

# Las medidas cautelares como mecanismo de protección de derechos

Por P. Sebastián Villa<sup>∴</sup>

**SUMARIO:** 1.- Fundamentos de la tutela cautelar; 2.- Caracteres de las medidas cautelares; 3.- Requisitos de las medidas cautelares; 4.- ¿Quién, contra quién y sobre qué se traban las medidas cautelares?; 5.- Horizonte actual de la protección cautelar; 6.- El rol del juez y las medidas cautelares en el proceso del siglo XXI. La tutela cautelar preventiva.

## 1.- Fundamentos de la tutela cautelar

En el siglo XIX se justificaba la necesidad de las medidas cautelares – esencialmente del embargo- ante la eventualidad del incumplimiento de las sentencias judiciales, y dentro del ámbito de los procesos de ejecución en general. Es decir, se trataba de un instrumento procesal para el logro del cumplimiento forzado.

Aunque limitado el embargo, en aquel momento también se encontraba legislada en el derecho germano una herramienta útil para mitigar el riesgo que puede entrañar el transcurso del tiempo sobre el objeto del proceso, como lo es el embargo preventivo.

En efecto, el riesgo de peligro en la demora (*periculum in mora*) ha sido reconocido ampliamente por la doctrina como una de las razones fundamentales que justifican la existencia de las medidas precautorias. Ahora bien, cuando un conflicto entra en el campo del proceso judicial a fin de lograr el restablecimiento de la paz, la demora en sí es ineludible por cuanto el proceso no brinda –ni podría hacerlo- soluciones instantáneas, y la sola demora o el lapso de tiempo lógico que requiere el trámite del proceso no necesariamente conlleva la necesidad de tutela cautelar. En otras

---

<sup>∴</sup> Abogado (U.N.L.P.), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (U.N.A.), docente de la Cátedra 2 de Derecho Procesal II Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y de la Especialización en Derecho Procesal Profundizado (U.N.A.), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (A.A.D.P.) y Delegado por la Provincia de Buenos Aires de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la AADP.

palabras, lo que se teme, lo que se pretende evitar, es que a raíz de la demora se derive en la frustración del derecho tutelable.

Ahora bien, el derecho procesal no solo estructura las medidas precautorias en interés de las partes, sino en el interés público por cuanto una vez que el conflicto queda en manos del estado, éste no puede desentenderse de la calidad de respuesta que ofrece el sistema de justicia, y de modo alguno puede permitir que el derecho reconocido en la resolución judicial se torne luego ilusorio por la conducta evasiva del perdidoso<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva, se observan dos aristas: en primer lugar, el estado ofrece mecanismos cautelares para evitar que llegado el momento del dictado de la sentencia el cumplimiento se torne imposible y, en segundo término, habilita la ejecución forzada cuando no se verifica el cumplimiento voluntario. Dado que el estado ejerce el monopolio de la fuerza, es necesario este tipo de tutela del derecho material reclamado para afianzar la legitimidad del sistema judicial.

En tanto, y alejando por un instante nuestra mirada de la finalidad de aseguramiento que venimos describiendo, también es posible afirmar que las medidas cautelares intentan evitar la *autotutela*<sup>2</sup> conservando o innovando en la situación fáctica o jurídica existente al momento de editarse el conflicto. A menudo el proceso debe ofrecer una solución eficaz aunque provisoria, a fin de que las partes no se vean tentadas de hacer justicia por propia mano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> "En lo concerniente a las medidas cautelares, tanto o más que al interés privado del solicitante, interesa al orden público que la justicia no fracase, motivo por el cual se sostiene que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas; y la contrapartida de tal posición está dada por la exigencia de una contracautela suficiente restableciéndose de tal manera el principio de igualdad de las partes en el proceso." CC0101 MP 82540 RSI-48-92 I 25-2-1992

<sup>2</sup> Sobre el punto, ver CAMPS, Carlos Enrique... (et al.), Tratado de las Medidas Cautelares, dirigido por Carlos Enrique CAMPS; 1º edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, tomo I, capítulo III, pág. 214 y ss.

<sup>3</sup> "El Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, y por tanto, no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, de allí entonces que coloca en manos de los jueces y los litigantes los elementos procesales para evitar los efectos nefastos del transcurso del tiempo en el derecho de las partes, para lo cual instituye las llamadas medidas precautorias o cautelares, tales como el embargo, con el fin de preservar la eventual ejecución futura del deudor, limitando las facultades de disponibilidad o goce de los bienes." CC0102 MP 102864 RSI-944-97 I 7-8-1997

Por otra parte, modernamente se acepta que no solo merece tutela el derecho efectivamente violado, sino que pueden tener lugar las acciones preventivas<sup>4</sup> tendientes a evitar la afectación del derecho o la causación de un daño. En ese ámbito operan plenamente las medidas cautelares en su faz preventiva. Ante determinadas situaciones que revisten serio peligro para las personas y los bienes, desde hace unos años el sistema judicial viene asumiendo una función jurisdiccional preventiva tendiente a evitar una ulterior reparación en dinero luego de la causación efectiva de un daño sobre un bien jurídicamente tutelable.

Por último, el horizonte cautelar se ha expandido en los últimos años y ha llegado a la satisfacción del derecho del reclamante antes de la oportunidad procesal específica, constituida por la sentencia de mérito a dictarse. Desde ya que se trata de supuestos excepcionales en los que la urgencia en la protección o reparación y la verosimilitud del derecho invocados deben ser más fuertes que en el caso de las medidas cautelares clásicas.

En resumen, de acuerdo al desarrollo que hemos efectuado se pueden identificar diversos fundamentos o razones justificantes de la tutela cautelar, a saber:

- a) Garantizar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia favorable
- b) Evitar la autotutela
- c) Prevenir la causación de un daño inminente
- d) Satisfacer necesidades urgentes

Ahora bien, lo cierto es que todos estos fundamentos que se han desarrollado brevemente no impiden destacar que existe un fundamento último de las medidas cautelares, que de algún modo sintetiza las anteriores, que es justamente la necesaria protección de derechos antes, durante y después del trámite del proceso principal.

## **2.- Caracteres de las medidas cautelares**

Describir las medidas cautelares a partir de sus rasgos característicos constituye una buena medida para acercarnos a nuestro objeto de estudio.

---

<sup>4</sup> PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Buenos Aires 2004, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, *passim*.

Tradicionalmente se mencionan los siguientes caracteres:

- a) Instrumentalidad
- b) Accesoriedad
- c) Mutabilidad
- d) Sumariedad
- e) Provisionalidad
- f) De ejecución inmediata
- g) Se dictan inaudita parte
- h) Complementables
- i) Se dan en un contexto de urgencia

a) Instrumentalidad: las medidas cautelares son un instrumento para un fin, y su razón de ser radica en la necesidad de protección de un derecho que está siendo –o va a ser- objeto de debate en el proceso principal.

Tratan de proteger el resultado final del proceso y a ello se refiere claramente el art. 63 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (en adelante CPCCBA) cuando dice "...para asegurar el objeto del juicio".

Es cierto que, como veremos más adelante, existen casos excepcionales en los que las medidas cautelares se alejan de la instrumentalidad mencionada en función de la urgencia y de la entidad de los derechos en juego, como sucede por ejemplo con las medidas autosatisfactivas. Esto ha llevado a parte de la doctrina a considerar que si bien integran la categoría de los procesos urgentes, exceden lo cautelar.

b) Accesoriedad: el proceso cautelar es accesorio respecto del denominado proceso principal, ya sea éste de conocimiento o de ejecución. Al carecer de autonomía funcional, la suerte de la medida cautelar depende del resultado del proceso al que accede<sup>5</sup>. Una vez dictada la sentencia de mérito se extinguen los efectos de la precautoria, debido a que cesa su razón de ser.

---

<sup>5</sup> "dado que el proceso cautelar carece de autonomía funcional –por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra vinculado por un nexo de instrumentalidad- la pretensión cautelarmente deducida –prohibición de innovar- no guarda relación de equivalencia con la pretensión principal –acción meramente declarativa-, y a Fortiori, menos aún podría intentarse obtener a través de aquella

Cuando las cautelares son ordenadas en forma previa al proceso ostentan una accesoriadad en expectativa, dado que se mantendrán en una existencia condicionada hasta tanto se deduzca la demanda –tornándose ahora sí accesorias del proceso principal ya en trámite- y, en caso de no hacerlo se producirá la caducidad de la medida.

c) Mutabilidad: en función del cambio de circunstancias sobreviniente<sup>6</sup>, es posible ampliar o reducir la cautela otorgada, e incluso es viable solicitar la sustitución de un tipo de medida cautelar por otra<sup>7</sup>.

Esta mutabilidad o fungibilidad es admitida por dos motivos: en primer lugar porque la tutela cautelar debe ofrecer suficiente capacidad de adaptación como para proteger adecuadamente el derecho material comprometido, y en segundo término porque, so pretexto de custodiar el derecho del actor, no se puede admitir la causación de perjuicios innecesarios al afectado por la medida<sup>8</sup>.

Tanto la ampliación, como la reducción y la sustitución, e incluso la revocación y posterior levantamiento de las medidas cautelares pueden ser dispuestos a pedido del requirente de la medida, del afectado y aún de oficio por el mismo juez.

---

resultados o efectos que, por la naturaleza de la acción principal, no se alcanzarían con la admisión de esta última". Corte Sup. De Justicia de Tucumán, 09/01/1998, "Provincia de Tucumán v. Compañía de Aguas del Aconquija SA", LL 1999-419.; "Las medidas cautelares carecen de autonomía y son solo el presupuesto de las sentencias definitivas que se adoptan en el pronunciamiento que pone fin al pleito." SCBA, C 105000 S 8-7-2009

<sup>6</sup> "En el paradigma actual del servicio de justicia, que coadyuva a la realización de los valores sociales, no resulta razonable dejar de lado los hechos sobrevinientes producidos durante la sustanciación del proceso, máxime si se reparara en el carácter instrumental y flexible de las medidas cautelares, pues por consideraciones de economía procesal es posible hacer mérito en la sentencia de las circunstancias producidas durante el trámite de la causa que se hallan debidamente probadas, desde que es principio incontrovertido que "el tiempo invertido en la tramitación del proceso no puede traducirse en un perjuicio para el actor". SCBA, C 104397 S 11-5-2011

<sup>7</sup> ARTICULO 203 CPCBA: Modificación. El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere.

La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de 5 días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

<sup>8</sup> KIPER, Claudio M., Medidas Cautelares, 1 ed. Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 41.

Esta facultad de el juez no afecta el principio de congruencia porque, en definitiva, lo peticionado fue la cautela del derecho que se alega como en riesgo y, por lo tanto, no tiene mayor incidencia el *nomen juris*, ni la amplitud de la medida, sino la protección cautelar en sí.

Ahora bien, señala Palacio<sup>9</sup> que el juez no podrá ejercer la facultad antes señalada cuando la medida "ya ha sido cumplida y notificada, en cuyo caso está a cargo del afectado requerir la sustitución o limitación".

d) Sumariedad: el nivel de cognición que admite el proceso cautelar es superficial. Lo que se discute es la verosimilitud del derecho invocado, mas no se persigue la certeza.

e) Provisionalidad: las medidas cautelares mantienen su vigencia en tanto perduren las condiciones que dieron lugar a la resolución cautelar.

Asimismo, en caso de haberse denegado la cautela solicitada, nada impide su replanteo siempre y cuando se invoquen situaciones de hecho o de derecho distintas a las consideradas anteriormente<sup>10</sup>.

f) De ejecución inmediata: atento el peligro en la demora que hace procedente el dictado de medidas cautelares, éstas pueden ser ejecutadas de forma inmediata.

En caso que la parte afectada por la medida considere que le causa agravio, el recurso que interpusiere se concederá con efecto devolutivo tal como lo establece el art. 198 CPCCBA.

g) Se dictan inaudita parte: la pretensión cautelar es resuelta sin previo traslado a la contraria. Es una de las características típicas de las medidas cautelares de aseguramiento.

---

<sup>9</sup> PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, 2da. Edición actualizada por Carlos Enrique Camps, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, pág. 40.

<sup>10</sup> DE LAZZARI, Eduardo N., Medidas Cautelares, Tomo I, 2da. Ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1995. págs. 8 y 9.

No hay violación de la bilateralización o del derecho de defensa en juicio, sino que el principio de contradicción se difiere en el tiempo hasta la oportunidad en que se ejecuta la medida y el requirente debe notificarla al afectado.

Se evita el traslado previo porque si la parte contraria tomara conocimiento –y tuviera la posibilidad de controvertir- de la pretensión cautelar incoada, se correría el riesgo de que la cautela resulte ineficaz.

A menudo se relaciona esta circunstancia con la posibilidad de que la parte contraria haga desaparecer el bien que se pretende proteger, o el patrimonio en todo o en parte como prenda común de los acreedores. Sin embargo, el dictado de medidas cautelares "*in audita et altera pars*" tiende a evitar la frustración del derecho que se pretende proteger, porque si existe peligro en la demora, no resultaría admisible el retardo que produce la bilateralización del pedido, aún cuando la parte afectada por la medida no aprovechara el tiempo extra que obtiene para incrementar las chances de frustración del objetivo de la medida.

No obstante, a fin de mantener la igualdad de las partes, el principio de contradicción y evitar el abuso en el pedido y decreto de estas medidas, se ha producido una importante reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (L.E.C.) del año 2000 que, en su art. 733, dispone ahora que la regla es la audiencia previa del futuro afectado. En cambio, la excepción que habilitaría su dictado *in audita parte* sería "que el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar". La decisión del juez en este sentido, habrá de ser debidamente fundada.

h) Complementables: puede ocurrir que la anotación de una sola medida cautelar no logre la protección que se requiere y, en ese caso, es posible cautelar en forma integral a partir de la actuación concomitante de diferentes medidas.

Esta complementariedad de las medidas cautelares se ve a menudo entre el embargo y la inhibición general de bienes, cuando los que fueron embargados resultaran insuficientes para cubrir el crédito reclamado<sup>11</sup>. No obstante, es del caso

---

<sup>11</sup> "La inhibición no está colocada antes, ni corre en una misma línea con el embargo, siendo, por lo contrario un segundo escalón precautorio que requiere la existencia de un embargo intentado." CC0100 SN 910607 RSI-672-91 I 29-10-1991

señalar que las cautelares también se complementan en otros casos, como por ejemplo: embargo-intervención judicial; embargo-anotación de litis; embargo-secuestro; etc.

i) Se dan en un contexto de urgencia: las medidas cautelares son una especie del género "procesos urgentes" por lo que, como ha señalado Peyrano, todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar<sup>12</sup>.

Una manifestación de ese contexto de urgencia en el que se dictan las medidas cautelares lo constituye el *periculum in mora* exigido para su concesión. Lo mismo podría decirse respecto de la posibilidad de obtener el dictado de la medida cautelar en forma previa a la interposición de la demanda, o de que su cumplimiento no puede ser suspendido por la promoción de incidentes o recursos (art. 198 CPCCEBA), o de la obligación de remisión "inmediata" del expediente por parte del juez incompetente que la hubiere dictado (art. 196 CPCCEBA), entre otros ejemplos.

### **3.- Requisitos de las medidas cautelares**

Habitualmente se mencionan en la doctrina procesal tres presupuestos o requisitos de las medidas cautelares, a saber: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

No obstante, creemos que es más adecuado hacer una diferenciación entre estos tres presupuestos, por cuanto los dos primeros deberían ser considerados requisitos de procedencia de la medida, mientras que el tercero sería un requisito para la ejecución o materialización<sup>13</sup> de la misma. En otras palabras, el juez no podría conceder la medida peticionada si no verifica razonablemente la existencia de una verosimilitud del derecho alegado y un peligro en la demora. Luego, una vez decretada la medida, para poder hacerla efectiva, deberá el interesado cumplir con la clase de contracautela que le fuera impuesta.

---

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge W., "Medidas Autosatisfactivas", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, página 19

<sup>13</sup> DE LAZZARI, Eduardo N., ob. cit., pág. 34



a) Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*)

El enunciado es bastante claro en el sentido de que, para el dictado de una medida cautelar, el juez no necesita el grado de certeza que obtiene al dictar sentencia, sino tan solo que el derecho que se invoca exhiba una apariencia de realidad.

El grado de conocimiento que permite o requiere el proceso cautelar es superficial, en comparación con la profundidad del proceso ordinario, el típico proceso de conocimiento, pero ello no quiere decir que sea inexistente, sino limitado a verificar el grado de probabilidad que aconseja el dictado de la medida. El plazo es exiguo y, por tanto, el análisis es limitado a las constancias obrantes en la causa, ya sea en forma previa o a partir de la documental que se acompaña al momento de la petición.

Señala Kiper<sup>14</sup> que, cuando la ley no lo exige, no es necesario invocar la verosimilitud del derecho. Es lo que sucede, por ejemplo, respecto del artículo 232 del CPCCBA y el artículo 3158 del Código Civil.

En cambio, en algunos supuestos el legislador exime al requirente de invocar y probar la verosimilitud del derecho que invoca a partir de la actitud que adopta la parte contraria. Es lo que sucede en caso de decretarse la rebeldía (art. 63 CPCCBA), cuando existe confesión expresa o ficta, o en caso de incontestación de la demanda, en los términos del art. 212 inc. 2 del CPCC.

Por su parte, cuando se intente una cautelar contra los efectos del acto administrativo deviene indispensable el requisito de la verosimilitud del derecho, dada la presunción de legitimidad de que goza el acto de la administración.

Concluyendo, es de destacar que el grado de certeza que demuestre el derecho invocado está en una relación inversamente proporcional a la contracautela que se exigirá para la materialización de la cautela (art. 199 CPCCBA). En otras palabras, a mayor verosimilitud del derecho, menor será la contracautela que se exija<sup>15</sup>.

b) Peligro en la demora (*periculum in mora*)

---

<sup>14</sup> KIPER, Claudio M., ob. cit., pág. 13.

<sup>15</sup> "La contracautela se presta a las resultas de la medida a que se refiere, la cual, a su vez descansa en la verosimilitud del derecho en cuestión; ambos extremos van de la mano en el sentido de que, cuanto mayor resulte la credibilidad del derecho en cuya virtud se procede, menos gravosa será la contracautela y a la inversa" C. Fed. Apel. Mendoza, Sala A, 01/11/2002, "Burgos, Mario Héctor v. Estado Nacional", LL Gran Cuyo 2003 (junio), 323; AR/JUR/5685/2002.

Como lo manifestáramos anteriormente, cuando el tiempo es un factor que pone en riesgo el derecho, las medidas cautelares constituyen una herramienta útil de protección y aseguramiento.

La exigencia de este requisito implica que no es posible esperar al dictado de la sentencia de mérito sin poner en serio riesgo el derecho debatido en el proceso principal.

Aquí también se verifica una relación de proporcionalidad inversa, pero esta vez lo será principalmente entre el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. Esto sucede, principalmente, cuando los derechos a proteger son esenciales (salud, vida, etc.), y siempre que la cautela pretendida mantenga rasgos de provisoriedad porque, como veremos más adelante, si se trata de una tutela material o de una medida autosatisfactivas, el juez habrá de ser más metódico en su análisis.

No obstante, merece ser destacado que, más allá de una mayor o menor exigencia de demostración por parte del peticionante, ambos requisitos deben inexorablemente coexistir, ya sea en forma expresa o presunta.

### c) Contracautela

Como mencionáramos anteriormente, éste sería un requisito para la materialización de la medida cautelar.

Su objeto es asegurar el eventual perjuicio que se cause al afectado por la traba de medidas cautelares, abusando o excediendo el derecho que se tuviera. Además, la contracautela puede tender a evitar el requerimiento oportunista o temerario de medidas cautelares.

La contracautela es, desde un punto de vista, la contratara de la cautela. Así, en términos generales, las medidas cautelares aspiran a resguardar el resultado de la sentencia que se dicte, mientras la contracautela tiene por fin el aseguramiento de la reparación de los perjuicios indebidamente provocados por la medida. Ahora bien, no por ellos debemos confundir la contracautela con una medida precautoria, ya que el hecho de que provea seguridad no la convierte en una medida cautelar. La contracautela no tiene existencia autónoma, sino derivada de una medida cautelar, y ésta, a su vez, accede o está relacionada con el proceso principal.

Dada la falta de bilateralización previa y la superficialidad del conocimiento que pudo tener en consideración el juez al decretar la medida, exige la contracautela como condición para la ejecución de aquella.

Típicamente se conocen tres tipos de contracautela, a saber: a) juratoria; b) personal; c) real.

La primera de ellas importa la asunción formal y por escrito del compromiso de responder con el propio patrimonio en caso que se causare un perjuicio. En realidad, este compromiso bajo juramento constituye una mera formalidad que no agrega nada a la responsabilidad legal genérica que deberá asumir –quiera o no- todo aquel que cause un daño injustificado. Por ello, es más frecuente encontrarnos ante la exigencia de fianzas personales o reales. De todos modos, el hecho de exigir que se preste la caución juratoria por escrito puede contribuir a que el peticionante tome conciencia del eventual riesgo asociado, con cierto efecto suasorio.

A diferencia de lo que prescribe el código procesal civil y comercial de la provincia de buenos aires, el régimen nacional en su art. 199 agrega que en los casos de los arts. 210 incs. 2 y 3 y 212 incs. 2 y 3, "la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar". Esta aclaración parecería indicar, además, que para estos supuestos en el CPCCN bastaría con la juratoria presunta y no resultaría necesario exigir otro tipo de contracautela. La razón radica, a nuestro entender, en que en estos supuestos el grado de verosimilitud del derecho es importante y viene ya valorado por el propio legislador.

La caución personal difiere de la anterior, por cuanto es un tercero el que asume el compromiso de hacer frente a los daños. El art. 199 CPCCN admite expresamente la posibilidad de ofrecer garantía de "instituciones bancarias" y "personas de acreditada responsabilidad económica".

La fianza real implica afectar, mediante embargo, un bien o bienes muebles o inmuebles a las resultas del proceso. Estos bienes pueden ser de propiedad del peticionante de la medida o de un tercero.

El tipo de contracautela exigida, y su entidad, dependerá de la evaluación que el juzgador realice respecto de la verosimilitud del derecho que se alega y de la aptitud que la medida tenga de engendrar daño en la esfera de derechos del afectado. Es claro que la situación es diferente si el juez debe analizar la concesión de una cautelar

peticionada en forma previa a la interposición de la demanda, que si lo debe hacer una vez dictada la sentencia definitiva, aunque ésta estuviere recurrida.

El CPCCN y el CPCCBA establecen en su art. 200 tres casos de exención de contracautela. Los dos primeros son de carácter subjetivo y se relacionan con la inequívoca capacidad de hacer frente a los eventuales perjuicios que pudieren derivarse de la traba de la medida. Tanto el estado como las personas –físicas o jurídicas- “reconocidamente abonadas” entran en esta exención, mas en el caso de estas últimas se requerirá de prueba, salvo que la suficiencia patrimonial constituyere un hecho notorio.

La tercera exención está referida a aquellos sujetos a quienes se les hubiere concedido el beneficio de litigar sin gastos. La exención no opera si el beneficio estuviera recién petitionado o aún en trámite. Justamente la insuficiencia de recursos para hacer frente a los gastos derivados el proceso es lo que motiva el criterio del legislador, aunque si luego el peticionante de la medida mejorare de fortuna, y se revocara el beneficio, el sujeto pasivo de la cautela podrá exigir que se imponga la contracautela.

En cualquier momento del proceso el afectado por la medida podrá solicitar la mejora de la contracautela, si entiende que han variado las circunstancias de la causa o si, al notificársele la traba de la medida estimare su inicial insuficiencia. Desde el otro ángulo, quien debe hacer frente a la contracautela puede requerir su disminución –si la exigida fuere, a su juicio, desmedida- o su sustitución por otra que esté más a su alcance. En definitiva se trata de mantener cierto equilibrio entre las partes y de resguardar lo mejor posible los derechos de éstas.

#### **4.- ¿Quién, contra quién y sobre qué se traban las medidas cautelares?**

En principio, cuando pensamos en medidas cautelares, lo hacemos en función del resguardo de un derecho cuya titularidad alega el peticionante de la medida. Sin embargo, hoy es cada vez más frecuente advertir en los repertorios de jurisprudencia el ensanchamiento de la legitimación activa, principalmente a partir de la consagración del art. 43 de la constitución nacional. Esta norma habilita al afectado, a las organizaciones no gubernamentales y al defensor del pueblo para actuar como legitimados activos en la

acción de amparo (y en su caso, el amparo colectivo), carril procesal que a menudo va de la mano con la solicitud del dictado de una medida cautelar. De este modo, ocurre que el beneficiario de la medida puede ser un sujeto diferente del peticionante, como la comunidad en general o un colectivo en particular.

Entonces, si bien la figura del beneficiario puede diferir de la del peticionante, el legitimado activo del proceso cautelar es el legitimado activo del proceso principal.

El segundo interrogante planteado en el título del presente capítulo alude al legitimado pasivo de la cautela. Señala Kiper<sup>16</sup> que, por regla, el afectado será el pretense deudor de una prestación, pero no debemos olvidar que también es usual que las medidas cautelares se decreten para detener la acción de aquellos que se pretenden acreedores de la relación jurídica, como podría ocurrir cuando se decreta una medida de no innovar para frenar el aumento dispuesto respecto de la tarifa de un servicio público.

Excepcionalmente, la jurisprudencia nos ofrece ejemplos de medidas cautelares que afectan, indirectamente, a terceros que no integran la relación jurídica sustancial. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso "Cassanelli Electrónica S.A. v. Banco Río de la Plata S.A. s/ cumplimiento de contrato", fallo plenario<sup>17</sup> de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata, del 11/02/2005, donde se decidió "admitir la posibilidad de dictar en los procesos de revisión de cuenta corriente bancaria una medida cautelar que impida el inicio o suspenda el trámite del proceso ejecutivo mediante el cual las entidades bancarias pretendieran reclamar el presunto saldo deudor de dicha cuenta corriente cuando se acompañe documentación...de la cual resulte prima facie la aplicación de una tasa de interés que exceda la admitida por este tribunal". En este supuesto, la medida de no innovar decretada en un proceso tiene tal poder que llega a inhibir el derecho de acción de la parte contraria e incluso a inhibir el poder de jurisdicción del juez impidiéndole que prosiga el trámite del proceso ya iniciado. En otras palabras, una medida de este tipo podría tener, eventualmente, dos

---

<sup>16</sup> KIPER, Claudio M., ob. cit., pág. 61

<sup>17</sup> Publicado en LNBA 2006-7-834.

afectados, el legitimado activo de otro proceso (que es legitimado pasivo en el proceso en que se decreta la cautelar) y el mismo juez<sup>18</sup>.

Por último, nos referiremos brevemente al objeto sobre el que recae la medida cautelar de que se trate. ¿Qué es lo que se pretende asegurar mediante las medidas cautelares? En principio podríamos distinguir cuatro clases de cautelares dependiendo del objeto de aseguramiento: a) bienes; b) personas; c) situaciones de hecho o de derecho; d) pruebas.

a) Respecto del aseguramiento de bienes en general, pueden conocerse medidas cautelares que apuntan a fines diversos como lo son el aseguramiento de aquellos para la posterior ejecución forzada (embargo, secuestro), y el mantenimiento del estado de los bienes (depósito de cosas, prohibición de innovar, de contratar, anotación de litis, intervención judicial)

b) Se trata de medidas cautelares que apuntan a garantizar o restituir derechos de personas especialmente vulnerables. Se protege a la persona frente al peligro de daño que se pudiere autoinfligir o que le pudieren causar agentes externos (guarda, internación, medidas cautelares de protección de derechos económicos, sociales y culturales respecto de niños, ancianos y personas con capacidades diferentes, exclusión del hogar y demás medidas contra la violencia familiar, entre otras).

c) La medida de no innovar, la innovativa (en caso que no se la considere como una variante de la primera) y la medida cautelar genérica resultan útiles para la protección de situaciones de hecho o de derecho debatidas en el proceso principal.

d) Las medidas de prueba anticipada (arts. 326 y ss. CPCCBA) son reconocidas como cautelares por buena parte de la doctrina, jurisprudencia y algunos ordenamientos procesales locales como el código procesal civil y comercial de Santa Fe (art. 272 y ss.)<sup>19</sup>. Se trata de una cautela intraprocesal. En forma previa al proceso o en una etapa temprana del mismo y anterior a la oportunidad propia de producción

---

<sup>18</sup> Sobre este controvertido caso, véase MORELLO, Augusto Mario y GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "Los alcances de un fallo plenario y los límites razonables de la jurisdicción", comentario a fallo plenario, Lexis N° 0003/800021 ó 0003/800031.

<sup>19</sup> Véase, entre otros, ROJAS, Jorge A., "Una cautela atípica", en <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/unacauat.pdf>

probatoria, se aseguran pruebas que serán útiles y necesarias dentro del proceso y que se encuentran en peligro.

## **5.- El horizonte actual de la tutela cautelar**

A medida que se incrementan los niveles de cultura jurídica de nuestra sociedad, es mayor el nivel de exigencia de reconocimiento y aseguramiento de derechos. Es recién a partir de la toma de conciencia del amplio espectro de derechos existente que los individuos pueden comenzar a exigir su respeto y tutela. Este hecho surge o se ve fuertemente influenciado por un aumento en los índices de escolarización, el fenómeno de la globalización, los medios masivos de comunicación, Internet, la crisis del estado de bienestar, la conciencia medioambiental, la aparición del derecho de los derechos humanos, el afianzamiento del estado democrático social, entre otros fenómenos contemporáneos.

Este avance –que celebramos- implica un mayor grado de desarrollo que, necesariamente, debe ir de la mano de una evolución de la legislación para encontrar carriles adecuados que puedan dar satisfacción a los crecientes requerimientos de justicia.

A modo de ejemplo, pensemos por un instante en lo que sucedía hace tan solo un siglo atrás si una persona atravesaba un problema grave de salud. El concepto de seguridad social era casi inexistente, y muy posiblemente esta persona no contara con otra ayuda que la que su familia y sus propios recursos económicos pudieran brindarle. En la actualidad, por el contrario, cualquier ciudadano es conciente de que ante esta situación está en condiciones de exigir que se garantice su derecho a la salud, en términos generales o a partir de prestaciones concretas que requiere para su tratamiento como ser intervenciones quirúrgicas, prótesis, etc. En caso que dicha prestación le fuere denegada, podrá acudir a la jurisdicción para obtener una tutela de su derecho que deviene impostergable.

Por otra parte, y siguiendo la misma lógica, al tiempo que aumentaba la necesidad de tutela disminuía la tolerancia a los alongados tiempos que normalmente insumía el proceso. En este contexto, se comienza a discutir si las medidas cautelares

están llamadas también a dar respuesta a las necesidades de tutelas urgentes, si se ha transformado en un mecanismo protector de derechos de espectro amplio y eficaz. Dicho de otro modo, estamos frente a un debate sobre cuáles son los límites actuales de lo cautelar o si nos encontramos ante dos realidades diferentes, con puntos de contacto.

Hoy en día, el horizonte cautelar a menudo aparece confundido, mezclado, o quizás ampliado entre lo que conocemos como medidas cautelares clásicas, las medidas autosatisfactivas, la cautela material o sustancial, la tutela anticipatoria, la tutela inhibitoria, entre otras. En este debate tan actual de la doctrina procesalista local y extranjera, se presentan tres tendencias principales: la que considera que los límites de lo cautelar se han expandido desbordando los límites tradicionales<sup>20</sup>, la que sostiene que todo aquello que no responde a los límites clásicos de lo cautelar debe tener un continente diferente que pueda abarcarlo adecuadamente, y la posición ecléctica que admite algunas nuevas realidades sin necesidad de exceder el esquema cautelar<sup>21</sup>.

Lo cierto es que mucho se ha discutido y se discute sobre los límites actuales de lo cautelar, si se trata de una nueva realidad o de la evolución y ampliación de una ya existente, mas lo que nadie duda es de que estamos frente a un fenómeno ya instalado, que reviste carácter de permanente.

Intentaremos reflexionar someramente sobre el punto.

Como mencionáramos anteriormente, el profesor Peyrano ha utilizado una frase por demás clara que reza "no todo lo urgente es cautelar, aunque todo lo cautelar es urgente". Partiendo de ello postula que existe una categoría que excede lo cautelar que denomina procesos urgentes, entre los que se encuentran los procesos cautelares, pero no se agota allí. En este espacio, además de lo cautelar estarían el amparo, el

---

<sup>20</sup> El profesor Berizonce señala que "El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas medidas cautelares y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y autosatisfactivas. Se vislumbra la superación y desborde de los límites tradicionales que encorsetan a las cautelares, y y la paralela admisión de novedosas, o, si se quiere, expandidas tutelas para materializar la temprana satisfacción, en todo o en parte, del derecho sustancial que se invoca y aparece revestido de fuerza convictiva bastante." En BERIZONCE, Roberto O., "Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo", Revista de Derecho Procesal 2009-2: Sistemas cautelares y procesos urgentes, 1º ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 250.

<sup>21</sup> María Carlota Ucín describe las tres posiciones y encuadra al profesor Peyrano en la segunda de ellas cuando se encarga de distinguir lo cautelar y lo urgente, en CAMPS, Carlos Enrique... (et al.), Tratado de las Medidas Cautelares, ob. cit., tomo I, pág. 99 y 100



habeas corpus, el habeas data, las sentencias anticipatorias y las denominadas medidas autosatisfactivas.

Peyrano define a estas últimas como un "requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"<sup>22</sup>. Es decir que para este autor no se trata de una medida cautelar, sino de una figura autónoma dentro de la categoría de los procesos urgentes. El dictado de la medida in audita parte, con exigencia de contracautela, probabilidad del derecho (ya no tan solo una verosimilitud) y la definitividad (salvo impugnación), en el marco de un proceso autónomo, son los rasgos que la caracterizan.

Entonces, como la satisfacción obtenida es inmediata, se requiere un mayor grado de certeza. Sin embargo, el punto de divergencia preponderante respecto de las cautelares clásicas es la definitividad en contraposición con la provisoriedad de éstas. Sumado a ello, no debemos olvidar la accesoriedad de las cautelares respecto del proceso principal, contra la autonomía de las autosatisfactivas.

Desde el punto de vista del andamiaje procesal al que se suele recurrir desde la jurisprudencia para conceder las medidas autosatisfactivas, ante la ausencia de regulación legal específica, se han dado diferentes soluciones tales como el proceso mismo de amparo, el proceso sumarísimo del art. 321 CPCCN, la medida cautelar genérica del art. 232 CPCCN. En definitiva, se habla de proceso autónomo en general – más allá de la variedad de carriles que suelen elegirse- porque la medida se agota con su despacho favorable. No obstante esto, advierte Díaz Solimine<sup>23</sup> que la medida autosatisfactiva podría incluso peticionarse "dentro de otro proceso, pues la resolución en crisis resulta el pronunciamiento definitivo acerca de aquel".

En tanto, señala Fajre<sup>24</sup> que la tutela anticipatoria "tiende a brindar satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando

---

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W., Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas. LA LEY 1998-A, 968.

<sup>23</sup> DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, Tomo II, pág. 455

<sup>24</sup> FAJRE, José Benito, "Medidas cautelares no enumeradas. Cautelar genérica o innominada. Tutela anticipada. Medidas autosatisfactivas", en KIPER, Claudio M., Medidas Cautelares, ob. cit., pág. 446.

de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable, exigiéndose para ello un grado de certeza provisional y no un mero grado de apariencia como en las cautelares. Una vez dictada no podrá ser dejada sin efecto hasta el fallo definitivo, en tanto que si fuera rechazada la medida no podrá insistirse en obtenerla. Tampoco podrá ser sustituida por otra medida”.

El adelanto de tutela que, por razones de urgencia, trastoca el orden normal del proceso, genera dudas en cuanto a su naturaleza y encuadramiento. Díaz Solimine<sup>25</sup> sostiene que se trata de algo distinto de las medidas cautelares porque es de la esencia de éstas asegurar el derecho, pero no efectivizarlo, como ocurre con la tutela anticipativa. Esta postura es coincidente con la que sostiene la mayoría de la doctrina procesal vernácula<sup>26</sup>.

No obstante, otra parte importante de la doctrina nacional<sup>27</sup> sostiene que estamos frente a una medida cautelar –innovativa-, por cuanto las diferencias entre la tutela anticipativa y las medidas cautelares no hacen a su esencia. De hecho, la efectivización del derecho que se produce en este caso, sigue siendo provisoria y dependerá de lo que suceda al momento de dictarse la sentencia de mérito. A diferencia de las llamadas autosatisfactivas, las anticipatorias no se agotan en su despacho favorable.

Camps<sup>28</sup>, por su parte, explica con suma claridad que, en realidad, cuando nos referimos a la tutela anticipada lo hacemos con dos sentidos diversos “uno, restringido, que se refiere a los modos de conceder, previo al dictado de la sentencia de mérito y de manera provisoria, aquello que –en el plano fáctico y no jurídico- sería propio de ésta; otro, amplio y genérico, según el cual la anticipación de la tutela se refiere a la

---

<sup>25</sup> DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, ob. cit., pág. 411.

<sup>26</sup> Entre otros, véase, FALCON, Enrique M., Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, T. IV, pág. 89; RIVAS, Adolfo, Medidas Cautelares, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 30; GOZAINI, Osvaldo, Tratado de Derecho procesal Civil, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, pág. 631.

<sup>27</sup> Entre otros, véase, KIELMANOVICH, Jorge L., Las medidas cautelares, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 33.; PALACIO, Lino E., La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual, en Revista de Derecho Procesal, n° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 111; ARAZI, Roland, Tutela anticipada como medida cautelar innovativa, en Revista de Derecho Procesal 2009-2: Sistemas cautelares y procesos urgentes, 1° ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 174 y ss.

<sup>28</sup> CAMPS, Carlos E. Proceso cautelar en el derecho ambiental, en CAMPS, Carlos Enrique... (et al.), Tratado de las Medidas Cautelares, ob. cit., tomo II, págs. 1697 y ss.

obtención rápida de lo pretendido, no interesando en qué carácter –tanto en forma definitiva como provisoria-“. Amplia Camps<sup>29</sup> afirmando que, refiriéndose al segundo de los sentidos apuntados, cuando la tutela anticipada es provisional estamos frente a una cautela material –medida cautelar-, mientras que cuando la anticipativa es definitiva, se tratará de un proceso urgente, de conocimiento abreviado (sumario, sumarísimo o especial como el amparo o los interdictos) si existe bilateralidad, o de tipo monitorio si la bilateralidad no hubiere existido.

Así, el intento de categorizar o de encontrar la naturaleza jurídica de cada instituto se presenta como por demás relevante, por cuanto de ello dependerán los requisitos que se exijan para su procedencia, los carriles por los que deberá insertárselo, el ámbito y amplitud del debate, etc. Sin embargo, y a diferencia de lo que podemos observar en el derecho procesal comparado<sup>30</sup> donde hay una clara tendencia en torno a la previsión legislativa de estos requerimientos de tutela urgente de derechos, en la mayoría de los códigos procesales de nuestro país el tema carece de regulación positiva sistemática<sup>31</sup>, mas ello no ha impedido que la jurisprudencia asumiera el desafío y encontrara respuestas haciendo uso de las herramientas que tenía a mano.

En ese sentido, debemos hacer obligada referencia al *leading case* “Camacho Acosta<sup>32</sup>”. Se trata de un proceso de daños y perjuicios en el que, a modo de cautelar innovativa, se requirió al juez que impusiera a los demandados el pago de una prótesis de reemplazo de su brazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de la empresa de propiedad de éstos. La causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de haberse rechazado el pedido en primera instancia, con confirmación de la Cámara, por entender que no podían expedirse en ese sentido en lo cautelar sin entrar en prejuzgamiento sobre el *thema decidendum* del proceso principal. El anticipo

---

<sup>29</sup> CAMPS, Carlos E. Proceso cautelar en el derecho ambiental, ob. cit., págs. 1698 y 1699.

<sup>30</sup> El profesor Arazi realiza una breve reseña del estado de la legislación procesal sobre el punto en Perú, Alemania y España en ARAZI, Roland, Tutela anticipada como medida cautelar innovativa, ob. cit., pág. 177 y 178. Por su parte, el profesor Berizonce nos ilustra sobre el panorama en Italia, Inglaterra, Portugal y Brasil, en BERIZONCE, Roberto O., “Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo”, ob. cit., págs. 250 a 252.

<sup>31</sup> Arazi hace referencia a la incorporación de estos institutos en las recientes reformas producidas en los códigos procesales de las provincias de La Pampa, Río Negro, San Juan, Chaco y Entre Ríos que, de un modo u otro, regulan la cuestión, en ARAZI, Roland, Tutela anticipada como medida cautelar innovativa, ob. cit., págs. 178 y 179.

<sup>32</sup> CSJN, 07/08/1997, “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros”, La Ley, 1997-E, 653

de tutela, el temor a prejuzgar y la aparente coincidencia entre el objeto de la cautelar y el objeto del proceso principal es lo que provocó el rechazo en las instancias previas a la extraordinaria.

La CSJN, por su parte, declara admisible el recurso extraordinario dejando sin efecto la sentencia apelada y admite el encuadramiento del anticipo de tutela peticionado como una medida cautelar innovativa.

En el considerando 6° expresa que "esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión...".

En el considerando 9° afirma que "...la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

En el considerando 12° la Corte sostiene que "el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado".

Esta postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de considerar la tutela anticipada dentro del régimen cautelar se mantiene en diversos pronunciamientos<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Entre otros, CSJN, 01/09/2003, "Provincia de Salta c/ Estado Nacional", La Ley 2004-A-594; CSJN, 26/09/2006, "Provincia del Neuquén c/ Ministerio del Interior", La Ley 2006-D-124; CSJN,

En síntesis, en el presente capítulo hemos intentado hacer referencia a los cambios que viene experimentando el universo de lo cautelar en el último siglo. El debate sobre el surgimiento de algo nuevo –proceso urgente- o la evolución y transformación de las medidas cautelares está aún vigente, pero eso no debe preocuparnos. Lo importante es que no se duda del derecho a la tutela urgente, más allá de cuál fuere la vía por la que se concreta, y ello implica un fortalecimiento y ensanchamiento de los mecanismos protectorios de derechos.

#### **6.- El rol del juez y las medidas cautelares en el proceso del siglo XXI. La tutela cautelar preventiva**

La materia cautelar ha sido desde antiguo una de las más complejas si se la analiza desde el rol del juez, quien debe esforzarse fuertemente haciendo equilibrio entre los derechos de las partes. La delicada prudencia que debe demostrar para no afectar derechos constitucionales del sujeto pasivo de la medida, no puede llevarlo a provocar el desamparo del peticionante que podría ver definitivamente frustrado el derecho que intenta hacer valer ante la jurisdicción. Y es particularmente difícil la tarea del juez porque deberá tomar una decisión trascendente, en poco tiempo, y con la escasa información y prueba disponible.

Evidentemente, la traba de medidas cautelares, en menor o en mayor medida, es capaz de producir perjuicios al afectado. Lo importante es que éstos sean los mínimos inevitables.

Así, por ejemplo, el legislador ha previsto una serie de facultades que el juez tiene al momento de evaluar la pretensión cautelar. Entre ellas, a) graduar la calidad y monto de la caución (art. 199 CPCCN); b) disponer una medida distinta de la peticionada (art. 204); c) limitar la entidad o magnitud de la medida peticionada (art. 204); d) evitar la acumulación de cautelares si con una fuere suficiente para obtener la cautela pretendida; e) levantamiento de oficio del embargo indebidamente trabado (art. 220); f) oficiosamente –o a pedido de parte- morigerar la rigurosidad de la medida si se

advirtiera un ulterior perjuicio excesivo<sup>34</sup>. Estas facultades exhiben una suerte de poder discrecional de parte del juez que funciona como excepción al principio de congruencia, a fin de evitar perjuicios innecesarios al afectado. Al respecto, Safi advierte sobre el peligro que rodea el ejercicio en exceso de esta facultad, citando precedentes de la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>35</sup> que descalificaron decisiones judiciales que "so pretexto de ejercer la facultad referida, implicaron un apartamiento del esquema tradicional de las medidas cautelares, para avanzar *ex officio* en el ámbito de las tutelas autosatisfactivas, desbordando el principio de congruencia, subrogándose al rol de parte, alterando la estrategia elegida por la actora y afectando el derecho de defensa de la parte requerida"<sup>36</sup>.

Entonces, al analizar la concesión o no de una medida cautelar, la actuación del juez no puede ser arbitraria y debe sujetarse a la verificación concreta de los dos requisitos esenciales de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Esta verificación deberá ser realizada cuidadosamente conforme las reglas de la sana crítica.

En la actualidad, ha cambiado el criterio con que se apreciaban las pretensiones cautelares. Hemos pasado de un criterio restrictivo general a uno más amplio<sup>37</sup>, aunque quizás debamos hacer algunas salvedades. Señala Safi<sup>38</sup> que "la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando una serie de criterios orientativos que de algún modo sirven para coadyuvar con la adopción del temperamento a seguir frente a un planteo particular. Podríamos distinguir tres criterios según el tipo de procedimiento: I) criterio amplio frente a medidas cautelares formales; II) criterio riguroso frente a medidas cautelares materiales; III) criterio restrictivo frente a medidas cautelares contra la administración pública".

Es de destacar, no obstante, que el criterio amplio reseñado respecto de las cautelares clásicas, debe conjugarse con los principios antes mencionados en el sentido de procurar mantener cierto equilibrio entre las partes y causar el menor daño posible con la medida que se dicte. Es así que, por ejemplo, debe analizarse muy detenidamente

---

<sup>34</sup> DE LAZZARI, Eduardo N., Medidas Cautelares, ob. cit., pág. 154.

<sup>35</sup> SCBA, Ac. 90.898, "C.M.", s. 15/12/2004. C. Cont. Adm. La Plata, "Ecodyma", s. 03/08/2004; "Agropecuaria Las Garzas", s. 06/09/2005; "Fernandez Orozco", s. 11/07/2006.

<sup>36</sup> SAFI, Leandro K., Trámite del proceso cautelar, en CAMPS, Carlos Enrique... (et al.), Tratado de las Medidas Cautelares, ob. cit., tomo I, págs. 441-2.

<sup>37</sup> KIPER; Claudio M., Medidas Cautelares, ob. cit., pág. 53

<sup>38</sup> SAFI, Leandro K., Trámite del proceso cautelar, ob. cit., pág. 437.

el pedido de intervención judicial por el peligro que entraña para la imagen y el funcionamiento de la sociedad. Este tipo de cautelar deviene así en una medida residual cuando no hubiere otra más idónea y menos perjudicial.

En tanto, el segundo grupo de medidas exige un criterio "riguroso" debido a que éstas, más que asegurar el derecho lo adelantan, lo efectivizan, aunque solo lo fuere provisionalmente. De ahí que no resulta suficiente la mera verosimilitud del derecho y nos estaríamos acercando a una fuerte probabilidad o cuasi certeza. Además, el daño que se pretende evitar con la cautela material debe ser inminente e irremediable.

Las medidas que se decretan contra la administración pública exigen un criterio restrictivo porque, respecto de la administración, se destacan dos importantes presunciones como lo la de legitimidad del acto administrativo y de solvencia patrimonial de la administración. Además, debe tenerse presente que la medida cautelar de que se trate podría llegar a comprometer el interés público. Al respecto, Rizzi<sup>39</sup> recuerda a Cassagne al sostener que "el interés público a ponderarse no es el del acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial". Y agrega, "en rigor, se debe ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla".

Por otra parte, las resoluciones cautelares -como toda resolución judicial- requieren una debida fundamentación. Si bien está discutida en doctrina la naturaleza de las resoluciones cautelares, habiendo autores que las consideran providencias simples<sup>40</sup> y otros interlocutorias<sup>41</sup>, existe consenso en cuanto a que la debe estar fundada al menos sumariamente, exhibiendo las razones de hecho y de derecho que llevaron al juzgador a adoptar la medida. Ello así a fin de permitir conocer el razonamiento habido al momento de considerar la concesión y, eventualmente, permitirle al afectado ejercer adecuadamente su derecho de defensa al requerir la revisión de la medida.

---

<sup>39</sup> RIZZI, Guillermo, Protección cautelar en el derecho contencioso administrativo, en CAMPS, Carlos Enrique... (et al.), Tratado de las Medidas Cautelares, ob. cit., tomo II, pág. 1600.

<sup>40</sup> Entre otros, PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, ob. cit. Tomo VIII, pág. 53-4.

<sup>41</sup> Entre otros, FALCON, Enrique M., Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial, ob. cit. Tomo III, pág. 518.

En cuanto al temor de prejuizgamiento, debemos recordar que la decisión que se adopta es provisional y no definitiva en cuanto al fondo de la cuestión. Los argumentos en que se funda, son los que surgen *prima facie* del análisis preliminar de los datos que surgen del expediente al momento de su dictado, situación que puede variar con el curso del proceso al llegar a la sentencia de mérito. En el caso de las cautelares clásicas, el criterio aparece como más prístino, mientras que lo que ha generado más dudas es lo que ocurre en torno a la resolución cautelar en el caso de las cautelares materiales, donde el objeto puede coincidir con el pretendido en el fondo. No obstante, la solución no es tan compleja si observamos que en realidad se trata de dos resoluciones dictadas en diferentes momentos y de diferente entidad: una, la cautelar, aunque material, se adopta en un momento temprano para evitar un perjuicio de imposible reparación ulterior, de forma interina; la otra, es una resolución sobre el mérito, que puede o no coincidir con la anterior. Es aquí donde el juez realiza un juicio de verdad sobre el derecho alegado y pretendido, en contraposición con el juicio de verosimilitud –más allá del grado de verosimilitud que deba exigirse en virtud del tipo de cautela requerida- que realiza en el análisis cautelar.

Ahora sí, como lo anunciáramos en el título, en el presente capítulo debemos hacer referencia también a la tutela preventiva cautelar.

Para comenzar, es conveniente aclarar –como lo hacía Reimundín<sup>42</sup>- que el instituto de la tutela preventiva es más amplio<sup>43</sup> que el de tutela cautelar, y habría entre éstos una relación de género a especie. No obstante, cuando hagamos referencia al término tutela preventiva, lo haremos en el sentido cautelar.

Resulta ya evidente que el derecho sustancial tiene cada vez mayor influencia en el procesal<sup>44</sup>, puesto que se ha comprendido que para un funcionamiento eficiente del derecho sustancial es preciso contar con un proceso útil, adecuado al derecho a

---

<sup>42</sup> REIMUNDÍN, Ricardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentarios y concordancias, Buenos Aires, 1970, pág. 384, citado en FALCÓN, Enrique, ob. cit., pág. 8.

<sup>43</sup> Otras tutelas preventivas no cautelares podrían ser la acción meramente declarativa (art. 322 CPCCN) y la condena de futuro (art. 688 CPCCN).

<sup>44</sup> Sobre el punto, véase el interesante trabajo de PEYRANO, Jorge W., Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar, en Revista de Derecho Procesal 2009-2: Sistemas cautelares y procesos urgentes, 1º ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 33 y ss.



tutelar y eficiente. En este sentido, y como señala Peyrano<sup>45</sup>, para que concurra un proceso útil, debemos contar con un régimen cautelar ágil y –agrego– versátil, además de flexible.

Esta realidad ha tomado tal dimensión que, por influencia del derecho de fondo, hemos llegado a dotar al juez de nuevas facultades oficiosas en torno a lo cautelar. En efecto, basta con observar lo que prescribe el artículo 32 de la Ley General del Ambiente n° 25.675 que reza: "...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte" (el subrayado me pertenece).

En el derecho ambiental, imperan el principio de prevención y el precautorio contenidos en el art. 4 de la LGA n° 25.675. Respecto del primero, la norma dice: "Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir."; y en cuanto al segundo: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.". Ambos principios exigen del juez un rol activo y participativo, con una evaluación proyectiva de la situación de hecho que se le presenta, a fin de determinar las medidas más eficaces para evitar la consumación del daño o su agravamiento, ya sea esto de oficio o a pedido de parte. Porthé<sup>46</sup> señala que "la preservación del ambiente como manda constitucional exige del juez un protagonismo que va mucho más allá de las formalidades procesales, casi inquisitivo diríase, un director pleno del proceso".

---

<sup>45</sup> PEYRANO, Jorge W., Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar, ob. cit., pág. 35.

<sup>46</sup> PORTHÉ, Adrián, Medidas cautelares en el derecho ambiental, en KIPER; Claudio M., Medidas Cautelares, ob. cit., pág. 735.

Podemos encontrar también buenos ejemplos de tutela preventiva en el derecho de daños, en el que actualmente se asigna mayor importancia a evitar que el daño se cause que a la reparación posterior<sup>47</sup>, a diferencia de lo que sucedía tradicionalmente. Podría hablarse entonces de una acción preventiva a fin de detener la amenaza de daño injusto o fin de paralizar aquel que ya se encuentra en marcha. De este modo, se previene el daño aún no provocado. En ese caso, hablaremos solo de tutela preventiva, mientras que si lo que se logra es detener el daño ya provocado, evitando así su agravamiento, estaremos frente a una acumulación de tutela preventiva y resarcitoria.

Otra manifestación de la tutela cautelar preventiva estaría dada por el art. 623 bis CPCCN que regula la denominada denuncia de daño temido. En este supuesto el juez dicta medidas de seguridad, las que fueren más apropiadas al caso concreto, a fin de alejar el peligro de que se produzcan daños en los bienes del denunciante. No se trata de un interdicto propiamente dicho, ni de una acción posesoria, sino de una actividad de tipo cautelar<sup>48</sup>.

Asimismo, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en su art. 52, reconoce el derecho de acción a los usuarios y consumidores en caso que sus derechos se encuentren afectados o *amenazados*. De este modo, se tutela el derecho a la prevención del daño al usuario o consumidor.

Por su parte, el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 2012 contempla en el último párrafo del art. 10 una tutela preventiva que no está prevista en el actual art. 1071 del Código Civil. El texto, en su parte pertinente, está redactado del siguiente modo: "...El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

Coincidimos con Sedlacek<sup>49</sup> que el artículo proyectado "contiene una clara intervención de carácter cautelar o de tutela de urgencia, procurando como primera

---

<sup>47</sup> KIPER; Claudio M., Concepto. Objeto. Clasificación. Caracteres, en KIPER; Claudio M., Medidas Cautelares, ob. cit., pág. 6.

<sup>48</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires anotado y comentado. Tomo II: arts. 385 a 863/ Roland Arazi ...(et. al.).- 1era. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 431.

<sup>49</sup> SEDLACEK, Federico D., Las medidas cautelares y procesos urgentes en el proyecto de Código Civil y Comercial, editorial MicroJuris, 05/03/2013, MJ-DOC-6190-AR | MJD6190

medida la prevención del ejercicio abusivo o su situación, y como segunda medida, la posibilidad de lograr una reposición al estado de hecho anterior, es decir, una medida cautelar innovativa o de tutela anticipada". En efecto, esta incorporación implica una medida protectora de amplio espectro contra todo tipo de abuso del derecho, como fuera que se configure.

Luego, en los artículos 1710 a 1715 el proyecto regula la "función preventiva y la sanción pecuniaria disuasiva". Particularmente en el art. 1711 regula la acción preventiva, estableciendo que procede "...cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...". Más adelante, el art. 1713<sup>50</sup> dispone que el juez podrá dictar una resolución definitiva o provisoria, a pedido de parte o de oficio, ordenando el cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer según corresponda. Así, ante el temor fundado de que se produzca un hecho dañoso o que este continúe o se agrave, el juez podrá dictar aún de oficio una medida cautelar anticipatoria, con efectos provisorios, que se podrá tornar definitiva al momento de dictarse la sentencia de fondo del proceso preventivo.

En definitiva, a través de medidas de no innovar, medidas innovativas, tutelas autosatisfactivas, tutelas inhibitorias<sup>51</sup> o la denominación que se quiera utilizar, se pretende frente al juez el dictado de una resolución que, más allá de asegurar los bienes que permitirán hacer efectivo el posterior resarcimiento, sea útil para evitar el hecho dañoso o su agravamiento. Es, sin ir más lejos, lo que permitió la Corte en el precedente "Camacho Acosta" reseñado más arriba, caso en el que se acumulaban la tutela preventiva y la resarcitoria.

La tutela preventiva, a nuestro entender, es el mayor aporte que la tutela cautelar puede hacer al derecho actual.

El juez de hoy se enfrenta día a día con infinidad de requerimientos de tutela que devienen impostergables. La demanda insatisfecha de derechos humanos fundamentales como salud, vivienda, provisión de alimentos, seguridad social,

---

<sup>50</sup> ARTÍCULO 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

<sup>51</sup> ARAZI, Roland, Tutela inhibitoria, en Revista de Derecho Procesal 2008-2: Tutelas procesales diferenciadas I, 1º ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, págs. 85 y ss.

educación, entre otros, merecen tutelas preferentes y exigen de este juez la asunción del fenómeno de expansión de la necesidad de cautelares materiales. Más allá de algunos supuestos que la ley prevé, en general se trata del ejercicio de potestades genéricas de los jueces, no arbitrarias, aunque sí de ejercicio discrecional<sup>52</sup>. Sin embargo, como apunta agudamente Berizonce<sup>53</sup>, "el ejercicio del poder cautelar genérico así ampliado ha suscitado no solo resquemores doctrinarios, sino también vivos recelos exteriorizados desde los poderes políticos del gobierno, crecientemente preocupados por el supuesto avance desmedido de los jueces, a quienes se imputa el avasallamiento de lo que consideran las potestades propias y excluyentes, sea del legislador, sea de la administración".

Así y todo, la realidad se impone y el juez es protagonista. Su rol se redimensiona, se amplifica. Asume, sin ir más lejos, el rol de último guardián de la constitución.

---

<sup>52</sup> BERIZONCE, Roberto O., Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo, ob. cit., pág. 264.

<sup>53</sup> BERIZONCE, Roberto O., Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo, ob. cit., pág. 265.