en el cual el acto procesal más importante es la audiencia de sustanciación de la causa, donde también el juez debe ofrecer y proponer la prueba que considerara conveniente (en clara actitud de sustitución de las cargas procesales de las partes). En cambio, la medida para mejor proveer o mejor resolver es solamente una especie del género prueba de oficio, pues ellas no se dictan “en cualquier momento” (como lo disponen algunas legislaciones procesales autoritarias), sino sólo al final, cuando la causa se halla en estado de ser dictada la sentencia.

Por tanto, la prueba de oficio dispuesta por el juez conjuntamente con las pruebas que son ofrecidas por las partes son aún más perjudiciales que las medidas para mejor proveer (o diligencias finales), sobre las cuales la Jurisprudencia ha limitado su admisibilidad para los casos de superabundancia del material probatorio y la existencia de pruebas contradictorias, cuidando de no suplir la negligencia de la parte que corría con la carga de la prueba.

(ii) Para que el juzgador pueda decidir eficientemente el litigio entablado entre las partes, no basta que sea sólo imparcial; además debe ser independiente. Ello implica que el juez no debe estar sujeto a presiones políticas ni de otro tipo que puedan influir su tarea, ni remover su convicción. Cuando los jueces no son independientes, no puede hablarse de un verdadero Estado de Derecho. Aquí tiene elemental importancia la forma de designación de los magistrados, pero no entraremos en detalle en esta cuestión.

La independencia del Poder Judicial es fundamental para asegurar la vigencia de las garantías constitucionales antes referidas. El Art. 248 de la Constitución Nacional dice:

“Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.

En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse funciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan una nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.”

La independencia del Poder Judicial es la consecuencia lógica de la separación tripartita de los Poderes del Estado, en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, que es corolario del sistema republicano de gobierno que establece la Constitución y en general, pregonan las Constituciones liberales modernas. La intención es suprimir la vieja y perversa práctica del ejercicio irrestricto y absoluto del poder en todos sus ámbitos y funciones por una sola persona, con las arbitrariedades e injusticias que aquello suponía.

La garantía constitucional del derecho a la defensa en juicio exige como atributo o cualidad necesaria y esencial que toda persona sea juzgada por jueces provenientes de un Poder Judicial legítimamente constituido e independiente de los demás poderes del Estado, y ajenos a las influencias tan perniciosas del poder político sobre la justicia.

5.4. TRANSITORIEDAD DE LA SERIE (COSA JUZGADA).

El proceso no puede tener una duración indeterminada, infinita, porque de lo contrario, el conflicto que motivó su seguimiento no ha de tener solución. Por tanto, el proceso debe tener un final, de modo que cuando el proceso concluye, sea con el dictado de la sentencia o por haber las partes arribado a un arreglo antes de ella, ya no puede reabrirse la discusión.

La sentencia judicial está protegida por una presunción de verdad, que conlleva a que una vez que adquiera firmeza ella, ya no puede ser modificada ulteriormente: esto es la cosa juzgada.

Para Couture, la cosa juzgada es “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.⁹¹

La cosa juzgada otorga una presunción de certeza a la sentencia judicial, e impide que los procesos sean sucesivamente reabiertos (salvo casos excepcionales de condena penal injusta, como el caso paradigmático en que luego de dictada una condena por homicidio, aparece con vida el supuesto fallecido), con lo cual da un corte definitivo al conflicto que motivara el proceso, puesto que aunque la parte perdedora no estuviera de acuerdo con el resultado obtenido, debe obedecer y cumplir lo resuelto, merced al *imperium* que faculta a los magistrados a hacer cumplir sus resoluciones.

⁹¹ COUTURE, Fundamentos..., p. 401.

Asimismo, debe recordarse que la sentencia judicial es finalmente una norma jurídica individual, tan exigible como cualquier otra ley obligatoria, por el principio de coercibilidad que reviste a toda norma jurídica (a diferencia de las normas morales, cuyo cumplimiento no es exigible por la fuerza).

Vale la pena transcribir aquí el comentario del maestro Alvarado Velloso:

“...el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad... De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión. La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juez.”⁹²

5.5. EFICACIA DE LA SERIE.

El proceso debe servir de herramienta para la solución de los conflictos sociales. Para este efecto, debe constar de una estructura que permita de la mejor manera posible el desarrollo del debate. Así, todo proceso debe contener necesariamente las siguientes fases: (i) Afirmación; (ii) Negación; (iii) Confirmación; y (iv) Evaluación.⁹³

Para que el proceso se ponga en movimiento es indispensable que haya una persona (actor) que afirme que otra (el demandado) le debe algo en derecho; es decir, que alguien afirme la existencia de un conflicto (jurídico) en el plano de la realidad social (fase de afirmación).

A su vez, el demandado o acusado deberá tener la oportunidad de negar o contradecir lo dicho por su antecesor (fase de negación). Esto se logra mediante el “traslado”, que no es otra cosa que la bilateralización de la instancia.

Si lo afirmado por el primero fuese negado o contradicho por el segundo habrá controversia, por lo que necesariamente se deberá confirmar -a través de los medios probatorios idóneos- a quien asiste la razón (fase de confirmación).

Por último, las partes tendrán la oportunidad de evaluar todo lo que fue objeto de afirmación, negación y confirmación, mostrando sus conclusiones respectivas (fase de evaluación o conclusión).

⁹² ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 261.

⁹³ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 262.

De lo anterior se extrae que, la sentencia es fruto del proceso, pero no es parte de él, porque en ella no intervienen las partes; la sentencia es el objeto del proceso, la meta hacia la cual éste se propone llegar, mientras que el proceso es el método o camino elegido para llegar a esa meta.

La serie descrita responde a una necesidad lógica y no meramente al capricho o a una elección circunstancial. Su finalidad es asegurar que los contendientes tengan a su disposición una estructura apta para la discusión y el debate, que permita al juez tomar conocimiento de la causa y dictar convenientemente la sentencia. La alteración de estas fases lógicas conspiraría contra tales fines, tornando al proceso en una herramienta ineficaz.

5.6. MORALIDAD EN EL DEBATE.

El proceso es una herramienta de pacificación, que bajo ningún punto de vista puede ser objeto de perversión y de manipulación para impedir que cumpla su finalidad: la de resolver el conflicto en el que están envueltas las partes.

Se ha dicho con acierto que “si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.”⁹⁴

Por tanto, la ley debe prever los medios para castigar a los litigantes de mala fe y que ejercen abusivamente sus derechos, alterando en forma grosera la verdad de los hechos, o recurriendo a incidentes innecesarios e inconducentes para la declaración del derecho. De lo contrario, el proceso quedaría desnaturalizado.

También aquí entran en vigor otros principios procesales: si el juez permite hacer a una lo que no permite a la otra; o si prohíbe a una lo que no prohíbe a la otra, se altera visiblemente el principio de igualdad, como así también la imparcialidad del juzgador. La prudencia y rectitud del juez para sancionar las conductas procesales inadecuadas de las partes son una muestra de su imparcialidad, en el doble sentido de que el juez permisivo se vuelve parcial del infractor; mientras que el juez excesivamente severo podría serlo de la parte contraria del sancionado.

⁹⁴ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 262.

Finalmente (pero no menos importante), cabe apuntar que normalmente los jueces son reacios a aplicar las sanciones procesales previstas por la ley a las partes (declararlas litigantes de mala fe o condenarlas por ejercicio abusivo del derecho), por tratar de “quedar bien” con los abogados, perdiendo de vista que la falta de cumplimiento del principio de moralidad del proceso resquebraja los demás principios procesales y termina por desfigurar la estructura procesal. A la vez, el auge de un desmesurado “tecnicismo procesal” conspira contra el mantenimiento de los genuinos principios procesales, que, sin duda, deben ser reivindicados.

CAPÍTULO VI. Bases epistemológicas del proceso. LA VERDAD EN EL PROCESO.

I. EL PROCESO COMO MÉTODO DE CONOCIMIENTO.

Hemos dicho que el proceso es un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas que actúan en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad, cuya finalidad es la solución de los conflictos de intereses que surgen en la sociedad.

Michel Foucault describe los diversos métodos por los que ha transitado la humanidad para el juzgamiento de las controversias, desde la magia y la adivinación de los tiempos primitivos; las ordalías del derecho germánico (los juicios de Dios); las competencias entre acusador y acusado (a veces a través de “campeones”), la intervención de los “testigos” (las familias de uno y otro contendiente); la inquisición (con la figura del Procurador del Rey como personaje central del litigio); y finalmente, el proceso judicial, encontrando en todos ellos un elemento común: la tensión entre el saber y el poder. Con la idea de que las contiendas entre individuos deben resolverse pacíficamente -por la razón y no ya por la fuerza-, el proceso judicial constituye, pues, un método de autenticación de la verdad.⁹⁵

La sentencia judicial es no sólo un acto de ejercicio del poder, sino un acto de saber (de conocimiento). Y en este contexto, adquiere especial relevancia el modo en que se desarrolla y se obtiene este saber o conocimiento judicial. La historia nos revela que el mundo ha pasado definitivamente del sistema de los “juicios sin verdad”, en los que la decisión jurisdiccional constituía la verdad por el solo hecho de provenir de la autoridad suprema del Soberano o sus representantes (como en la Inquisición), al sistema de los “juicios con verdad”, en los que la decisión de la autoridad no se justifica en sí misma (internamente) sino en la razón (externamente). Pero no sólo en la razón del juez, sino en la razón del derecho.⁹⁶

⁹⁵ FOUCAULT, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, 6ª reimp., Barcelona, Gedisa, 1999.

⁹⁶ En este sentido, el art. 256 de la Constitución Nacional establece que “ Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”.

2. EL MÉTODO DE CONOCIMIENTO EMPLEADO EN EL PROCESO JUDICIAL. CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y CONOCIMIENTO JUDICIAL.

El método de conocimiento judicial debe estar compuesto de tal modo que asegure un doble fin: la garantía del derecho a la defensa de los litigantes, y la resolución más justa posible de la causa. Para lograr esta finalidad se ha ideado un método que consiste de cuatro fases lógicas irreductibles: afirmación (demanda); contradicción (contestación o excepción); confirmación (prueba); y evaluación (alegación).

El proceso judicial se inicia siempre a instancia del interesado (*nemo iudex sine actore*), quien recurre al juez o tercero designado para resolver el conflicto (ahora transformado en litigio) a fin de que éste cite y constriña al demandado (o sujeto contra quien se dirige la pretensión del actor) a comparecer ante su autoridad para que sea sustanciado el pleito.

Luego de recibida la demanda que le fuera presentada por el actor o iniciador de la instancia, el juez traslada o proyecta la instancia recibida al demandado para que éste ejerza su derecho de contradecir u oponerse a la pretensión del primero (aunque también puede, claro está, allanarse a dicha pretensión).

En el conocimiento judicial tiene validez el método de conjeturas y refutaciones, o de ensayo y error, el cual ha sido desarrollado y explicado satisfactoriamente por Karl R. Popper.⁹⁷ Toda teoría debe ser sometida a refutación, y si sobreviviera al examen, podría considerarse momentáneamente corroborada y aceptada como una verdad aproximativa; pero no “verificada” como absoluta o definitiva.

Pero como acertadamente lo ha observado Mario Bunge, la “refutabilidad” no es el único criterio de investigación científica. Normalmente en la práctica los científicos no buscan “falsar” sus teorías, sino descubrir datos, hechos o indicios que puedan confirmar sus hipótesis (aunque a veces esto ocurra por vía de la refutación de otras teorías o hipótesis contrarias). El conocimiento científico es esencialmente “verificable”: las conjeturas de los científicos, sean más o menos audaces, simples o complejas, deben ser sometidas a prueba. Pero la finalidad de estas pruebas no es la “refutación” de las hipótesis, sino al contrario, su “confirmación”.⁹⁸

Así, simultáneamente, también juega en el proceso judicial la “confirmabilidad”, que opera principalmente en el campo de las pruebas dirigidas a confirmar las hipótesis fácticas enunciadas por las partes en el juicio.

⁹⁷ POPPER, Karl R.; *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 2ª. Reimpresión, trad. Néstor Míguez y Rafael Grasa, Barcelona, Paidós, 1989.

⁹⁸ BUNGE, Mario; *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997.

Partiendo de esta idea, en el campo del proceso la afirmación del actor o pretendiente debe ser sometida a la refutación del demandado, quien ejerce así el derecho de contradicción. La lógica del razonamiento judicial exige que el que afirma una pretensión deba confirmarla, sin perjuicio del derecho de la parte contraria de negar y contradecir tal hipótesis, controlar la prueba utilizada por el primero y probar en contrario (o producir la llamada “contraprueba”, o una prueba capaz de “falsar” o demostrar el error de la hipótesis del actor).

Por último, luego de la etapa de confirmación, las partes deben alegar o evaluar los resultados obtenidos de la actividad probatoria, exponiendo al juzgador la tesis resultante de su labor. La sentencia se convierte así en una síntesis, producto del contraste entre las dos teorías sostenidas por las partes: a la tesis del actor se contraponen una antítesis del demandado, quedando a cargo del órgano o la persona encargada de la heterocomposición, el pronunciamiento o la emanación de dicha síntesis, que consistirá en una decisión favorable a una u otra parte.

En la descripción del método se observa que es el actor o pretendiente quien tiene la carga de confirmar las hipótesis fácticas que sustentan el derecho por él invocado y que puedan hacer viable su pretensión; salvo, por supuesto, que exista allanamiento por parte del demandado, o que éste alegue hechos impeditivos o extintivos del derecho sustentado por el actor.

En materia procesal, la carga de la prueba en la parte actora funciona como una suerte de norma de clausura, fundada en la presunción de inocencia del demandado. Así, si el actor no logra confirmar sus hipótesis mediante las pruebas producidas, o no logra desvirtuar la contraprueba producida por la adversa, la demanda debe ser rechazada.

3. EL CARÁCTER HIPOTÉTICO DE LA VERDAD PROCESAL.

Si bien este método o camino para llegar a la verdad —el proceso— no es infalible, o al menos no asegura que en todos los casos se hallará “la verdad” de los hechos tal cual como ocurrieron, es lógica y científicamente el más aceptable que se ha propuesto hasta el momento. Como puede notarse, el método es inductivo en la apreciación de los hechos y deductivo en la aplicación de la norma. Por el contrario, el modelo inquisitivo en su versión moderna tampoco garantiza que se hallará “la verdad” (dado que supone un excesivo optimismo epistemológico y confianza en el saber-poder del juez), sino más bien una verdad predeterminada por el juez a la cual se busca arribar por medio de la deducción de los hechos a partir de una conclusión

(querida y anticipada por la intuición), y no por inducción de los hechos a partir de las pruebas como lo exige la lógica del razonamiento judicial.

Siguiendo la epistemología de Popper, todo conocimiento parte necesariamente de otro conocimiento anterior, a través del método de conjeturas y refutaciones. El conocimiento no puede crearse a partir de la nada, de una *tabula rasa*. El conocimiento avanza a través de la crítica de las teorías propuestas, las cuales mientras no sean refutadas, han de ser aceptadas como “corroboradas”, mas no como verdad absoluta.⁹⁹

Normalmente la ciencia y la naturaleza no emiten una señal de aviso que nos permita darnos cuenta cuando hemos descubierto la verdad: muchas veces estamos frente a ella y no somos capaces de develarla. La verdad se aparece, así, como una idea reguladora: buscamos aproximarnos a ella aprendiendo de nuestros errores y construyendo cada vez mejores teorías, aun cuando sepamos que ellas podrían no ser del todo verdaderas. Decía el gran filósofo austriaco:

“En realidad, sólo con respecto a este objetivo, el descubrimiento de la verdad, podemos decir que, aunque seamos falibles, tenemos la esperanza de aprender de nuestros errores. Sólo la idea de la verdad nos permite hablar con sensatez de errores y de crítica racional, y hace posible la discusión racional, vale decir, la discusión crítica en busca de errores, con el serio propósito de eliminar la mayor cantidad de éstos que podamos, para acercarnos más a la verdad.”¹⁰⁰

De ahí que la verdad que pudiera expresar o contener una teoría es muchas veces contingente y no absoluta, dado que si la teoría resistiera el ataque de la crítica, quedaría momentánea y provisionalmente “corroborada” (aun cuando es posible la existencia de verdades definitivas, como por ejemplo, que la Tierra gira alrededor del Sol). Y la corroboración sólo implica un grado superior de certeza o verosimilitud, pero no una verdad incuestionable, dado que no pocas veces queda resquicio para la posibilidad de una refutación sobreviniente (y la historia nos brinda un sinnúmero de teorías reputadas casi infalibles que luego quedaron sepultadas por la ciencia).

Así, cuando no existe posibilidad de refutación, nos hallamos frente a un tipo de conocimiento no-científico, puesto que la refutabilidad o testabilidad es el criterio de demarcación entre la ciencia y la pseudociencia.¹⁰¹ Si una teoría no pudiera ser de modo alguno refutada (ni verificada), dejaría de ser científica, puesto que se trataría de un conocimiento inalcanzable.

⁹⁹ POPPER, op. cit., p. 52.

¹⁰⁰ POPPER, op. cit., p. 280.

¹⁰¹ POPPER, op. cit., p. 61.

Por tanto, a pesar de lo contradictorio que suena, el criterio de científicidad no radica solamente en la posibilidad de “verificabilidad” de las teorías, sino también en la de su “refutabilidad”. De este modo, una proposición teórica sólo puede ser aceptada como verdad (parcial y momentánea) sólo luego de haberla sometido a una crítica racional, y siempre que fuera refutable (además de ser verificable).

Pero al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que si bien el método del ensayo y error resulta útil para la eliminación de errores, la refutación o falsación y la búsqueda de nuevas teorías o el mejoramiento de las ya existentes, como lo observa Mario Bunge, el científico en realidad orienta la prueba a la confirmación de sus teorías o sus hipótesis, manteniendo en todo caso la indecisión hasta que pueda reunir nuevas pruebas o elementos de juicio. Al criterio de “refutabilidad”, se le debe agregar, pues, el de “confirmabilidad”

Al igual que en el campo del conocimiento científico, el conocimiento judicial al cual se arriba por medio del proceso y que se vierte en la sentencia, es meramente conjetural. La verdad funciona en el proceso, al igual que en la ciencia, como una idea reguladora: la sentencia no siempre es la expresión de la verdad, o más aún, podría resultar difícil saber cuándo se ha llegado a ella.

Ello tiene que ver con las limitaciones propias del proceso, en el que sólo pueden ser juzgados los hechos tal como los han afirmado las partes y sobre la base de la prueba debidamente rendida por ellas (“*secundum allegata et probata*”); a diferencia de la ciencia, la experimentación o *confirmación* se refiere a hechos pretéritos y no voluntariamente seleccionados; se opera sobre la base de ciertas reglas jurídicas o *presunciones*; los medios confirmatorios deben ser postulados y producidos de acuerdo con *reglas de procedimiento* particulares y ciertos *plazos* (que varían de legislación en legislación); y como en toda empresa humana, se tropieza con la imperfección, la falibilidad y la subjetividad propia de los sujetos que intervienen en el proceso (partes, juez, testigos, peritos, etc.).

Por lo demás, en el proceso judicial existen límites que impiden ir en busca de una verdad sustancial, absoluta o providencial; sino de una verdad controlada y reducida a los márgenes que permitan asegurar el derecho a la defensa de las partes en el juicio. El hallazgo de la verdad (como meta) no puede justificar la ruptura de las garantías procesales, que vienen a ser las líneas demarcatorias del camino (o método) que indefectiblemente debe seguirse hasta llegarse a la conclusión (la sentencia). Éste es el precio que necesariamente debe pagarse como presupuesto de un Estado de Derecho.

Según Ferrajoli, la verdad que se persigue en el proceso es “una verdad formal o procesal”, una verdad “controlada” y reducida en su contenido, en el sentido de que: a) está limitada a las hipótesis acusatorias, es decir, a las pretensiones deducidas por la acusación; b) debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas; c) es siempre una verdad solamente *probable* y *opinable*; y d) en caso de duda, “prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias.”¹⁰²

Obviamente, al igual que las teorías científicas, las hipótesis contenidas en la sentencia, si bien deben tomarse como la expresión de la “verdad en el proceso”, están sujetas al error; y precisamente a dicha posibilidad de error se debe la institución de los recursos, especialmente el de apelación. La concesión del recurso de apelación ante un Tribunal Superior no tiene otra razón de ser que la aceptación de las limitaciones del conocimiento judicial y de que al igual que cualquier otra obra humana, la sentencia es falible y susceptible de error.

En el campo de las ciencias, la validación de las teorías es a veces una tarea incabable, que requiere de años de nuevas observaciones, hipótesis y experimentos que puedan servir para su corroboración. Pero mientras no se reúnan pruebas concluyentes para la refutación definitiva o una confirmación satisfactoria, la investigación deberá seguir.

Por el contrario, el conocimiento judicial no puede darse este lujo (de buscar la verdad infinitamente): los procesos, por responder a una finalidad social, deben culminar en cierto momento (principio de transitoriedad procesal). La investigación debe concluir a través de una decisión final que resuelva el conflicto y restablezca la paz social. Así, la calidad de “cosa juzgada” que adquiere la sentencia es una ficción de la ley, que consiste en dar por verdadera y definitiva una hipótesis, aun cuando bien sabemos que ella podría ser falsa.

En pocas palabras, prevalece el valor “paz” por sobre el valor “verdad”; lo cual viene a confirmar la tesis de Alvarado Velloso de que la verdad, si bien es importante para el derecho, no es un valor absoluto.

De ahí que la revisión de los fallos se dé en forma limitada y cada vez más estrecha (la apelación no es un *novum iudicium* sino que se remite a ciertos puntos cuestionados), según los diversos tipos de ordenamientos procesales. Pero teniendo en vista la línea de eficacia, los pleitos deben culminar alguna vez, con lo que no siempre se puede evitar el error.

¹⁰² FERRAJOLI, op. cit., pág. 44.

El gran Calamandrei ya advirtió las limitaciones del proceso civil como instrumento para hallar la “verdad sustancial” o “verdad jurídica objetiva”:

“Todo el sistema probatorio civil está preordenado, no sólo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud. Al juez no le es permitido, como se le permite al historiador, que permanezca incierto acerca de los hechos que tiene que decidir; debe a toda costa (ésa es su función) resolver la controversia en una certeza jurídica. Para obtenerlo, se ve constreñido como *extrema ratio* a contentarse con la que alguien continúa llamando ‘verdad formal’, lograda mediante el artificio de las pruebas legales y el mecanismo autónomo de la distribución de la carga de la prueba...”¹⁰³

Sin embargo, el maestro italiano no volcó esta reflexión al campo de las medidas cautelares y más específicamente al concepto de verosimilitud del derecho, con lo que su teoría presenta una seria contradicción: si la sentencia final representa sólo “verosimilitud” y no “verdad”, no es posible que el conocimiento aun inferior que se requiere para las medidas cautelares sea calificado como “verosímil”.

Tenemos así que la verdad que se obtiene a través de la sentencia es siempre una verdad hipotética, conjetural, expuesta a la refutación; que dista muchas veces de alcanzar la “verdad sustancial” o la “verdad real” (o la verdad de los hechos tal como ocurrieron), sino sólo un grado de aproximación a la verdad o “verosimilitud”.¹⁰⁴

Como corolario, podemos afirmar que no existen en el proceso judicial “dos verdades” (una real y una procesal) como típicamente se afirma desde la doctrina, sino que en realidad, una sentencia judicial contiene cierto grado de verdad o de aproximación a la verdad (la cual funciona como “idea reguladora”, como guía). Ahondaremos sobre ello en el título siguiente.

4. VERDAD SUSTANCIAL Y VERDAD PROCESAL.

Con relación a la verdad, merece especial comentario la doctrina “sustancialista” del proceso, que parte de la idea de que el juez debe en todo caso llegar a la denominada “verdad jurídica objetiva”, mediante el impulso procesal y la iniciativa probatoria de oficio, a fin de satisfacer la finalidad del proceso: hacer justicia en el caso concreto, mediante el encuentro de la “verdad real”.

¹⁰³ CALAMANDREI, Piero; *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, en “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1986, p. 318-319.

¹⁰⁴ *Veri simili* significa en latín similar a la verdad, parecido a la verdad; y no la verdad misma.

A nadie escapa que el tan mentado “logro de la justicia en el caso concreto” es una noble finalidad y que el proceso judicial, en lo posible, debe concluir con una sentencia dictada con arreglo a la “verdad de los hechos” y que constituya una derivación razonada del derecho. Pero no pueden desconocerse las dificultades que de ordinario se presentan para alcanzar la tan anhelada “verdad real” que pregonan los sustancialistas.

Para traer claridad al debate sobre la dicotomía verdad sustancial/verdad procesal, conviene analizar los tópicos siguientes:

- (i) Las reglas procesales de sujeción a los hechos tal como fueron alegados y probados en la causa (*secundum allegata et probata*);
- (ii) El objeto de la actividad confirmatoria: la distinción entre “verdad de las afirmaciones” y “verdad de los hechos”;
- (iii) Los límites “formales” impuestos por las leyes de fondo (o sustantiva) en cuanto a la prueba;
- (iv) La disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”;
- (v) El concepto de que la verdad no es el fin último del proceso; y,
- (vi) El valor justicia y su relación con el proceso.

4. I. LA SUJECIÓN DE LA SENTENCIA A LOS HECHOS “COMO FUERON ALEGADOS Y PROBADOS” (*SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA*).

Una primera restricción al conocimiento de la verdad “extraprocesal” consiste en las reglas procesales que limitan la discusión al material fáctico aportado por las partes. Los hechos no alegados simplemente no existen para el proceso y bajo ningún pretexto pueden ser incorporados en la sentencia.

Hasta los más fanáticos defensores de la prueba de oficio y la fuerte actividad instructoria de los jueces, reconocen que el juez no aporta hechos y no puede juzgar hechos que no hayan sido alegados por las partes.

Parece lo suficientemente claro que la regla *secundum allegata et probata* constituye un filtro que restringe enormemente la posibilidad de buscar la “verdad real”, dado que en el proceso se trabaja –como lo he apuntado antes– con un esquema epistemológico notoriamente divergente que el de la ciencia común.

Conviene a la vez discernir que de poco valen aquí los ejercicios académicos últimamente realizados con el afán de demostrar que la regla *secundum allegata et probata* no se circunscribe solamente a la prueba realizada por las partes; ya que aun cuando se admita la injerencia judicial oficiosa en materia de prueba (o confirmación), la prueba sólo podrá versar sobre las afirmaciones que las partes hayan efectuado con relación a los hechos. Es decir, más allá de la dudosa posibilidad legal y constitucional de que el juez ordene prueba de oficio, no se puede probar otra “verdad” que no se refiera exclusivamente a las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes, con lo cual, no es mucho lo que se puede avanzar (con lo que se vuelve fútil la búsqueda ilimitada de la verdad que se pretende justificar).

4.2. OBJETO DE LA ACTIVIDAD CONFIRMATORIA: LA “VERDAD DE LAS AFIRMACIONES” Y LA “VERDAD DE LOS HECHOS”.

Resulta un lugar común en toda la doctrina procesal la referencia a la “prueba de los hechos” y la “verdad de los hechos”. A mi modo de ver esto trae serias confusiones que merecen ser resueltas.

Como primera medida, debemos reivindicar la teoría de la verdad de Tarski de la “verdad como correspondencia”, según la cual la “verdad de un hecho” no existe en forma autónoma, sino solo la “verdad de un enunciado” respecto de un hecho. La teoría objetiva de la verdad (o de “la verdad como correspondencia con los hechos”) sólo es aplicable respecto de enunciados que se formulen acerca de un hecho, no de los hechos en sí. Por ejemplo, la afirmación de que “la nieve es blanca” solo será verdadera si en realidad la nieve es blanca, y será falsa si no lo es.¹⁰⁵

Similarmente, dentro del proceso judicial, el objeto de conocimiento de la actividad probatoria (o mejor, confirmatoria) que se emprende no son “los hechos” (o la “prueba de los hechos”), sino las afirmaciones vertidas por las partes en el proceso, que pueden conformarse o no con la realidad de los hechos. Por eso lo correcto es hablar de “confirmación procesal de las hipótesis fácticas” en lugar de “prueba de los hechos”, sin perjuicio de que dicha confirmación se efectuará a través de la verificación empírica de los hechos que permitan conocer acerca de la realidad o no del enunciado en cuestión.

En segundo lugar, debemos apuntar que la verdad o falsedad de los hechos, tanto dentro del proceso judicial como en la vida corriente, no puede escindirarse de

¹⁰⁵ Sobre las implicaciones de la teoría de Tarski, ver: POPPER, Karl, “Conjeturas y Refutaciones”, 2ª. Reimpresión, trad. Néstor Míguez y Rafael Grasa, Barcelona, Paidós, 1989, p. 254 y otras.

los enunciados que a esos hechos se refieren. Los hechos podrán ser verdaderos o falsos en la medida en que se predique algo sobre ellos: si nada se dice, no puede haber verdad o falsedad. Podrán haber existido los hechos o no, pero no puede juzgarse la verdad acerca de ellos.

En la labor judicial, el juez juzga, interpreta, valora y reconstruye los hechos que las partes alegan mediante enunciados que son vertidos en los escritos y declaraciones producidas en el juicio. Por ende, los enunciados de las partes acerca de un hecho (por ejemplo “pagué la deuda”) solo se reputan como verdaderos en la medida en que exista una comprobación fáctica acerca de la realidad que indique que “la deuda se pagó”. Sin estas pruebas, no puede ser tenida como cierta esa afirmación.

Precisamente, para comprobar si lo que dijeron las partes acerca de los hechos se ajusta a la realidad o mejor aún, quién tiene la razón, se ha establecido el proceso judicial. El objeto de la prueba es pues, determinar si existe correspondencia entre lo que se afirmó acerca de los hechos y lo que en realidad pudo haber sucedido. Para tal cometido, como el derecho no es ciencia exacta, opera sobre la base de valoraciones, indicios, presunciones y deducciones lógicas, con un margen aceptable e irreductible de error que difícilmente pueda ser eliminado).

4.3. LÍMITES IMPUESTOS POR EL DERECHO “SUSTANTIVO” CON RELACIÓN A LA PRUEBA Y LA VERDAD.

Ya nos hemos referido a los límites “procesales” respecto del conocimiento judicial y más concretamente de la función judicial, que son reconocidos, con algunos matices, por casi toda la doctrina.

Sin embargo, la doctrina procesal poco se ha interesado por escudriñar en los límites impuestos por la ley de fondo (es decir, la misma ley sustantiva invocada por el actor para reclamar su derecho subjetivo) a la labor judicial, que sin duda constituyen un condicionante para la tarea de la “confirmación procesal” o probatoria.

Normalmente y desde tiempos inmemoriales, la doctrina ha aceptado que el derecho procesal es un derecho instrumental, destinado a procurar “la actuación de la ley en el caso concreto” (Chiovenda), o dicho en otras palabras, lograr la justicia particular a través de la satisfacción del derecho violado. Los procesalistas modernos, yendo un poco más allá, proponen un acentuado protagonismo del juez mediante la producción de pruebas de oficio, la “relativización” de los principios procesales y el postergamiento de las garantías, al servicio de una pretendida “eficacia” procesal.

Pero no se ha puesto la suficiente atención en que muchas veces es la propia ley de fondo o sustantiva cuya actuación se pretende (y no necesariamente la ley procesal), la que pone límites insalvables a la búsqueda de la verdad y condiciona la actividad probatoria en sede judicial.

No debe olvidarse que cuando la pretensión del (presunto) titular del derecho subjetivo no es cumplida espontáneamente por parte del deudor, el acreedor o titular debe recurrir al proceso judicial para requerir su ejecución. Pero como requisito previo para obtenerla, debe “probar su derecho”, que el mismo existe, le asiste y que tiene de su lado la razón para obtener una sentencia favorable.

Se colige, pues, que el “derecho subjetivo” contiene implícitas ciertas normas procesales que regulan su propia existencia y conservación, y la forma en que “el derecho” debe probarse. Podría llamárseles a éstos, “presupuestos o condiciones de ejercicio del derecho subjetivo”. Intentaré exponerlo de la siguiente manera:

El derecho, en general, establece pautas y normas de convivencia social; y en este esquema, es el propio derecho el que regula de qué manera deben comportarse las personas para ejercer sus “derechos subjetivos”, es decir, para crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir derechos.

Como lo explica Hart¹⁰⁶, no todas las normas jurídicas pueden ser comprendidas como “órdenes precedidas de amenazas”, haciendo referencia al tipo de normas que prescriben la forma de realizar actos (emitir un testamento, casarse, etc.) para que los mismos logren el efecto jurídico deseado. En muchos casos, estas normas son típicamente “procedimentales”, ya que imponen conductas o la realización de procedimientos para que los actos surtan efecto.¹⁰⁷

Por ejemplo, el Código Civil establece que el pago de una obligación se prueba mediante la anotación en el título o la restitución del mismo como prueba de liberación o a través de un recibo que revista ciertas características (arts. 570 y 571); el tenedor o beneficiario de un cheque debe presentarlo al Banco girado dentro del plazo de treinta días para retener la acción ejecutiva (art. 1742); los contratos que superen cierto monto en dinero, deben necesariamente ser probados por escrito y no se admiten testigos (art. 706); el asegurado debe denunciar el siniestro a la Compañía Aseguradora dentro de cierto término. Esto es extensible a otros campos:

¹⁰⁶ HART, Herbert L. A.; *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

¹⁰⁷ Empleo aquí la voz “procedimental” en el sentido de que normalmente los actos jurídicos (ej., escrituras públicas otorgadas ante escribanos) están integrados por un conjunto de actos, sucesivamente encadenados hacia una finalidad (ej., la fecha, identificación de las partes, designación del oficial público, motivo del acto, manifestación de voluntad, y último, las firmas)

algunas instituciones de enseñanza prescriben que los alumnos se presenten con cierta vestimenta o estar al día con la administración para poder dar un examen (o su “derecho al examen”); algunas clínicas médicas establecen un horario o un turno para los pacientes, además de exigirles la exhibición del carnet del seguro médico (para ejercer su “derecho de ser atendido”), etc.

Las normas de fondo o sustantivas prescriben diversas conductas -como las citadas- que a la vez de constituir “directivas” para los jueces (obviamente, para el caso de un proceso posterior) establecen “cargas” para los interesados, que no son otra cosa que “imperativos jurídicos del propio interés” cuyo incumplimiento por parte del afectado, acarrea un perjuicio para su propio interés que puede consistir en la pérdida del derecho o la imposibilidad de que se haga lugar a su pretensión (conforme con la teoría de James Goldschmidt).

Se debe aceptar, pues, que el derecho funciona normalmente sobre la base de reglas de conducta y presupuestos formales que condicionan la existencia o validez de los derechos subjetivos conferidos por la ley. De hecho, todo el sistema legal se halla ordenado de modo tal que para la adquisición o el ejercicio de los derechos, se imponen cargas (o formalidades), ya antes del proceso (que tiene la peculiaridad de que siempre habrá de llevarse a cabo después de ocurridos los hechos, *ex post facto*).

Cuando la ley exige que un contrato sea perfeccionado de determinada forma (por escrito, por ejemplo), no cabe juzgar “la verdad” de si existió o no el contrato ante el incumplimiento de la forma estipulada: la ley lo determina. Por ende, si se llevara la cuestión a un juicio, la solución sería invariable: para la ley y para el derecho procesal, simplemente tal contrato no existe.

Como se observa, la investigación de la verdad en el ámbito judicial se halla determinada por las normas sustantivas que regulan los “derechos subjetivos” invocados por las partes en el proceso, en los que fundan su pretensión. De esta manera, no resulta justificable que “la verdad” sea el epicentro del debate procesal en la última década y hasta si se quiere, su problemática se haya convertido en una obsesión para los procesalistas “modernos”, cuando en rigor, las intenciones de cambio de las reglas jurídicas en materia de prueba deberían ser dirigidas hacia la ley sustantiva (o el “derecho objetivo”).¹⁰⁸

¹⁰⁸ En puridad, quienes abogan por el sistema inquisitivo e irracional de obtención oficiosa e ilimitada de prueba por parte del juez, no se contentan con la aplicación de presunciones fáctico-legales y la carga de la prueba. Por el contrario, siempre fundan su posición en casos extremos (la prueba de ADN en caso de filiación de un menor y la prueba de la responsabilidad del médico en una intervención quirúrgica), olvidando (i) que es la ley de fondo la que debe prever los casos de inversión de la carga de la prueba (como en el derecho laboral), y (ii) el axioma *hard cases make bad law*; es decir, que no se puede legislar ni adoptar principios generales sobre la base de casos extremos (sin riesgo de caer en una “generalización” legal indebida).

4.4. DISPUTA ENTRE “FORMALISMO” Y “SUSTANCIALISMO”.

De lo dicho con anterioridad se desprende una conexión inevitable, como lo es la disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”.

Es ya clásica en la doctrina procesal la posición de procesalistas modernos que pregonan la eliminación o reducción de las formas, acusando a la legislación vigente de ser “excesivamente formalista”, en lugar de privilegiar la actuación de la “norma sustantiva”.

Por mi parte considero que la imputación es incorrecta y el blanco elegido por la crítica, equivocado.

La identificación del derecho procesal “con lo formal” y del derecho sustantivo “con lo sustancial” resulta ambigua e inexacta. Como se ha visto, el derecho sustantivo contiene muchas “normas procesales” o relativas al procedimiento (por ejemplo, la norma que establece la forma de interrumpir la prescripción; la que invierte la carga de la prueba de ciertos hechos, en el derecho laboral; las presunciones, que están esencialmente dirigidas al derecho probatorio). A su vez, el derecho procesal contiene también numerosas “normas sustantivas” o que confieren “derechos subjetivos”: por ejemplo, las que se refieren a los bienes inembargables (CPC, art. 716); la que confiere la “acción autónoma de nulidad” a los terceros perjudicados por la cosa juzgada irregular (CPC, art. 409); las que establecen los derechos del acreedor embargante (CPC, art. 714), etc.

Las “formas” existen también – y con frecuencia- en el mismo “derecho sustantivo” cuya actuación se procura, desde el cual se imponen reglas (requisitos, presupuestos o condiciones) que el interesado debe cumplir pueda lograr adquirir o conservar su derecho, o para obtener ulteriormente (a través de un proceso) la declaración y satisfacción del mismo. Derecho (subjetivo) y forma son, en muchos casos, indisolubles.

Normalmente incumbe al interesado procurarse la prueba que le sirva para demostrar su derecho, para que llegado el caso de tener que recurrir a un proceso judicial pueda aspirar a la confirmación judicial de las hipótesis que le permitan obtener éxito. Por tal motivo, debemos sostener que el principio de que “el interés es la medida de la acción” es un Principio General del Derecho, el cual, aunque sea de “raíz procesal”, no se halla encapsulado en el derecho procesal.

Entra también a tallar aquí el hecho (bastante evidente) de que el juez no está presente en el momento en que ocurren los hechos que luego serán discutidos para ayudar a los interesados a procurarse la prueba que le ha de servir en el proceso futuro; por lo que sería ilógico y hasta descabellado propugnar que ya dentro del proceso, sea el juez quien “colabore” con las partes para producir la prueba de los hechos o hipótesis que favorecen sus respectivas pretensiones.

Los derechos individuales deben ser garantizados y tratados como tales, por lo que no puede admitirse que el tercero que debe resolver el litigio (el juez) se inmiscuya *a posteriori* en la prueba de los presupuestos cuya prueba debe ser aportada por el interesado. En el ámbito privado, por razones obvias, sólo quien aparece como “titular” del derecho subjetivo (pretendiente o actor) y el supuesto obligado contra quien se pretende su cumplimiento (demandado) son partes en el debate procesal, incumbiéndole a estos la defensa de sus respectivas posiciones.

En estas condiciones, la decisión judicial será necesariamente favorable al que hubiera logrado probar la existencia de su derecho, y no a aquel que pudo tenerlo, pero no lo defendió o no lo probó dentro del proceso. Ya decía Ihering que tener un derecho pero no defenderlo, equivale lisa y llanamente a no tenerlo.¹⁰⁹

El pretexto de que “una vez que las partes suben al barco del proceso, el juez las sustituye en orden a lograr la solución justa” (fundamento de la “publicización del proceso”) contraviene los principios fundamentales de la libertad y la responsabilidad de las personas por sus actos, con lo que tal intervención oficiosa redundaría en una extralimitación de poder, racional ni lógicamente admisible.

Como lo entiende Ferrajoli, la verdad procesal es una verdad limitada en cuanto a su contenido y alcance, con respecto a la verdad común, no sólo porque lo que se juzga es solamente la correspondencia de los hechos alegados por las partes con la realidad o su probabilidad, sino porque además, su obtención está subordinada al cumplimiento de las leyes de fondo y a la innegociable verificación de las garantías procesales de los sujetos en disputa (lo cual impide que el juez sea un “activo” cooperador en materia de búsqueda, producción y colección de pruebas dentro del juicio sometido a su conocimiento).

Ser ciudadano en un Estado de Derecho otorga e impone un conjunto de derechos, deberes, cargas y obligaciones. Implica un esfuerzo para conocer cuáles son nuestros derechos y obligaciones, cómo se ejercen y se cumplen. Nadie puede

¹⁰⁹ IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 1998.

ampararse en el desconocimiento de la ley ni invocar su propio error o su incumplimiento de la ley en su beneficio. En verdad, somos o tratamos de ser, esencialmente, libres.

Esta es la gran conquista de la civilización occidental: somos seres humanos con derecho a la dignidad y a la autodeterminación; somos personas únicas e irrepetibles; fines en sí mismas; pero también tenemos obligaciones (o cargas) que cumplir para que esos derechos nos sean reconocidos.

4.5. LA VERDAD NO ES EL FIN ÚLTIMO DEL PROCESO.

En relación con lo anterior, como se ha visto, el derecho opera normalmente sin interés en la verdad última, conformándose con presunciones o verdades aproximativas, o bien, a través de instituciones que formalmente desconocen el valor de la verdad en el sentido finalista que propone la doctrina procesal moderna.

Ejemplo de ello es la prescripción como modo de extinción de las obligaciones (con la cual se ve beneficiado el deudor, aunque no haya pagado realmente la deuda), la caducidad de la instancia (que pone fin a los juicios, sin consideración de la verdad o el derecho de los litigantes), el allanamiento (en el que no se discute si el derecho del actor existía o no realmente), como tantos otros supuestos.

Podría perfectamente ocurrir que el proceso sea incoado por quien no tiene la razón (por ejemplo el acreedor que recibió el pago pero no otorgó el recibo), y que éste resulte favorecido por negligencia de su contraparte anterior al proceso o durante el mismo. Y en este caso, no le queda otra salida al juez que condenar al deudor al pago de la deuda. Como reza el refrán popular: “quien paga mal, paga dos veces”. Pero además, éste dista de ser un problema jurídico o inclusive, axiológico, para el derecho procesal. El juez que rechaza la demanda ante tal situación, simplemente aplica el derecho vigente y hace lo que él le manda.

Así como algunos podrán decir que “no es justo que el deudor pague dos veces y que el acreedor se aproveche de él”, tampoco es justo beneficiar a quien obró con torpeza. Escapa al cometido del derecho y de la justicia entrar en consideraciones morales como ésta. Si la sentencia se halla conforme con la veracidad de las hipótesis fácticas y jurídicas probadas en juicio, y si el proceso ha sido debidamente llevado a cabo (con todas las garantías), debe ser calificada como justa. Igualmente es justa la sentencia que condena a quien debía probar y no lo hizo, por aplicación de la regla de la carga de la prueba. Cualquier otro análisis resulta, cuanto menos, desprovisto de lógica y divorciado de la realidad de las cosas.

El valor “seguridad jurídica” está concebido por el propio sistema jurídico como superior al valor “verdad” (que no siempre puede ni debe ser alcanzada), e inclusive, al valor “justicia”. Porque sin seguridad jurídica no hay orden, y sin orden no puede haber justicia. Y en rigor no puede hablarse de justicia cuando para obtenerla se propugna la violación de la ley o de las garantías de las partes (como lo es el dotar al juez de facultades inquisitorias para la “averiguación de la verdad” o “dilatarse” la oportunidad de la defensa).

Como lo refiere Karl Larenz:

“El hallazgo de la verdad es, por cierto, un fin muy importante del Derecho procesal, pero no su fin único. Como todo fin jurídico, puede, en cierta medida, tener que situarse detrás de otros fines jurídicos aún más importantes.”¹¹⁰

Si la verdad fuera el “fin último” para el derecho, no estaría prohibida la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas (con violación de las garantías del acusado), como expresamente lo prohíbe la Constitución Nacional (art. 17, 9); tampoco se protegería el secreto profesional o el secreto de confesión (CPC, art. 330; C. Pr. Penal, art. 206); ni existiría la prescripción o la caducidad de la instancia; todos ellos, institutos que impiden la revelación de la verdad.

Ahora bien, ello no implica que el juez pueda apartarse sin más de las pruebas regularmente producidas en la causa al dictar sentencia, o alterar los términos en que fue trabada la *litis*, o basarse en pruebas no producidas, o tener por ciertos hechos no alegados o no probados. Allí sí se estaría violando la exigencia de contenido mínimo (verificable, refutable y controlable) de verdad que debe ostentar todo fallo judicial. El hecho de que no siempre pueda hallarse la verdad, no debe dar lugar a la arbitrariedad.

Dentro de un Estado de Derecho, la (búsqueda de la) verdad cede ante las garantías de los derechos individuales. Los principios procesales (como la igualdad de las partes, la imparcialidad del juez y la inviolabilidad de la defensa) son derechos humanos fundamentales y principios ineludibles de justicia, que no pueden ser transigidos o puestos a la venta para satisfacer un supuesto interés público por la verdad que no es justificable en un régimen democrático de protección de los derechos individuales.

Estos principios procesales son de primer orden y tan valiosos como el hipotético derecho subjetivo que invoca el actor de una demanda, por lo que resulta

¹¹⁰ LARENZ, Karl; *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 303.

inconcebible sostener que el proceso sea un simple medio para la realización de aquellos derechos conferidos por la ley sustancial (que serían los fines).

Más bien podría decirse que el “proceso” (junto con sus principios y garantías) constituye un derecho inalienable del ciudadano, anterior al derecho de fondo invocado por el actor de la demanda, quien –como hemos visto– debe recurrir al juicio para obtener el reconocimiento de su derecho. Bajo condición alguna es dable sostener la búsqueda de un “resultado justo” que pueda construirse sobre las ruinas de otros principios (y la vulneración de los derechos individuales).

4.6. EL VALOR JUSTICIA Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO.

Queda para el análisis la cuestión de si puede haber “justicia sin verdad”. O mejor dicho, si la decisión judicial solo puede ser justa en la medida en que se halle “la verdad real” o “material”.

De lo dicho en el punto anterior se desprende que el problema de si el juez puede o no abandonar su posición de neutralidad para abocarse a la verificación de los hechos alegados en el juicio y que no han sido debidamente confirmados por el interesado, no puede ser abordado desde el punto de vista de la justicia distributiva, sino de lo estrictamente jurídico-legal.

En efecto, dentro del ámbito de la justicia distributiva es válida toda adjudicación que sea impuesta como producto de un proceso con plenas garantías para las partes, de la correcta apreciación de las pruebas lícitamente aportadas y la correspondiente aplicación del derecho vigente, no siendo ya tarea del derecho entrar a juzgar si aquel que se ve perjudicado por su propia negligencia, inactividad o mala fe, debería en otras condiciones obtener un resultado distinto; y mucho menos sería lícito, justo o moralmente apropiado que el juez se lanzara por su propia iniciativa a modificar los hechos y las pruebas del juicio para trastocar la decisión que correspondería en caso de limitarse a juzgarlos tal como han sido aportados por las partes.

Justicia y verdad no van siempre de la mano para el derecho. La verdad es bienvenida y debe ser buscada, pero debemos rechazarla cuando con ella se causa daño, se viola la ley o se vulneran los derechos individuales.

Pero esto no significa que se alegue la existencia de un “derecho a la no verdad” o un derecho de trabar, dilatar y enturbiar el proceso judicial mediante tácticas desleales. Pero debemos trazar límites claros: (i) el hecho de que una persona se abstenga de colaborar, lícitamente, con la otra parte para el esclarecimiento de los

hechos (por ejemplo, absteniéndose de declarar, oponiéndose a una prueba ilegal, etc.), constituye una garantía y no una conducta que deba ser sancionada; (ii) partiendo de la base de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, en general no se puede coaccionar a una parte a producir prueba en beneficio de la adversa, salvo los casos en que la ley sustantiva así lo imponga expresamente, o ello resulte exigible de la conducta anterior del agente (actos propios).

En muchos casos, la propia ley sustantiva ha preferido contentarse con una verdad presumida o inclusive conformarse con una “no verdad”, antes que emprender la búsqueda de la realidad.

Por ejemplo, en el caso de la mujer que estando casada por más de un año diera a luz un hijo que no ha sido concebido del marido, si el niño es reconocido por éste, no cabe investigar la filiación paterna. Sólo al padre le compete la promoción de la acción respectiva. Aquí se trata de proteger a la familia del niño y de dar seguridad jurídica a las relaciones de familia, antes que a la verdad. La búsqueda de la verdad sería, pues, no solo indeseable, sino injusta (si pudiera haber el término). Y si el verdadero progenitor intentara una acción de filiación, por aplicación del Código Civil (art. 237) ésta ni siquiera sería analizada, debiendo el juez rechazar *in limine* la demanda.¹¹¹

Ocurre aquí lo que venimos diciendo: la verdad cede ante principios jurídicos superiores.

Supóngase el caso de una persona que pagó el boleto de entrada al cine para ver una película, pero pierde el boleto. Obviamente, si no lo presenta, es probable que no le permitan el ingreso a la sala. ¿Sería esto justo? La regla jurídica establece que para tener derecho al ingreso, es menester presentar el ticket respectivo, por lo que sería injusto que le permitan la entrada. Si bien podría ser defendido como “verdad” que el sujeto pagó el precio de la entrada, lo cierto es que la perdió, y sin ella, nada puede hacer. No puede decirse aquí que “es injusto que no le dejen entrar”, ya que del otro lado también tendrían derecho a ingresar las demás personas que no tienen el boleto.

Si bien en una *justicia natural* podría alegarse que si la persona A pagó por el boleto de entrada tiene derecho a ingresar, la *justicia legal* exige que el hecho aludido sea comprobado mediante la presentación del boleto respectivo; y si no lo presenta,

¹¹¹ Art. 237, C. Civil, 1er. párrafo: “Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio.”

debe deducirse que no lo tiene, por lo que no puede ingresar. Y si el funcionario encargado de la portería lo hiciera ingresar de todos modos, podría ser cuestionado por el resto de los clientes que sí pagaron (porque no fueron tratados igual) y por el público que no pagó la entrada, que podría exigir ingresar también sin el ticket. La única respuesta correcta es aquí la aplicación de la carga de la prueba: si quien debía probar para fundar su pretensión no lo hizo, debe perder el pleito.

Como se ha dicho, ante principios del derecho de firme raigambre constitucional como el derecho a la defensa y la imparcialidad del juez (que realmente sirven a la justicia), no cabe la existencia del mal llamado “principio de indagación” propuesto por la doctrina más reaccionaria, porque no es posible sostener que un “principio” sólo exista a costa de la negación o destrucción de otros principios preexistentes y autónomos, con lo que se concluye que el primero no es un principio.

La posición que criticamos –el sustancialismo– presenta un serio inconveniente: se nutre de la idea de que existiría un método “metaprocesal” (no sabemos cuál es ni cómo funciona) de obtención de la verdad, que debe primar sobre el método estrictamente procesal, de por sí calificado como insuficiente.

Pero no se vislumbra cómo puede funcionar este método tan providencial para eliminar las limitaciones propias con que se tropieza en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, como lo son: la vaguedad, ambigüedad y finitud de las afirmaciones de las partes; la normal inconsistencia de los testigos; la funcionalidad del derecho en cuanto a la inhibición de la investigación (allanamiento, transacción, caducidad de instancia, incompetencia del juez, cosa juzgada, prescripción, nulidades, prohibición de incorporar pruebas ilícitamente obtenidas, etc.); la subjetividad propia del juez; el transcurso de los plazos y demás reglas procesales; y lo más importante, el cumplimiento de las garantías procesales innegociables que conforman el “debido proceso”.

La verdad es que como no existe el método mágico capaz de suprimir los obstáculos mencionados, se intenta acortar el camino por medio de un atajo no menos sinuoso y exento de complicaciones: el de otorgar más poder a los jueces y promover el aumento de la subjetividad e intuición dentro del proceso (máxima arbitrariedad y discrecionalidad), con la confianza en una capacidad casi infalible del juez de encontrar siempre una verdad providencial, no controlada, ilimitada, revelada por la intuición y justificable *a posteriori* por algún medio disponible (medidas de mejor proveer), como si en estas condiciones alguna vez pudiera salir a luz una “verdad” estimable aunque sea como un subproducto.

Cabe resaltar además que cierta doctrina se halla empeñada en identificar la verdad procesal y la verdad extraprocesal, o más bien, de desterrar la “verdad procesal”, sustituyéndola por la “verdad sustancial” o la “única verdad”. A modo de ejemplo, asegura Gozáini que “parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court*...”; y concluye con “la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.”¹¹²

La doctrina sustancialista pretende encontrar “la verdad pura”, aislada de todo elemento “contaminante” como serían los enunciados formulados por las partes dentro del proceso y las precitadas garantías procesales (lo cual hace notar el menosprecio hacia la actividad de las partes, vistas así como “entorpecedoras” en el camino del juez hacia la verdad); y se empeña en derribar los obstáculos legales y constitucionales antepuestos a la actividad probatoria.

De nuestra parte, sostenemos que dentro del ámbito del proceso judicial no puede obtenerse otra verdad que no sea la “procesal”. Cualquier referencia a otra verdad, es puramente retórica; y la referencia a que del proceso puede extraerse una “verdad sustancial” (que es meramente referencial), cae directamente en el absurdo.

De otro lado, las limitaciones epistemológicas propias del proceso judicial privan de sentido la búsqueda de una verdad “metaprocesal” o “extraprocesal”. Porque no es posible idear un método extraprocesal para obtenerla, ya que aunque se construya una máquina perfecta que permita saber con exactitud la veracidad de los hechos ocurridos, la verdad que se pueda extraer de ella será siempre de carácter “procesal” (aun cuando pudiera ella coincidir con la “verdad histórica” o “material”).

No se alcanza a ver cómo podrá el juez comprometido con dicha verdad sustancial, única y valedera, hacerla emerger sin recurrir a las pruebas que el proceso le proporcione, dentro de las reglas que éste le fije. Si el juez pudiera encontrarla por algún método o medio “extraprocesal”, de todas maneras no podría incorporarla al proceso, por no ser controlable ni verificable por las partes (*quod non est in actis, non est in mundo*).

¹¹² GOZÁINI, Osvaldo; “La verdad y la prueba”, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, año 2005, No. I, “Prueba”, I.

Debemos volver al principio de las cosas. Si el proceso judicial se instaura para determinar a quién asiste la razón, no puede argüirse *a priori* que una de las partes tiene la razón (sin dar oportunidad de contradecir a la otra), ni mucho menos que el juez sepa “cuál es la verdad a probarse”.

Mientras no se tenga una bola de cristal o algo parecido, los irracionalistas deberán conformarse con la verdad “posible” que se busca en el proceso, en los casos en que corresponde investigarla y además, bajo el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales. Valdría la pena recordar a Popper, quien con sabias palabras decía:

“Creo que vale la pena tratar de saber algo acerca del mundo, aunque al intentarlo sólo lleguemos a saber que no sabemos mucho. Tal estado de culta ignorancia podría sernos de ayuda para muchas de nuestras preocupaciones. Nos haría bien a todos recordar que, si bien diferimos bastante en las diversas pequeñeces que conocemos, en nuestra infinita ignorancia somos todos iguales.”¹¹³

Se requiere madurez para comprender que la solución para el derecho procesal no está en buscar “soluciones mágicas” ya perimidas, a través del reforzamiento de la figura del juez-investigador como autoridad suprema en el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, lo que revela un desconocimiento de los límites de la propia razón (idealismo heredado de Hegel), de la dificultad del ser humano para hallar la verdad, del carácter hipotético-deductivo de la verdad procesal y del hecho, no menos importante, de que las garantías y la vida de las personas está por sobre cualquier verdad providencial: **el derecho es el que sirve a las personas; y no las personas al derecho.**

¹¹³ POPPER, op. cit., p. 53.

Tercera parte

ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA VIGENTE. PROPUESTAS PARA SU REFORMA.

CAPÍTULO VII. Visión crítica de los presupuestos de las medidas cautelares.

I. EL CONCEPTO DE VEROSIMILITUD DEL DERECHO EN LA TEORÍA DOMINANTE.

Partiendo de la base de que el conocimiento obtenido por la sentencia es meramente conjetural (verosímil, no verdadero), se hace necesaria una reformulación del concepto de “verosimilitud del derecho” como presupuesto de las medidas cautelares.

En efecto, el requisito de verosimilitud aplicado a la teoría de las medidas cautelares (o *fumus bonis iuris*) está construido sobre la creencia dogmática de que la sentencia es la expresión de la “verdad sustancial”, de certeza obtenida por el juez luego del análisis de las pruebas y presunciones adquiridas del proceso, y de que el juez está capacitado y facultado por sus propios poderes para hallar tal verdad. Por el contrario, hemos visto que la sentencia tiene nada más que un carácter hipotético, conjetural, y que en caso de ser correcta sólo aspira a convertirse en “verosímil”, no en verdadera.

Consecuentemente, si la sentencia obtenida luego de las etapas por las que transcurre el proceso (afirmación-contradicción-prueba-evaluación) y teniendo a mano el juzgador todos los elementos de juicio para resolver la controversia (las alegaciones y prueba del actor; las alegaciones y prueba del demandado; o conjeturas y refutaciones de cada una de las partes) no puede aspirar sino a un máximo grado de verosimilitud (dado el carácter conjetural de la verdad procesal), es innegable que el *fumus bonis iuris* o juicio sumario de verosimilitud del derecho que debe realizar el juez para despachar una medida cautelar, constituye un grado de conocimiento sumamente inferior e incierto, porque como la medida cautelar debe ser despachada *inaudita pars*, en la práctica el juez debe apreciar la existencia o no de la verosimilitud del derecho invocado por el solicitante exclusivamente sobre la base de las conjeturas formuladas por aquél, no expuestas a la refutación del demandado.

Si bien el solicitante de una medida cautelar puede acercar al juez todos los elementos de convicción de que dispone para probar la verosimilitud o posibilidad de que su derecho realmente exista está claro que el juez, obligado a proveer o rechazar la medida cautelar en tales condiciones, se encuentra ante una situación extremadamente peligrosa: bien puede ocurrir que a pesar de todos los elementos de

convicción y prueba sumaria suministrada por el solicitante, en realidad el derecho no exista y por ende no sea “verosímil” como lo exige la ley.

Aun en casos en que el actor invoque una máxima verosimilitud del derecho, proveyendo al juez de elementos de convicción aparentemente contundentes (como instrumentos públicos, confesiones firmadas por la contraparte, etc.), es factible que el derecho invocado no sea atendible, por ejemplo, ante la existencia de cosa juzgada, litispendencia, una cesión de derechos, o algún hecho extintivo, impeditivo o invalidativo de los derechos invocados que pueda ser alegado por el demandado.

En estas condiciones, podemos decir que la ausencia de contradicción o de posibilidad de refutación del demandado de las hipótesis de verosimilitud del derecho invocado por el solicitante de una medida cautelar, es capaz de producir un error judicial de graves consecuencias para los intereses del afectado (y para todo el servicio de justicia).

Piénsese que el daño puede agravarse aun más si se tiene en cuenta que en la regulación jurídica vigente, en que la contracautela debe ser fijada en relación inversamente proporcional a la verosimilitud del derecho, puede resultar que el juez, convencido de que el solicitante la máxima verosimilitud del derecho, no exija una contracautela adecuada, con lo cual se provocaría a la vez del daño material, una violación del derecho a la defensa y del debido proceso.

Nótese pues, la importante tarea de interpretación que deben realizar los jueces en la evaluación de la existencia de la verosimilitud del derecho, tarea que es mucho más difícil y complicada si se considera que deben decidir el despacho de una medida sin audiencia de la parte contraria y afectada, basándose únicamente en las alegaciones del solicitante.

¿Cómo saber si el derecho invocado es verosímil (similar a la verdad) cuando el mismo viene inserto en una simple hipótesis que no puede ser puesta a prueba por el juez, ni tampoco refutada por el adversario?

A esto se suma la urgencia, el factor tiempo, que generalmente funciona como un elemento de presión sobre el magistrado, y en muchos casos le puede impulsar a despachar la medida cautelar sin haber tenido el momento de reflexión que requiere el caso particular; y en otros, a denegarla, con lo cual puede ocasionar de manera tal vez irremediable la frustración del derecho del solicitante.

Evidentemente, aun en los casos en que la ley presume la verosimilitud del derecho invocado, el juicio acerca de la verosimilitud del derecho queda virtualmente equiparado al azar, ya que al no haber un parámetro objetivo que pueda determinar la justicia o injusticia de lo resuelto (en este caso la procedencia o improcedencia de la medida cautelar), es posible sostener en todos los casos su existencia como su inexistencia, con fundamentos igualmente sólidos.

Por ejemplo, si se demandara la nulidad de un contrato de compraventa por lesión y se solicitara una medida cautelar de anotación de la litis o embargo, ¿qué criterios debería utilizar el juez para dar por cierta la verosimilitud del derecho? ¿Debería hacer tasar previamente el inmueble y comparar su valor con el precio del contrato, o simplemente dar rienda suelta a su intuición y decidir conforme a ella?

De ahí que, al final de cuentas, lo que inclinará la balanza hacia un lado u otro es la percepción subjetiva y personal del juez, y no el juicio de razonabilidad que requiere el caso. En efecto, si el juez decidiera despachar favorablemente la medida –en el caso de la demanda por lesión–, para fundar su decisión no le será necesario más argumento que “hallar reunidos los elementos que hacen presumir la verosimilitud del reclamo” o alguna otra fórmula dogmática, aunque en el fondo aquella estuviera motivada por su intuición o percepción subjetiva sobre la verosimilitud del derecho del solicitante; por el contrario, si resolviera (también por los mismos motivos subjetivos o su simple intuición) rechazar la medida, podrá respaldar su decisión precisamente en que no existe la verosimilitud del derecho invocado.

El peligro que encierra esta concepción de la verosimilitud del derecho (y por ende, el sistema de procesamiento de las medidas cautelares en conjunto) es real y patente, ya que a menudo, las medidas cautelares son utilizadas con fines muy opuestos a los que deben responder, y que vienen a desvirtuar su finalidad instrumental.

A esto se refiere Calamandrei, diciendo:

“La providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*nihil lite pendente innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar[...] El embargo, de medida cautelar, pasa frecuentemente a ser un medio de coacción psicológica, un medio expeditivo, podría decirse, para agarrar al adversario por el cuello; no sirve (como hipócritamente se dice) para mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, sino que sirve, por el

contrario, para poner a una de las partes en condiciones tales de inferioridad, que se le obligue, antes de decidirse la litis, a pedir merced por asfixia.”¹¹⁴

Por ende, **no puede existir el “juicio de verosimilitud” ni apreciación del *fumus bonis iuris* que se requiere para el dictado de una medida cautelar, única y exclusivamente sobre la base de las conjeturas o hipótesis propuestas por el solicitante**, independientemente de las pruebas que éste pueda arrimar para justificar su derecho. La experiencia nos enseña que en muchos casos el juez ha sido “engañado” por litigantes dolosos, que con tal de obtener una medida cautelar con fines prácticamente “extorsivos” para su adversario, han ocultado al juez la existencia de hechos que, de haber sido revelados, le habrían llevado a denegar la medida solicitada.

Si todo conocimiento (y aún el judicial) se obtiene por el método de conjeturas y refutaciones, bajo ningún punto de vista puede admitirse, racionalmente, que el juez pueda efectuar un juicio de verosimilitud sobre la base de una mera hipótesis de derecho no sometida siquiera sumariamente a la refutación del afectado.¹¹⁵

La sentencia sólo aspira a cierto grado de verosimilitud, y no a constituirse en “la verdad”. Por tanto, si la sentencia es un “juicio de verosimilitud”, la apreciación que efectúa el juez al momento de dictar una medida cautelar con respecto a la posibilidad o probabilidad de que el derecho invocado exista, constituye un conocimiento de grado aun inferior, dada la limitación de tener que expedirse sin haber oído al afectado y de tener que contentarse solamente con la hipótesis que le presenta el solicitante.

Por eso, sería más fácil referirnos al conocimiento sumario del *fumus bonis iuris* que se requiere como presupuesto de las medidas cautelares, como juicio de simple “posibilidad de existencia del derecho invocado”, sin entrar a juzgar si el derecho es verosímil, probable o altamente probable, lo cual será juzgado con la sentencia.

No está demás acotar que estos conceptos son sumamente confusos y complicados, ya que mucho se ha escrito sobre los grados de conocimiento, desde lo posible, lo verosímil, lo probable y por último lo verdadero, como si se tratara de una grada con escalones bien visibles y resultara fácil determinar cuándo uno ha subido un grado en ella o en cuál de los escalones se encuentra.

¹¹⁴ CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, p. 282 y s.s.

¹¹⁵ Se pregunta el connotado epistemólogo Mario Bunge: “¿Debe el juez confiar en sus corazonadas, intuición o perspicacia? Esto equivaldría a lanzar al aire una moneda, porque todos sabemos cuán burda e insegura es la intuición.” (BUNGE, Mario; *Las ciencias sociales en discusión*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 387).

A nuestro entender, estas pretensiones de clasificación y graduación del conocimiento deben ser desechadas:

- (ii) en primer lugar, porque el concepto de “probabilidad” debe reservarse al cálculo de probabilidades utilizado en estadísticas, y no para juzgar la veracidad de una teoría, a sabiendas de que una teoría altamente probable puede ser falsa aunque exista un mínimo de chances de falsedad, mientras que una teoría altamente improbable, puede acercarse más a la verdad a pesar de la poca credibilidad que se le otorgue; y
- (iii) en segundo lugar, porque es muy difícil medir los grados de conocimiento en forma exacta y reconocer en qué estado se halla el sujeto cognoscente en el camino de la investigación, porque paradójicamente, puede ocurrir que creamos estar alejados de la verdad y en realidad estemos cerca de ella; o a la inversa, que creamos estar muy cerca de la verdad o aún haber llegado a ella, cuando en realidad estemos muy lejos de alcanzarla.

La única certeza al respecto de todo este planteamiento es que el conocimiento se genera por conjeturas y refutaciones, por lo cual, una hipótesis que ha sido expuesta a la crítica y a la refutación y aún así sobrevive (tal como la del actor que es contrapuesta a la del demandado), es más creíble que otra que no ha recibido crítica (como sería la del solicitante de una medida cautelar que pretende justificarse por sí misma).

En suma, la “verosimilitud del derecho” (o juicio sumario acerca de la posibilidad de existencia del derecho invocado – *fumus bonis iuris*) no puede juzgarse sino hasta que la hipótesis sustentada por el actor y solicitante de la medida cautelar haya sido expuesta a la refutación o contradicción por parte del demandado. Antes de eso, sólo existiría una conjetura con más o menos probabilidades de supervivencia, pero solamente superficial, insuficiente para dar lugar a una consecuencia jurídica tan gravosa y decisiva como lo es la concesión de una medida cautelar.

La postura que aquí sostenemos no implica concluir que las medidas cautelares no deberían ser despachadas “inaudita pars”, dado que somos conscientes de que esto traería consigo la supresión de la función práctica para la cual fueron creadas (porque el demandado astuto, al ser previamente notificado de la medida cautelar, podría ocultar o distraer la res litis o los bienes de su patrimonio para frustrar la ejecución de la medida dictada).

Por tanto, se debería buscar una solución que concilie la posibilidad de ejecución práctica de la medida cautelar, por un lado, y por el otro, que permita al juez actuar con menor riesgo de equivocación, tanto en la determinación de la verosimilitud del derecho como en la fijación de la contracautela que debe ser otorgada; y al mismo tiempo, reducir el amplio margen de discrecionalidad confiada al juez, para dar más poder de control a las partes.

2. REVISIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO DE CONTRACAUTELA.

2.1. LA CONTRACAUTELA COMO REQUISITO ESENCIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En doctrina se discute si la contracautela es requisito de admisibilidad de las medidas cautelares, o lo es sólo de ejecutabilidad. Veamos, pues, las diferentes posiciones al respecto.

Novellino, sosteniendo la primera de las posiciones aludidas, dice:

“Tales requisitos son dos: la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). [...] En consecuencia, puede decirse que más que un presupuesto de las medidas cautelares, la contracautela constituye un requisito de la traba efectiva de las mismas.”¹¹⁶

Para Arazi, los presupuestos de las medidas cautelares también son: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; ya que la contracautela no es requisito esencial, por estar previsto en la ley los casos en que no se requiere caución.¹¹⁷

Similar postura adopta Fenochietto, quien en su obra conjunta con Arazi señala que “la caución no es un requisito esencial ni hace a la naturaleza de la medida cautelar; el art. 200, CPN, menciona los casos en que no se exige contracautela”.¹¹⁸

El maestro Alsina, a su vez, tampoco incluye la contracautela entre los requisitos de procedencia de las medidas precautorias.¹¹⁹

¹¹⁶ NOVELLINO, op. cit., p. 32.

¹¹⁷ ARAZI, Roland (Director) y otros; *Medidas cautelares*, 2ª ed, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 7 y 8.

¹¹⁸ FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª. Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987, Tomo I, p. 666.

¹¹⁹ ALSINA, Hugo; *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 1963, Tomo V, p. 451 y s.s.

Por el contrario, Palacio, en su Tratado, reconoce a la contracautela como requisito de la medida cautelar, refiriéndose a ella en su capítulo dedicado a los “requisitos de la pretensión cautelar”¹²⁰.

Alvarado Velloso y Palacio, en su obra conjunta, también se inclinan por admitirla como requisito:

“En razón de que la tutela cautelar se otorga tras el desenvolvimiento de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario, y además, sin previa audiencia de la parte afectada, la ley erige en requisito de admisibilidad de las pretensiones cautelares que versen sobre bienes, la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroge la medida solicitada indebidamente”.¹²¹

Así también, el jurista español Jesús Cuadrao, en comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, reconoce a la contracautela como un elemento de la medida cautelar y añade que es el tercer requisito para su otorgamiento, junto con la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.¹²²

Para Martínez Botos, quien cita a Palacio y Alvarado Velloso, la contracautela es un requisito esencial de la medida cautelar.¹²³

JURISPRUDENCIA.

A) ARGENTINA

En la Argentina, la jurisprudencia no es pacífica en determinar si la contracautela es un requisito de procedencia o de mera ejecución. No obstante, predomina la tesis según la cual la contracautela constituye requisito de procedencia del despacho cautelar, según los siguientes fallos:

“Para acordar medidas cautelares deben concurrir los requisitos típicos de verosimilitud del derecho invocado, peligro de la demora y otorgamiento de una contracautela suficiente”;¹²⁴

¹²⁰ PALACIO, Lino E.; *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986., Tomo VIII, p. 32.

¹²¹ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, Tomo V, p. 66.-

¹²² CUADRAO, op. cit., p. 281.

¹²³ MARTÍNEZ BOTOS, op. cit., p. 55.

¹²⁴ CNCiv., Sala E, marzo 23-971; LA LEY, 149-562 (29.818-S).

“Deben concurrir los requisitos típicos de verosimilitud del derecho alegado, peligro en la demora y otorgamiento de una adecuada contracautela para acordar medidas cautelares”;¹²⁵

“Las medidas precautorias solicitadas deben ser acordadas con amplitud de criterio, para evitar la frustración del derecho de quien las solicite, debiendo, además para aceptarlas, concurrir los requisitos típicos de verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y otorgamiento de una adecuada contracautela”;¹²⁶

“Es presupuesto de las medidas cautelares, la fijación de una contracautela, por el beneficiado, para asegurar al contrario el resarcimiento de los daños que pudieran ocasionarle en el caso de haber sido pedidas sin derecho”;¹²⁷

“La contracautela es un requisito ineludible en las medidas cautelares, como lo establece el art. 199 del Cód. Procesal y lo tiene admitido pacífica jurisprudencia”.¹²⁸

B) PARAGUAY

En el Paraguay, a pesar de la precisión del art. 693 del Código Procesal Civil, donde se señala expresamente a la contracautela como el tercer presupuesto de las medidas cautelares, también existe jurisprudencia contradictoria, hecho que se debe a que los Tribunales apoyan sus fallos no sólo en las disposiciones del Código Procesal Civil vigente, sino también en las opiniones de juristas argentinos, entre ellos los autores que –como hemos visto– sostienen que la contracautela no es requisito esencial para el otorgamiento de la medida.

Veamos, pues, lo que dicen algunos fallos:

“La caución requerida en relación con las medidas cautelares debe entenderse siempre como garantía, ya sea esta real o personal, en cualquiera de las especies reconocidas por nuestro derecho civil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 693 del CPC”;¹²⁹

“La contracautela es condición indispensable para la concesión de una medida cautelar”;¹³⁰

¹²⁵ CNCiv., Sala A, mayo 6-969; LA LEY, 136-1100 (22.324-S).

¹²⁶ CNCiv., Sala A, febrero 13-969; LA LEY, 137-823 (23.238-S).

¹²⁷ CNCiv., Sala B, julio 25-963; LA LEY, 113-801 (9975-S); CNCiv., Sala I, octubre 16-963; LA LEY, 115-787 (10.333-S); CNCiv., Sala C, junio 14-965; LA LEY, 120-79; setiembre 15-976; LA LEY, 1977-A,120).

¹²⁸ CNCom., Sala C, setiembre 6-972; LA LEY, 1975-B, 904, JA, 972-16-280).

¹²⁹ TApel. C y C, Sala 3, A.I. No. 113, 20/03/2000.

¹³⁰ TApel. C y C, Sala 4, A.I. No. 26, 14/03/1988.

“La viabilidad de las medidas precautorias está condicionada a la verosimilitud del derecho invocado y a la contracautela que sirve de garantía al daño que la medida puede ocasionar”;¹³¹

“Sabido es que son tres los requisitos exigidos para la concesión de una medida, como la que se discute: a) verosimilitud en el derecho; b) peligro en la demora; c) contracautela. Los dos primeros hacen a la procedencia del pedido y lo último, al cumplimiento del mismo... La contracautela es requisito que se relaciona con la *ejecutoriedad* de la medida precautoria, no con su procedencia, por lo cual nunca puede prosperar un recurso de apelación contra aquélla, fundado en la falta o insuficiencia de fianza”;¹³²

“Dos son los elementos determinantes para que proceda el otorgamiento de una medida cautelar: la verosimilitud y el peligro en la demora”.¹³³

La disparidad de criterios aparece evidente. Los tres primeros fallos condicionan la procedencia misma de la medida cautelar a la contracautela; no así los últimos dos fallos citados, en los cuales se prescinde del requisito de la contracautela.

Por nuestra parte, creemos que **la contracautela constituye un presupuesto fundamental de las medidas cautelares**, puesto que el art. 693 del Código Procesal Civil paraguayo no admite otra interpretación.

Amén de ello, si como lo sostiene casi la unanimidad de la doctrina¹³⁴, la caución concreta el principio de igualdad de las partes y que viene a contrarrestar la ausencia de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar, no cabe duda de que constituye un elemento esencial en el dictado de la medida. Sería una grave contradicción sostener este argumento (como lo hacen todos aquellos quienes no incluyen a la contracautela como presupuesto), y a la vez opinar que la contracautela es nada más que un “presupuesto de ejecución” y no de admisibilidad.

Para mayor abundamiento, el gran jurista Ramiro J. Podetti ha enseñado, siguiendo la idea anterior, que la cautela debe ser doble: asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse.¹³⁵

¹³¹ TApel. C y C, Sala 2, A.I. No. 83, 6/04/1988.

¹³² TApel. C y C, Sala 5, A.I. No. 8, 11/02/1994.

¹³³ TApel. C y C, Sala 2, A.I. No. 180, 28/04/99.

¹³⁴ PALACIO, op. cit., p. 36; MARTÍNEZ BOTOS, op. cit., p. 56; CUADRAO, op. cit., p. 281; KIELMANOVICH, op. cit., p. 57.

¹³⁵ PODETTI, op. cit., p. 61.

Esta separación doctrinaria de los presupuestos de las medidas cautelares en presupuestos de ejecución y de admisibilidad es por demás equívoca, porque si nos detenemos a pensar en la cuestión, advertiremos que en el caso de que estén dados los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora (que son supuestamente los esenciales) pero no el de la contracautela, cae de suyo que la medida no puede ser aún cumplida, e inclusive podrá ser levantada por el juez si no se satisface el requerimiento de la contracautela. Por ende, si la medida no se cumple por falta de un requisito y el juez inclusive está facultado a levantarla, es porque precisamente dicho requisito es esencial a los fines de su otorgamiento.

Basta recordar que las medidas cautelares se despachan para ser cumplidas, ya que no tienen una función declarativa. Esto no impide que la contracautela pueda ser otorgada o mejorada luego de cumplidos los demás requisitos, en razón de que la ausencia de ella importará una condición suspensiva para la ejecución de la medida.

En conclusión, la contracautela es un requisito fundamental de las medidas cautelares, y como consecuencia práctica de este aserto, cabe sostener que si una medida cautelar medida fuera despachada sin contracautela o con una simple “caución juratoria” (promesa del solicitante de hacerse responsable de los daños y perjuicios, que en realidad nada agrega), la resolución sería susceptible de ser apelada y revocada, por faltar uno de los requisitos básicos para su procedencia.

Ahora bien, si lo que se discute es la graduación de la contracautela, no quedan dudas de que la vía adecuada es el pedido de mejora por parte del afectado, porque los requisitos estarían formalmente cumplidos y por ende no sería procedente la apelación.

2.2. EL PELIGRO DE LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE CONTRACAUTELA.

Al referirnos a la contracautela, hemos señalado la trascendental importancia que ella tiene como punto de equilibrio entre los intereses del solicitante de la medida cautelar y los del cautelado, y como elemento de reestablecimiento de la igualdad procesal parcialmente quebrada por el dictado de la medida “inaudita pars”.

También hemos dicho que, como regla general, la contracautela debe ser fijada —en el sistema vigente— de acuerdo al prudente arbitrio judicial, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, de tal forma que cuanto más dudosa sea ésta, mayor sea la contracautela fijada; y a la inversa, cuando exista

mayor verosimilitud, sea menor o mínima la contracautela exigida. A la vez, para la determinación de la contracautela debe tenerse en cuenta el valor de los bienes inmovilizados, como la Jurisprudencia lo ha venido sosteniendo. Sin embargo, los inconvenientes prácticos que este sistema presenta no dejan de ser inquietantes:

¿Cómo saber el valor de los bienes inmovilizados o el potencial daño que podría general la medida solicitada sin que se le dé intervención al afectado?

¿Cómo puede determinarse la contracautela en función a un juicio de verosimilitud que en realidad no es tal y no responde sino a la intuición o puro arbitrio del juez?

No es difícil percatarse de que esta manera de proceder puede provocar una tremenda desigualdad en el proceso (con su consiguiente desnaturalización y perversión), en razón de la poca fiabilidad del juicio de verosimilitud realizado por el juez, sin haber escuchado a la parte contra quien se pretende la medida cautelar.

En la práctica, la relación inversamente proporcional entre la verosimilitud del derecho y la contracautela que debe otorgar el solicitante de una medida cautelar, podría ocasionar graves injusticias, por lo ya señalado de que el juez puede equivocadamente suponer una alta verosimilitud del derecho y exigir una escasa contracautela, dejando al demandado en un virtual estado de indefensión y de ulterior imposibilidad de obtener una reparación del daño causado por la medida (lo que supone la violación de los principios fundamentales del proceso concebido como garantía constitucional).

Para no tener que recurrir a casos reales, nos valemos de un ejemplo ficticio:

Supóngase que Pedro promueve una demanda de cumplimiento de contrato y pago de una suma de veinte mil dólares contra el supuesto deudor Juan, y que para evitar el peligro en la demora Pedro solicita el embargo e interdicción de salida de una embarcación de propiedad del demandado lista para zarpar con carga a bordo. Presenta una copia del contrato y la información sumaria de dos testigos acerca de la autenticidad de la firma de Juan. El juez, ante la prueba sumaria del contrato y convencido del derecho que le asiste a Pedro de obtener el cobro de la obligación, dicta la medida cautelar y dispone la interdicción de salida del buque, fijando una contracautela del diez por ciento del valor de la demanda, en vista de la “altísima” verosimilitud del derecho.

Sin embargo, luego de que el buque haya estado anclado en el puerto por varios días y causado este hecho pérdidas millonarias al demandado Juan, éste se presenta en el juicio y acompaña un telegrama colacionado remitido por Pedro en el cual le comunicaba que el mismo había cedido todos los derechos derivados del contrato a un tercero de nombre Luis, con indicación de su domicilio. Con este documento, Juan prueba que ha existido una cesión de derechos ya perfeccionada y solicita el levantamiento de la medida cautelar, y a la vez el mejoramiento de la contracautela.

El juez, aunque hallara que la verosimilitud del derecho invocado no es tal, está atado de manos: ya no puede volver sus pasos atrás, ordenando el levantamiento o cese de la medida, ni la mejora de la contracautela otorgada. Y más aún: el único remedio del cual dispone el demandado o afectado para obtener el levantamiento de la medida es el recurso de apelación; con el inconveniente de que el mismo sólo se concede al efecto devolutivo. Un incidente de mejora de contracautela también resultaría inocuo, puesto que del mismo debería correr traslado al actor, quien podría oponerse y luego apelar la resolución que decreta la mejora, con efecto suspensivo.

El resultado es concreto: aquí el afectado queda indefenso ante el actor, quien mediante esta medida cautelar consigue “ponerle la soga al cuello”, y probablemente no le quede otra alternativa que depositar dinero en efectivo u otorgar una fianza bancaria para obtener el levantamiento del embargo y la interdicción de salida del buque armado, sin haberse evitado los daños y costes que le causó el hecho de haber permanecido en puerto más del tiempo debido.

En definitiva, si el juez hubiera tenido la oportunidad de evaluar en mejores condiciones la procedencia de la medida cautelar solicitada - esto es, analizando no solamente la hipótesis expuesta por el solicitante sino también la contrapartida del afectado - se habría podido evitar este despropósito: el juez habría rechazado la medida, o bien, habría impuesto una sólida contracautela.

A la inversa, el rechazo de una medida cautelar por parte del juez extremadamente cauto y temeroso en conceder medidas cautelares, puede ocasionar también graves injusticias para el actor, puesto que los bienes objeto del litigio o que han de servir eventualmente de garantía para el cumplimiento de la sentencia pueden desaparecer, haciéndose aquel derecho ilusorio. Así también, la imposición de una excesiva contracautela a cargo del solicitante puede significar la frustración de su pretensión y en definitiva, la negación del acceso a la justicia, con los perjuicios que ello acarrea.

En un marco de vigencia de los principios constitucionales, el derecho procesal no puede permitir que una institución de noble utilidad y –por qué no decirlo- necesidad (como la medida cautelar), sea desvirtuada al ser utilizada no como defensa y protección del derecho, sino como un arma letal en poder del litigante inmisericorde. El valor “seguridad jurídica” exige que se elimine o reduzca al mínimo la posibilidad de error, para que los procesos sean realmente portadores y conductores de la Justicia, y que se constituyan en la herramienta eficaz de solución de los conflictos sociales.

2.3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA SIN CONTRACAUTELA.

Siguiendo el mismo razonamiento expuesto, si bien el objeto de la contracautela es el de garantizar al afectado la reparación de los daños que pudiera ocasionarle la medida injusta o excesiva, resulta claro que además de esta función de garantía que en sentido material está destinada a cumplir, la contracautela cumple una función procesal y constitucional de gran importancia: es el elemento que viene a subsanar, en cierta medida, la falta de contradictorio que precede al decreto de la medida, y tiende a asegurar la igualdad de las partes.

Consecuentemente, la medida cautelar dictada sin una adecuada contracautela constituye una clara violación de los principios constitucionales del derecho a la defensa en juicio y de la igualdad de las partes, puesto que la ausencia de una garantía eficaz a favor del cautelado, produce la atribución de una ventaja procesal insospechada en pro del peticionante que obtuvo la medida, quedando el afectado en una posición de tangible inferioridad y desigualdad de oportunidades con relación a su adversario.

Pero lo más grave es que con la regulación positiva vigente sobre las medidas cautelares, el afectado no puede obtener en forma inmediata la revisión o modificación de lo resuelto, con lo cual esta situación de desventaja y de desigualdad procesal se torna aún más dramática.

Inclusive, normalmente los jueces y tribunales admiten que todas las resoluciones sobre medidas cautelares están fundadas sobre un alto grado de arbitrio judicial, y que por lo general, es corriente que se despache una medida cautelar con la conciencia de que se está en la posibilidad de cometer un error, aunque ese error sea irreparable. En buen romance, los abogados somos concientes de que el error existe pero nos contentamos con la excusa de que como la ley admite expresamente la posibilidad del error, deja éste de ser criticable.-...

De nuestra parte, preferimos sostener que el ordenamiento jurídico debe avanzar hacia el ideal de la minimización del error judicial, a través de la creación de normas que disminuyan el grado de arbitrio judicial, que faciliten a los jueces el método de adquisición del conocimiento de los hechos y presupuestos jurídicos en que han de basar sus decisiones, y que estén dotadas al mismo tiempo de la flexibilidad suficiente para adaptarse a las necesidades de cada caso.

El Derecho no puede mostrarse impotente para resolver un entuerto como éste, sino que ha de brindar soluciones para que se muestre asequible el fin claro e inmediato de reducir al margen mínimo posible la injusticia, la desigualdad entre las partes y la explotación de la inconsistencia de las normas procesales por los operadores inescrupulosos, que tienden a crear la confusión y la sucesión de situaciones de fraude procesal, con la consiguiente lesión de los derechos individuales (que a la postre significan la contaminación de todo el servicio de justicia).

Las normas procesales deben ser operativas y dinámicas, además de tener la virtud de facilitar la solución de los problemas procesales, dando primacía a los principios constitucionales que rigen el debido proceso por sobre los formalismos y atajos que por lo corriente son utilizados para desnaturalizar los fines de las instituciones procesales (como ocurre en el caso de las medidas cautelares, donde se permite al litigante favorecido con una medida cautelar realizar maniobras tendientes a dilatar el proceso e imposibilitar la rápida revisión de lo resuelto).

Por tanto, la institución de la contracautela debe ser reorientada hacia sus fines genuinos y potenciada como herramienta de la igualdad procesal, escudo de defensa de los derechos del cautelado; y no como se da en este tiempo, en que la norma procesal resulta insuficiente para tales fines, cuando deja librado al juez el resquicio –cada vez más ancho– para las excepciones al otorgamiento de una adecuada contracautela y para la desconsideración de los daños que podría sufrir el afectado por la medida cautelar, en una perturbadora desviación de los postulados constitucionales cuya vigencia venimos pregonando.

En definitiva, bajo ningún concepto puede tolerarse una norma procesal que admita la desigualdad de las partes y la indefensión, porque ello contraría claras disposiciones constitucionales que protegen a toda persona en sus derechos.

CAPÍTULO VIII: El problema de la identidad entre pretensión cautelar y pretensión material. el posible prejuzgamiento.

La doctrina argentina ha venido promoviendo, en forma prolífica, la institución de una cautela material o “autosatisfactiva”, que agota sus fines en sí misma y torna innecesaria la promoción de un proceso principal. Sobre el punto, hemos dicho que esta forma de tutela material o “autosatisfactiva” no puede ser considerada como medida cautelar, ni le pueden ser aplicadas las mismas normas.

Sin embargo, queda pendiente de resolución un problema que hasta el momento no ha sido atendido, y es el siguiente: ¿Son legítimas las medidas cautelares cuya finalidad práctica consiste en la misma pretensión que debe proveer la sentencia definitiva o de mérito?

En principio, consideramos que salvo casos excepcionales en que no quepa otra solución para evitar un daño irreparable (como el caso de exclusión del hogar en caso de maltratos físicos a la mujer o a menores y la guarda de personas), y bajo la imposición de una adecuada contracautela cuando se trate de intereses patrimoniales, la medida cautelar no puede tener el mismo objeto que el de la pretensión principal (que debe ser declarada en la sentencia definitiva de mérito), porque si así fuera, se estaría prácticamente adelantando el resultado del juicio y dejando en una posición altamente desfavorable al demandado.

No obstante, admitimos que aun en este supuesto estaremos ante una medida cautelar y no otro tipo de tutela material anticipada o sin audiencia de parte. El inconveniente que normalmente se presenta es que cuando el actor obtiene el dictado de una medida cautelar que adelanta (con fines supuestamente cautelares) el resultado que se pretende con la sentencia, luego se dedica más bien a trabar el normal desarrollo del proceso, a sabiendas de la condición ventajosa que la medida dictada le brinda, y de haber satisfecho su pretensión.

En cierto modo, las medidas que adelantan y ejecutan provisoriamente la sentencia de mérito traen consigo la sombra de la indefensión, ya que puede suceder que para favorecer al solicitante supuestamente perjudicado se otorgue una medida que, posteriormente, al dictarse la sentencia definitiva con todos los elementos de juicio disponibles, pueda resultar injusta y dañosa para el afectado.

Por ello, en estos casos (de identidad entre la providencia cautelar y la providencia de mérito) debería el Juez proceder con extrema cautela, a fin de evitar dictar medidas precipitadas que puedan conducir a una ruptura de la igualdad de las partes y la consecuente desnaturalización del proceso.

En definitiva, reputamos admisible la figura de la medida cautelar que anticipe los efectos de la sentencia de mérito, en casos excepcionalísimos (como *ultima ratio*) en los que exista un daño inminente que no pueda ser reparado por un acto posterior, pero siempre respetándose el cumplimiento de los presupuestos genéricos de toda medida cautelar, y negando el carácter autónomo de la medida que pueda despacharse.

Esto último es sumamente importante: no obstante la ejecución de la medida, debe proveerse al demandado de la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa con toda su amplitud, y no limitarlo a una mera instancia de apelación o postergarlo para cuando la resolución dictada ya adquiriera carácter definitivo. Al mismo tiempo, creemos prudente y necesario que estas excepciones a las garantías constitucionales sean debidamente previstas por la legislación sustantiva, para no dejar abierta una ventana demasiado amplia a la libre interpretación de los jueces.

Por tanto, repudiamos la admisión de una cautela material o “autosatisfactiva”, de carácter autónomo, que confiera el derecho litigioso sin audiencia del afectado y además, con posibilidad de prescindencia de la contracautela. Esta solución doctrinaria nos parece innecesaria para la efectividad del servicio de justicia, como lo es cualquier planteamiento que reconozca la posibilidad de que sea dictada una sentencia definitiva, sin estar precedida de un proceso con audiencia del afectado.

En efecto, mediante una correcta regulación y utilización de las medidas cautelares, se pueden lograr los mismos fines de rapidez y eficacia que pregonan los abanderados de tal posición, lo cual se puede advertir poniendo un solo ejemplo: el proceso de fijación de alimentos. Los mentores de las medidas “autosatisfactivas” ven con agrado que ante el pedido de alimentos, el juez despache directamente la medida, sin audiencia ni control del interesado, fijando ya con carácter definitivo los alimentos que deben ser prestados. La intención es evitar que el alimentado quede sin el sustento mientras penda la sentencia definitiva, que a la larga podría resultar ineficaz si se espera la tramitación del proceso.

En contrapartida, el cumplimiento de esta misma finalidad puede lograrse con el simple despacho de una medida cautelar: el juez puede recibir la demanda

y decretar, provisoriamente, los alimentos que deben ser prestados, como medida cautelar, mientras se sustancia el proceso; a la vez de correr traslado de la demanda para que el alimentante pueda ejercer su derecho a la defensa. Con este procedimiento, se logra evitar el daño que puede irrogar la demora, además de proporcionar al demandado la oportunidad de defenderse, lo cual no es poco: como hemos sostenido, es muy distinto limitarse a apelar una sentencia ya dictada, sin posibilidad de producir pruebas o con una restricción para ello, que ser oído, probar y tener la oportunidad de alegar en contra de la pretensión del actor, y posteriormente, ejercer el recurso de apelación.

Como se ve, el dictado de una sentencia de mérito anticipada sólo conduce a la arbitrariedad, la injusticia y la desigualdad, que repugnan la idea misma de proceso concebida por nuestra Constitución.

CAPÍTULO IX: Las deficiencias del procedimiento de revocación Y modificación cautelar.

De lo expuesto anteriormente sobre la verosimilitud del derecho y la contracautela, puede deducirse fácilmente que la regulación jurídica actual de dichos presupuestos de las medidas cautelares contrasta seriamente con los principios constitucionales del debido proceso. El esquema legislativo vigente permite que las medidas cautelares sean juzgadas arbitrariamente, porque para concederlas o denegarlas el juez debe actuar “a ciegas”, sin elementos de juicio suficientes, guiado sólo por las apariencias y su propia intuición, con lo cual su arbitrio puede convertirse en arbitrariedad, ya sea en contra del actor a quien se le niega la concesión de una medida cautelar justamente solicitada, ya en contra del demandado a quien se le impone una medida excesiva o vejatoria, o no se lo protege mediante una adecuada contracautela.

Hemos señalado que las resoluciones sobre medidas cautelares son una fuente permanente del error judicial, tanto por la concesión de medidas abusivas y sin la adecuada contracautela, como por el rechazo injusto de medidas cuya procedencia era justificada. Este error tiene su origen en una deficiente formulación de los presupuestos básicos para su otorgamiento, como son la verosimilitud del derecho y la contracautela, que deben ser determinados por el juez *inaudita pars*, sin más elementos de juicio que las alegaciones y los materiales proporcionados por el solicitante (que como es lógico en nuestro medio, normalmente oculta los puntos débiles de su posición).

Además, a esta alta posibilidad de error causada por la aplicación de un método insuficiente para llegar al conocimiento que se exige para tomar tal resolución, debe sumarse la endeble estructura del procedimiento de revocación cautelar, que por su falta de flexibilidad impide una revisión rápida de lo resuelto. En efecto, las apelaciones interpuestas son concedidas de tal manera que preservan la resolución originariamente tomada, atando de manos al juez y al perjudicado: si el juez hace lugar a la medida, la apelación del afectado se concede sin efecto suspensivo (al solo efecto devolutivo); mientras que si se deniega la medida o se decreta su modificación a través de alguno de los incidentes previstos por la ley, la apelación se concede con efecto suspensivo.

Queda claro que el sistema actual favorece la concesión de medidas cautelares en forma abusiva y sin la prestación adecuada contracautela, situación que

constituye una realidad en nuestros Tribunales y que lastimosamente, no encuentran un remedio eficaz en los resortes procesales previstos por las normas jurídicas vigentes.

La ineficacia del sistema de modificación y revocación cautelar es patente: el demandado que sufre la imposición de una medida cautelar injustificada o excesiva, sin que el actor haya prestado una adecuada contracautela, sólo dispone del recurso de apelación; pero con él no logrará evitar que la medida decretada siga en pie y persistan sus efectos dañinos.

Los incidentes de sustitución o modificación de la medida tampoco son una solución, puesto que la tramitación de los mismos puede ser tan larga como la del juicio principal, y una vez que el juez dicte resolución haciendo lugar a la reducción, modificación o sustitución solicitadas, el actor puede paralizar el cumplimiento de lo resuelto a favor del demandado mediante el recurso de apelación, que en estos casos se concede con efecto suspensivo (Art. 694 del CPC).

Consecuentemente, el litigante inescrupuloso que ha obtenido una medida cautelar excesiva (que puede resultar determinante en el transcurso del pleito), tiene a su merced todos los medios necesarios para alargar el sufrimiento de su adversario y presionarlo de tal manera que, en muchas ocasiones, éste se ve obligado a capitular para no seguir padeciendo los horrores de la medida cautelar dictada. En estas condiciones, de su función original de instrumento al servicio de la justicia, la medida cautelar puede pasar a convertirse en una herramienta maligna (y la experiencia nos enseña que esto ocurre bastante a menudo).¹³⁶

Un sistema cautelar de esta naturaleza no resiste el menor análisis de legitimidad, porque confronta directamente con las normas constitucionales que establecen la inviolabilidad del derecho a la defensa y el principio de igualdad de las partes, y socava por completo las bases del “debido proceso” (que no es otra cosa que el proceso ceñido a sus principios constitucionales).

Por tanto, se impone de manera urgente la modificación de este sistema de concesión y revisión de las medidas cautelares, por otro más flexible, dinámico y preciso, que permita a las partes y al juez cumplir acabadamente con sus roles en el proceso, y que sea fiel a los principios constitucionales que desde la cima del orde-

¹³⁶ Consideramos que lo dicho en este punto cae dentro del supuesto de los “hechos notorios”, por lo que no creemos necesario abundar en casos prácticos reales. Quien ha ejercido la profesión, alguna vez ha conocido un proceso donde se han dictado medidas cautelares abusivas.

namiento jurídico exigen el respeto irrestricto del derecho a la defensa y la igualdad de las partes, como así también que el proceso sirva como un medio eficaz para la solución de los conflictos y desaliente a los individuos a actuar por la fuerza para obtener la satisfacción de sus derechos.

Para esto, proponemos un nuevo sistema de concesión y revisión de las medidas cautelares, elaborado a partir de una reformulación de los presupuestos necesarios para su otorgamiento (especialmente la verosimilitud del derecho y la contracautela), fundado en el método racional de conjeturas y refutaciones al cual nos hemos referido con anterioridad.

CAPÍTULO X: Necesidad de reforma del sistema vigente.

La crítica que hemos efectuado del modelo vigente, nos muestra que es menester una reformulación de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares, a fin de que tanto el solicitante como el afectado puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones: que al actor no se le permita “agarrar del cuello” a su contrincante mediante una medida cautelar excesiva, vejatoria o infundada; y que al demandado no se le conceda el privilegio de eludir la traba de una medida cautelar dictada para garantizar el cumplimiento de la sentencia futura.

En este punto, recurrimos nuevamente a la sabiduría de Couture, quien decía:

“El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro para no angustiar por restricción al demandado”¹³⁷

El desafío parece insuperable: idear un sistema cautelar que concilie los derechos e intereses del actor que puede ver frustrado su derecho material ante la denegación de una medida cautelar, y los derechos e intereses del demandado que puede resultar prácticamente vencido antes de empezar el pleito, con la imposición de una medida cautelar en exceso gravosa, o sin una adecuada contracautela.

Para emprender la tarea, partiremos de la base de que el Derecho, en su afán de convertirse en una ciencia, no puede abandonar el método que ha permitido la evolución de todas las demás ciencias: el método del ensayo y error, de conjeturas y refutaciones, en la versión de Karl Popper (el cual, a pesar de las objeciones que se le pudieran señalar, sigue aún considerándose casi indiscutiblemente como el más apropiado en la investigación científica).

Seguidamente, esbozaremos los puntos que tal vez sirvan para permitir la elaboración de un sistema cautelar más justo, eficiente y racional, consustanciado con los principios procesales consagrados en la Constitución Nacional y a la vez con la función instrumental que busca cumplir el instituto cautelar.

¹³⁷ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1979, Tomo I, p. 23).

CAPÍTULO XI: Bases y propuestas para la reforma.

I. LA MOTIVACIÓN OBLIGATORIA DE LAS RESOLUCIONES CAUTELARES.

Normalmente, los jueces no fundamentan su decisión cuando resuelven otorgar o denegar una medida cautelar, exigencia que sí se tiene cuando se trata de una sentencia definitiva. Y no puede soslayarse que la concesión o el rechazo de una medida cautelar puede ser en ciertos casos, para la suerte de un litigante, tanto o más gravosa como la misma sentencia definitiva.

Por tanto, como primera innovación, creemos que tratándose de medidas cautelares, los jueces tienen igual deber de fundamentar debidamente su decisión, expresando en ella en forma clara y concreta cuáles son los elementos que lo han llevado a conceder o denegar la medida, refiriéndose expresamente a los motivos que lo hubieran llevado, en su caso, a presumir o desestimar la verosimilitud del derecho invocado por el peticionante de una medida cautelar; a fijar u omitir la contracautela; o a considerar la existencia o no del peligro en la demora.

Las razones para sostener tal exigencia son claras: si las partes no saben de manera cierta por qué motivo fue rechazada o concedida la medida, por más que interpongan la apelación quedan en virtual estado de indefensión, dado que les sería imposible expresar agravios contra la resolución recurrida. Además, si el juez no concede la medida y no expresa el motivo de su decisión, el solicitante no puede subsanar los eventuales defectos que tuviera su pedido, con lo cual, en la práctica, se suprimen los caracteres de flexibilidad y de provisionalidad propios de las medidas cautelares, que implican que el rechazo de la medida por ausencia de una determinada formalidad no impide que el solicitante reitere su pedido una vez salvada la dificultad. En rigor, se obliga al solicitante denegado a recurrir a la apelación, sin que tal recurso sea idóneo para reparar el agravio.

No basta que se mencione, como ocurre de costumbre, que “analizados los elementos, el juzgado concluye que se hallan reunidos los presupuestos para el decreto de la medida”, o “que no lo están”, ya que este es un argumento de autoridad, basado únicamente en el poder y no en el conocimiento del juez.

En lugar de ello, debería brindar las razones concretas que tuvo para encontrar reunidos los presupuestos exigidos por la ley. No es suficiente para las partes

que el juez muestre la conclusión a la cual ha arribado (hacer lugar o no a la medida solicitada), sino más bien, el camino por el cual ha transitado para llegar a tal decisión. No interesa aquí sólo lo que dice el juez, sino cómo y por qué lo dice. Si estos motivos no llegan a conocimiento de las partes, mal pueden éstas ejercer el derecho a la defensa (o la defensa de sus derechos).

Por ejemplo, en el caso de que el actor de una demanda de nulidad de acto jurídico por lesión solicite una medida cautelar, si el juez concediera la medida cautelar deberá manifestar que “la verosimilitud del derecho surge a simple vista de la comparación entre el precio de venta del inmueble y las extensas dimensiones del mismo, que calculadas a un valor ínfimo, dan un precio ampliamente superior al pactado”; o bien, que “tratándose de una pretensión de nulidad de un acto jurídico, y habida cuenta de que debe estarse por la validez de los actos, no puede tenerse por cierta la verosimilitud del derecho mediante un examen superficial de la cuestión, por lo que corresponde rechazar la medida solicitada por el actor”.

Por el contrario, si el juez simplemente resolviera “hacer lugar” o “no hacer lugar” a la medida cautelar solicitada, las partes quedarían en un estado de inseguridad y de duda, puesto que no tendrían la certeza de cuál fue el argumento sostenido por el juzgador para resolver en uno u otro sentido.

Lo que proponemos es simplemente que se verifique la exigencia constitucional de que los fallos se funden en la ley (Art. 256 de la Constitución Nacional), y que disminuya la arbitrariedad, ya que como bien se ha dicho, “es sentencia arbitraria, y por ende inconstitucional, tanto la que carece en absoluto de motivación... como la que sólo tiene fundamentación aparente e inhábil.”¹³⁸

Por tanto, resulta esencial que las resoluciones sobre medidas cautelares sean debidamente fundadas y motivadas por los jueces (como cualquier otra providencia que no fuera de “mero trámite”).

2. IMPLEMENTACIÓN DE LAS BASES EPISTEMOLÓGICAS Y CONSTITUCIONALES DEL PROCESO EN CUANTO A LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Hemos observado que el motivo principal de error tanto en la concesión como en la denegación de las medidas cautelares radica en el hecho de que el juez

¹³⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, T. 2, pp. 238/9.

debe juzgar la “verosimilitud del derecho” (según la terminología de los Códigos Procesales) antes de despachar la medida, sin audiencia de la parte afectada. El margen de error podría ciertamente disminuirse o eliminarse con un simple trámite: la citación previa del afectado. Pero este remedio tiene el inconveniente de que puede ser peor que la enfermedad. En efecto, con esta solución la medida cautelar solicitada podría eventualmente frustrarse, puesto que el demandado, una vez en conocimiento de lo petitionado, podría realizar actos tendientes a ocultar o distraer los bienes sobre los cuales podría recaer la medida.

Aparentemente, hasta aquí se nos presenta un callejón sin salida: si la medida se dicta “inaudita pars” y en las condiciones en que actualmente lo tiene previsto la ley, puede caerse en el error y perjudicar los derechos del cautelado; y por el otro, si antes de despachar la medida se corre traslado al demandado, podría éste provocar la frustración de la medida que luego se le intente aplicar.

No obstante las dificultades apuntadas, nos atrevemos a proponer un método capaz de conciliar ambos intereses, el cual será descrito a continuación.

El objetivo de la medida cautelar es evitar que por el transcurso del tiempo, la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal sea meramente ilusoria. Por tanto, para la ejecución práctica de la medida, resulta lógico que el juez deba despacharla “inaudita pars”, si están dados los presupuestos básicos de peligro en la demora, verosimilitud del derecho y contracautela.

Pero en la inteligencia de que el juicio de verosimilitud realizado por el juez únicamente sobre la base de las hipótesis presentadas por el solicitante es altamente vulnerable y susceptible de error, y que la contracautela impuesta en las mismas condiciones puede resultar inadecuada o insuficiente, **nada obsta a que el mismo juez que se vio en la necesidad de despachar la medida “inaudita pars”, revise o modifique su propia resolución luego de haber oído los argumentos del afectado.**

Así, el camino quedaría allanado, dado que el juicio de verosimilitud se difiere y se resuelve ulteriormente por el método de conjeturas y refutaciones: una vez expuesta la hipótesis alegada por el actor a la crítica del demandado, el juez tendrá un panorama mucho más claro para poder determinar y graduar de manera más justa la verosimilitud del derecho, e imponer la contracautela que corresponda.

Con este procedimiento, la resolución inicialmente dictada por el juez en virtud de la cual se concede una medida cautelar y se exige o exime al solicitante de

prestar una contracautela, no será pasible de recurso alguno. Inmediatamente luego de cumplida la medida decretada con los elementos de convicción proporcionados por el actor, el afectado será notificado para que dentro del plazo señalado al efecto, manifieste su conformidad o disconformidad con lo resuelto, y se refiera concretamente a los siguientes puntos: la existencia de la verosimilitud del derecho invocada por el solicitante, el peligro o no en la demora, y la justicia de la contracautela, pudiendo solicitar una contracautela mayor o distinta. A su vez, podrá ya en este acto solicitar la reducción, sustitución o modificación de la medida decretada.

Lo expuesto contribuiría a dar sentido práctico al Art. 694 del Código Procesal Civil, que impone la notificación por cédula al interesado dentro del plazo de tres días de ejecutada o trabada la medida, pero sin agregar ninguna sanción para el caso de omisión. El solo conocimiento del afectado sin que se le haga disponer de remedios procesales efectivos para impugnar la medida, carece de toda lógica y función práctica, ya que con la apelación no lograría más que alargar su sufrimiento. Al otorgársele al notificado la posibilidad de solicitar del juez una adecuación de la medida o de la contracautela, o proponer una alternativa menos gravosa para satisfacer la garantía requerida por el actor, la norma procesal encontraría la funcionalidad que ahora no reviste.

También se hace necesaria aquí una distinción: el derecho a la defensa del afectado no se suple con el recurso de apelación, sino con la posibilidad amplia y efectiva de formular todas sus objeciones y pretensiones contra la medida cautelar, sin restricciones. Así, el hecho de que el demandado deba promover un incidente autónomo para obtener la sustitución, reducción o modificación de la medida despachada, o la mejora de la contracautela, constituye una notoria reducción de sus chances procesales, dado que en lugar de oponerse a la medida dictada y fundar su defensa, se le constriñe a ser actor de una demanda incidental para intentar modificar lo resuelto (lo cual resulta evidentemente desventajoso y traduce una clara desigualdad procesal). Ello, sin perjuicio de que ulteriormente y durante el transcurso del proceso, el demandado pueda optar por la vía incidental si no solicitó la modificación de la medida o de la contracautela al evacuar el traslado que se le hubo corrido.

La institución del traslado al demandado parte de la idea, también lógica, de que si el juez tomara conocimiento de la posición del demandado y de los elementos de juicio suministrados por éste, se formaría una mejor convicción acerca de la conveniencia o no de la medida decretada primariamente, como también la magnitud de los daños que podría causar tal medida, relacionada con la contracautela actualmente prestada. La bilateralidad de la instancia (o de la audiencia), concepto fundamental del proceso, se vería así satisfecha.

Luego de que el demandado haya contestado el traslado de la medida cautelar decretada o vencido el plazo para hacerlo, el juez dictaría una resolución que tendría por objeto fijar definitivamente la medida cautelar adecuada al caso y la contracautela que deba ser prestada, considerando no sólo el pedido formulado originariamente por el actor sino también las manifestaciones y proposiciones realizadas por el cautelado (de las cuales, en caso necesario, se darían nuevo traslado al actor). En esta ulterior resolución, el juez podrá decidir la confirmación de lo resuelto anteriormente, su modificación, o inclusive su revocación (en caso de que la medida inicialmente dictada sea injusta o innecesaria), expresando los fundamentos de su decisión.

En la técnica procesal, esta ulterior resolución sería considerada como una resolución originaria, por lo que no podría en rigor, hablarse de una modificación de la medida antes dictada. Ergo, la primera resolución cautelar sería meramente provisoria y subordinada a lo que el mismo juez decida posteriormente, luego del traslado y la audiencia del afectado, y el nuevo traslado al actor si aquél propusiera cuestiones sobre las que éste deba pronunciarse. Ello, sin perjuicio de que la medida sea cumplida antes del traslado para evitar posibles perjuicios al actor, derivados de actos fraudulentos del demandado o terceros.

El fundamento de esta solución estriba en que el mayor conocimiento de las posiciones de las partes le permitirá al juez evaluar más prudentemente la existencia y grado de verosimilitud del derecho, y la entidad de la contracautela que deba satisfacer el solicitante. Se observa que la propuesta formulada ataca un doble aspecto que persigue el Derecho Procesal: (i) el cumplimiento de las garantías procesales; y (ii) la eficacia del proceso, en orden a la obtención de una resolución justa (aunque controlada).

3. ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE REVOCACIÓN E IMPUGNACIÓN CAUTELAR A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y EPISTEMOLÓGICOS DEL PROCESO.

3.1 APELACIÓN DIRECTA POR LAS PARTES.

Hemos visto que en el sistema procesal vigente, el actor cuya pretensión cautelar fue denegada o el demandado contra quien se dictó una medida cautelar pueden interponer el recurso de apelación, con el efecto de que se mantiene siempre la resolución dictada por el juez y sin que el mismo pueda agregar nada ni rever lo resuelto.

En cambio, en el esquema procesal que venimos a proponer, el juez que despachó la medida “inaudita pars” puede (y debe) revisar lo resuelto primariamente, luego de escuchar al afectado, con lo cual, recién esta resolución cautelar ulterior, dictada con todos los elementos de juicio disponibles, será susceptible de apelación por las partes.

La ventaja que ofrece esta alternativa no puede ser soslayada: aquí el riesgo de fraude y de error se reduce considerablemente, porque el mismo juez puede corregirlo sin que la medida pierda su efectividad. Debe quedar bien en claro que la primera resolución tomada por el juez, no confiere ningún derecho a las partes y puede ser dejada sin efecto y modificada totalmente, a criterio del juez. Por eso, no se concede ningún recurso contra ella.

Consecuentemente, el juez puede dictar una medida totalmente distinta, reducirla o ampliarla; y modificar, ampliar o reducir la contracautela, según el caso. Las partes no podrán agraviarse de por el hecho de la modificación de la medida inicialmente dictada, con el criterio de que ella sólo responde a la urgencia, y no a la meditación y a la racionalidad que debe preceder a toda resolución judicial.

Lo que se pretende es que las resoluciones judiciales sean lo más justas posibles, y cuando se trata de medidas cautelares, que puedan conciliarse los intereses del actor (de que la sentencia que pueda dictarse no sea ilusoria) y los del demandado (de que el dictado de la medida cautelar no le provoque daños innecesarios y no decida de antemano, por la fuerza, la suerte del juicio principal).

El recurso de apelación podrá ser interpuesto tanto por el actor como el demandado. Si la resolución deniega la medida cautelar o concede una medida inferior a la solicitada, el actor puede apelarla, con el efecto de que si se dictó alguna medida, se la debe cumplir sin más trámite. A su vez, el demandado también puede apelar la resolución “definitiva” que fija la medida cautelar, pero en ambos casos la apelación se concede sólo en relación a la última resolución dictada, y sin efecto suspensivo (es decir, la medida igualmente se ejecuta en la forma dispuesta por el juez en segundo término).

Consecuentemente, lo que se mantiene en vigor es la segunda resolución del juez, tomada con todos los elementos de convicción disponibles; y no una decisión a veces apresurada y forzada por la urgencia, que las más de las veces incurre en el vicio de producir graves daños al afectado sin que este pueda contradecir lo resuelto ni el juez reparar o arreglar a derecho su resolución. Por ende, en este sistema sí se justifica que el recurso no suspenda la ejecución de la resolución de revisión tomada

por el propio juez, dado que al haber éste tenido la oportunidad de analizar la posición y los argumentos del demandado, se disminuye efectivamente el riesgo de que la medida dictada sea perjudicial o vejatoria, o no sea lo suficientemente estricto en la imposición de la contracautela, con lo que los agravios que puede sufrir el cautelado se reducen sustancialmente.

Como ejemplo valdría el siguiente:

Si el actor obtuviera una medida cautelar con una contracautela insuficiente, en la segunda resolución el juez puede exigirle una mayor contracautela. Con el sistema vigente, al actor le basta apelar esta resolución (que le impone una mayor contracautela) para evadirse del cumplimiento de lo resuelto, dado que la apelación se otorga con efecto suspensivo. Por el contrario, con este nuevo esquema que propugnamos, los derechos del afectado serían genuinamente respetados, puesto que la resolución definitiva del juez que ordenara al beneficiario satisfacer una mayor contracautela sería apelable al solo efecto devolutivo, con lo cual el actor tendría que cumplir con lo resuelto por el juez (mejorar la contracautela) dentro del plazo señalado, bajo apercibimiento de ordenarse el levantamiento inmediato de la medida. Como todas las apelaciones de la resolución definitiva adoptada por el juez se conceden sin efecto suspensivo, se reduce considerablemente la posibilidad de violación de los derechos de las partes producto del error judicial.

En contrapartida, si la medida que el juez dictó no es suficiente para garantizar los derechos del actor, el juez puede decretar una medida más gravosa que la inicial, con los mismos efectos explicados en el párrafo anterior: el beneficiario no tendría que apelar la medida inicialmente dictada y reputada insuficiente para obtener una tutela realmente efectiva, dado que el mismo juez podría comprobar este extremo. Aún así, el solicitante tiene a su disposición el recurso de apelación.

Finalmente, con el sistema que proponemos se lograría otra ventaja: se reduciría sustancialmente el número de apelaciones de medidas cautelares, que representan una gran carga de trabajo para los Tribunales de Apelación, cuya labor debería centrarse a la revisión de sentencias definitivas y no perderse en la resolución de incidentes (cuya apelación, en lo posible, debería ser diferida y tramitarse conjuntamente con la apelación de la sentencia definitiva).

3.2. REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA LA MEDIDA CAUTELAR.

¿Qué ocurriría si la medida solicitada por el actor es denegada o sólo parcialmente concedida?

En este caso, partiremos de la premisa de que el juez debe fundar los motivos del rechazo de la medida solicitada, ya total, ya parcial, a fin de que el solicitante pueda conocer con qué recaudos debe cumplir para lograr un despacho favorable.

En la normativa procesal vigente, el problema que se presenta radica en el hecho de que el interesado no dispone de otra vía para subsanar la falta de algún recaudo al momento de solicitar la medida, que el recurso de apelación. Y esto ocurre porque los jueces normalmente se limitan a conceder o denegar el pedido de despacho de las providencias cautelares, pero sin fundamentar su decisión.

Creemos que existe una solución mejor para este supuesto. En primer lugar, la decisión del juez –como se ha dicho antes– debe ser fundada, por lo que en caso de que a su criterio no esté debidamente justificado alguno de los requisitos, deberá expresar esto en la resolución, con lo cual el solicitante podrá conocer el motivo del rechazo.

Partiendo de esta base –el conocimiento por parte del solicitante del motivo de rechazo o disminución de la cautela solicitada–, si se tratara de una cuestión subsanable, el solicitante podría requerir que se vuelva a analizar el pedido, dentro de cierto plazo, justificando en el acto los extremos que de acuerdo a la resolución judicial se encontraban pendientes, toda vez que se trate de cuestiones subsanables, como por ejemplo la presentación de un documento, o la aclaración de algún hecho alegado al solicitar la medida en relación al peligro en la demora, la individualización de un bien que deba ser afectado a la contracautela, etcétera.

Cumplidos los requisitos exigidos por el juez, se podrá despachar la medida cautelar y luego de trabada la misma, correr traslado al demandado.

Con la implementación de este sistema se lograría de manera efectiva la vigencia del principio de provisionalidad de las medidas cautelares, en el sentido de que éstas no hacen cosa juzgada y que pueden ser solicitadas las veces que sea necesario su otorgamiento (toda vez que estén justificados sus presupuestos).

En definitiva, si el solicitante no está conforme con la resolución dictada, puede, antes de proceder a la ejecución de la medida (si el rechazo fuera parcial), solicitar por vía de incidente la revisión o mejora de la medida dispuesta, satisfaciendo los recaudos exigidos por el magistrado. Ahora bien: si en esta segunda oportunidad el juez tampoco le concede lo peticionado, deberá interponer el recurso de apelación, el cual sería tramitado unilateralmente (sin citación del demandado). La explicación de este procedimiento es obvia: la medida cautelar debe ser despachada sin conocimiento de la parte afectada, sin perjuicio de que una vez ejecutada, se posibilite a éste a objetar los alcances y la procedencia de la medida. Pero si no se ejecutó medida alguna, el solicitante puede, antes de la ejecución, solicitar la mejora de ella, o bien, subsanar aquellos obstáculos procesales que impidan su otorgamiento.

Pero en el caso de que el juez considere la medida como improcedente, y el vicio no sea susceptible de ser reparado o subsanado mediante el pedido de revisión por parte del interesado, deberá interponer el recurso de apelación para obtener la revocación de lo resuelto.

3.3. LA MEJORA DE LA CONTRACAUTELA SIN NECESIDAD DE INCIDENTE.

Como hemos visto, en el sistema proponemos el juez debe determinar la contracautela, fijarla prudencialmente, al momento de dictar la medida cautelar provisoria; pero luego, una vez cumplido el traslado al afectado y según las circunstancias del caso, debe confirmar la contracautela –en caso de considerarla suficiente- o bien disponer que el beneficiado aumente o mejore la contracautela.

Con este expediente, ya no se requerirá el largo y engorroso trámite del incidente de mejora de contracautela por parte del afectado, puesto que considerándose la resolución ulterior como la única resolución válida, si el juez hubiera dispuesto la mejora de la contracautela y fijado un plazo para hacerla efectiva, el actor no podrá apelar esta resolución. Es decir: si no satisface el requerimiento del juez dentro del plazo señalado, se podrá disponer automáticamente el levantamiento de la medida. No obstante, para asegurar la contradicción y el derecho a la defensa del solicitante, éste podrá –luego de cumplir la mejora de contracautela impuesta- apelar la resolución y solicitar la revisión de lo resuelto, de tal manera a lograr en la instancia de apelación la disminución de la garantía otorgada.

Con la aplicación de este procedimiento se asegura que ambas partes estén protegidas en sus derechos e intereses, y a la vez, los jueces excesivamente cautos

y prudentes para conceder medidas cautelares, pierdan el miedo a hacerlo, amparados en que posteriormente podrán revisar ellos mismos lo resuelto y asegurarse de que ninguna de las partes resulte damnificada con su resolución, que al final de cuentas es lo que conduce a la mayor justicia de los fallos.

3.4. TRÁMITE DE LOS INCIDENTES DE MODIFICACIÓN PROMOVIDOS LUEGO DE ADQUIRIR FIRMEZA LA RESOLUCIÓN CAUTELAR. RECURSOS.

Sin perjuicio del derecho de las partes de interponer el recurso de apelación (directamente) contra la providencia cautelar dictada por el juez, una vez que ella ha adquirido carácter estable (ya sea por no haberse deducido recurso, ya por haberse resuelto el mismo si fuera interpuesto), si variaran las condiciones fácticas o jurídicas que motivaron el dictado de la medida dictada, y habida cuenta del carácter de flexibilidad de las medidas cautelares, las partes podrían solicitar la modificación ulterior a través de un incidente.

Esto vendría a paliar la situación actual, en que constituye una práctica vigente el hecho de que los jueces, una vez que quedó firme la providencia que decreta una medida cautelar, se muestran por lo general reacios a la modificación o variación de lo resuelto, aunque las condiciones en que la medida fue despachada hubieran variado.

La tramitación del incidente debería ajustarse a las reglas generales contenidas en los Arts. 180 y siguientes del Código Procesal Civil: el interesado debe acompañar y ofrecer con el escrito de incidente todas las pruebas que pretendiera producir; se debe correr traslado del incidente a la adversa para que lo conteste y a su vez ofrezca sus pruebas; y luego de producidas las pruebas o en su defecto sin más trámite, el juez resolverá sobre la cuestión incidental.

Para dotar de una rápida respuesta jurisdiccional a las necesidades de las partes y para evitar la producción de daños a las mismas o a terceros, consideramos que la apelación debe concederse sin efecto suspensivo, ya que si el juez determina que corresponde la modificación a raíz de la variación de la situación que motivó el despacho de la medida, y en la inteligencia de que para resolver el incidente cuenta con todos los elementos de juicio existentes, no vemos por qué no deba ejecutarse inmediatamente lo resuelto.

Y esto debe ser así porque se supone que la modificación de la medida cautelar y su adecuación a la situación actual corresponde a una necesidad urgente del gravado con la cautela, que puede correr serio peligro de sufrir un perjuicio; por lo que si se retaceara la efectividad de lo resuelto mediante la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, se dejaría en manos del apelante la posibilidad de ejercer una presión indebida contra su adversario, lo que supondría la ruptura del equilibrio de fuerzas en el debate y eventualmente, comportaría una violación directa del principio de moralidad procesal.

Conclusión

El estudio que hemos realizado demuestra que la regulación actual de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil de la República del Paraguay adolece de serias deficiencias en cuanto se opone, cuando son llevadas a la práctica, a los preceptos constitucionales que amparan los derechos procesales de las partes y la protección de la defensa en juicio.

Hemos visto que la ley deja una amplia brecha abierta a la discrecionalidad del juez en cuanto a la apreciación de la verosimilitud del derecho y la fijación de la contracautela, capaz de producir graves perjuicios a los afectados por la medida cautelar impuesta, tanto en cuanto a sus bienes como a la posibilidad de ejercicio de su derecho a la defensa.

El esquema actual de las medidas cautelares riñe, además, con la lógica del conocimiento judicial, el cual se obtiene, invariablemente, por el método de conjeturas y refutaciones, de ensayo y error, con el efecto de que la decisión judicial proviene de la exposición de las hipótesis (o conjeturas) propuestas por el actor a la crítica (o refutación) del demandado.

La verdad que se extrae del proceso ostenta siempre un carácter hipotético, y se halla condicionada por (i) el irreductible margen de falibilidad del saber humano; (ii) el hecho de que el juicio se realiza *ex post facto* (lo que implica que el juez debe efectuar una reconstrucción histórica de los hechos); (iii) por las afirmaciones expuestas por las partes dentro del proceso, estando vedada la investigación de hechos o aserciones que no forman parte de la litis; (iv) por las garantías procesales básicas (que se trasunta en la imposibilidad de oponer pruebas ilícitas, violar el secreto profesional y confesional, etc.); (v) por los presupuestos formales impuestos desde la norma sustantiva cuya actuación se invoca en el proceso (en los casos en que la ley impide investigar hechos, o requiere ciertos actos o determinadas pruebas para conferir un derecho); (vi) por los límites formales previstos por la ley procesal (plazos, formas y modalidades para el ofrecimiento y diligenciamiento de la actividad probatoria); (vii) porque en muchos casos el derecho prescinde de la investigación de la verdad para el logro de otros fines (en el caso de la prescripción, de la caducidad de la instancia, del allanamiento, del desistimiento, de la transacción procesal; la presunción de veracidad de la cosa juzgada; entre otros); y (viii) porque siendo el interés la medida de la acción, son los ciudadanos los interesados en cumplir los actos necesarios para adquirir, conservar y reclamar con éxito sus derechos, no pudiendo esta carga ser suplida por la actividad judicial.

Pero a pesar de estas limitaciones, siempre que no se violen los derechos y garantías de los justiciables, y específicamente en el campo de las medidas cautelares,

deben los jueces buscar la eliminación del error y obrar con el mayor conocimiento de la causa posible.

El hecho de que las medidas cautelares puedan ser dictadas sin audiencia de parte y sólo en consideración del mérito de las afirmaciones o proposiciones realizadas por el solicitante, es causa frecuente de error judicial y la consabida violación de los derechos del afectado. Al mismo tiempo, tal esquema supone un permanente obstáculo para el ejercicio correcto de la función judicial, en cuanto alienta la formación de un juicio por intuición (subjetivo) y no cognoscitivo (objetivo), de por sí arbitrario e injusto, porque descansa en un exceso de confianza en la función jurisdiccional, no sometida a controles legales.

Si bien las máximas de la experiencia constituyen valiosa guía para la labor del juez, el sistema jurídico no puede basarse casi exclusivamente en la intuición o la perspicacia del juez para producir soluciones justas y efectivas con miras a la resolución de los conflictos de intereses.

A ello se le debe sumar que la ley no ofrece un sistema de revocación cautelar flexible y expeditivo, por lo que el litigante que ha obtenido una medida cautelar dispone de recursos procesales para evitar la modificación de la medida obtenida y mantener una posición de supremacía con respecto a su adversario, lo que viene a alterar la posición de igualdad que las partes deben ostentar en el proceso.

Por otra parte, también el solicitante puede resultar perjudicado, dado que el juez, guiado por la simple intuición, puede a veces desconfiar de los argumentos del solicitante y rechazar en consecuencia una medida cautelar que hubiera resultado necesaria para proteger los derechos del peticionante.

Para que las medidas cautelares se conviertan realmente en un instrumento de la justicia y no en un arma de doble filo para los litigantes, se debe implementar un sistema que permita, de manera efectiva, la conciliación de los derechos del actor (quien desea el despacho de una medida que le garantice que la sentencia que recaerá al final del proceso no será ilusoria) y los del demandado (a quien se le debe evitar la imposición de medidas vejatorias, injustas o innecesarias para el fin propuesto y que no supongan una derrota anticipada en el juicio).

Al efecto, pregonamos una nueva regulación de las medidas cautelares, basada en los siguientes puntos:

- i) El despacho de la medida cautelar, de manera provisoria, por parte del juez requerido, mediante resolución fundada en cuanto a los requisitos exigidos

por la ley; o su denegatoria, total o parcial, también por resolución fundada y con indicación precisa de los recaudos que el solicitante debe satisfacer en cuanto a los presupuestos de otorgamiento;

- ii) La posibilidad del solicitante de subsanar los defectos que impidieran el despacho favorable de la medida, y la revisión de los mismos por parte del juez;
- iii) El traslado de la medida dictada al afectado, para que éste se pronuncie sobre ella y exponga sus derechos (expresando sus objeciones contra la procedencia misma de la medida, o bien solicitando la sustitución o modificación de aquella, o la mejora de la contracautela ofrecida);
- iv) El dictado de una providencia cautelar definitiva, por parte del mismo juez, a fin de que disponga la confirmación o modificación de la medida antes dictada y la fijación definitiva de la contracautela que debe ser satisfecha o la declaración de suficiencia de la que ya fuera otorgada, en su caso;
- v) El cumplimiento inmediato de lo resuelto por parte del juez; y,
- vi) La concesión, sin efecto suspensivo, de los recursos que las partes pudieran interponer.

Sostenemos, igualmente, que toda resolución judicial que sea dictada sin audiencia de parte y que tenga efecto directo sobre las pretensiones que deben ser debatidas en un proceso judicial, solo puede tener efectos cautelares y no definitivos. En lo que a la defensa en juicio se refiere, la oportunidad hace a la esencia misma de la garantía: diferir el ejercicio del derecho a la defensa para un momento posterior a la sentencia, equivale a suprimirlo. La sentencia debe ser fruto de un proceso llevado a cabo con el control y la participación de las partes (“post-juicio”, en lugar de “pre-juicio”), por lo que resulta lógica y jurídicamente inconcebible que una sentencia definitiva pueda ser dictada sin audiencia previa de la parte afectada o sobre la base de un razonamiento meramente apriorístico.

Las medidas cautelares deben ser adecuadas a los principios constitucionales que rigen el proceso civil, la epistemología y la lógica del conocimiento judicial. De lo contrario, seguiremos prefiriendo la intuición por sobre el conocimiento, el privilegio antes que la igualdad, la arbitrariedad antes que el derecho, la opresión en detrimento de la libertad. Un régimen jurídico que se precie de ser justo y razonable no puede presentar jamás tal inconsistencia, y menos aun en tiempos en que los ciudadanos (los justiciables) reclaman seguridad jurídica e igualdad real ante la ley, como condición necesaria de la convivencia pacífica dentro de un Estado Democrático de Derecho.



Bibliografía

- ACOSTA, José V.; *El proceso de revocación cautelar*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, s/a.
- ALSINA, Hugo; *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª. Ed., Buenos Aires, EDIAR, 1963.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Introducción al estudio del Derecho Procesal - Primera Parte*, Reimpresión, Santa Fé, Rubinzal - Culzoni, 1997.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Introducción al estudio del Derecho Procesal - Segunda Parte*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 1998.
- ARAZI, Roland (Director); BALAGUER, César; BETCHKDJIAN, Sergio; DANIELE, Gustavo; KOZACZYSZYN, Alejandro; MARRÉ, Silvia; MARTORELLO, Beatriz, MEDINA, Sonia; PRATO, Osvaldo; RODRÍGUEZ PRADA, Laura; ROMERO, Analía; VERDAGUER, Alejandro; *Medidas Cautelares*, 2ª. Ed., Buenos Aires, Astrea, 1999.
- BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. Mónica Utrilla de Neira, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BUNGE, Mario; *Las ciencias sociales en discusión*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999.
- BUNGE, Mario; *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997.
- CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, 2ª. Ed., trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1986.
- CALAMANDREI, Piero; *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1986.
- CALAMANDREI, Piero; *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Marino Arraya, Buenos Aires, El Foro, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1944.
- CASCO PAGANO, Hernán; *Código Procesal Civil comentado y concordado*, 3ª. Ed., Asunción, LA LEY PARAGUAYA S.A., 1997.

- CHIOVENDA, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México (D.F.), 1995.
- COPI, Irving M; *Introducción a la lógica*, 4ª. Ed., trad. Néstor Alberto Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3ª. Ed., Buenos Aires, Depalma, 1979.
- COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. Ed., 18ª. Reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- COUTURE, Eduardo J.; *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- CUADRAO, Jesús; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997,
- FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª. Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2000.
- FOUCAULT, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, 6ª reimp., Barcelona, Gedisa, 1999.
- GAYO, *Institutas*; trad. Alfredo Di Pietro, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- KIELMANOVICH, Jorge; *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- LARENZ, Karl; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- MARTÍNEZ BOTOS, Raúl; *Medidas Cautelares*, 2ª. Ed., Buenos Aires, Universidad, 1994.
- NOVELLINO, Norberto José; *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

- PALACIO, Lino E.; *Derecho Procesal Civil*, 2ª. Ed., 3ª. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1986.
- PALACIO, Lino E.; *Manual de Derecho Procesal Civil*, 10ª. Ed., Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1993.
- PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.
- PETIT, Eugene; *Tratado elemental de Derecho Romano*.
- PEYRANO, Jorge W.; *El proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- PEYRANO, Jorge W.; *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- PEYRANO, Jorge W. (Director) y otros; *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 1999.
- PODETTI, Ramiro J.; *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, EDIAR, 1956.
- POPPER, Karl R.; *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 2ª. Reimpresión, trad. Néstor Míguez y Rafael Grasa, Barcelona, Paidós, 1989.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín (h), *Las medidas autosatisfactivas son medidas cautelares. Su autonomía es inconstitucional*, Revista de Derecho Procesal de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, No. 2, Córdoba, 2001.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, 2002.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Astrea, Bs. As., 1992.
- SCHULZ, Fritz; *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960.