

# Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria

## Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema

JORGE W. PEYRANO

Abogado, juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (Argentina).

*Si se desea un proceso eficaz, necesariamente se deben correr riesgos.*

### I. INTRODUCCION

El copete elegido tiene por finalidad forjar una idea-fuerza y también condensar el contenido de las líneas que siguen.

Estamos convencidos de que el mal cartel que hoy posee el proceso civil está determinado menos que por su dificultad por descubrir dónde se encuentra la razón y dónde la sinrazón que por su evidente falta de idoneidad para obtener soluciones jurisdiccionales dentro de lapsos que no transformen la necesaria espera del justiciable en desesperanza e imputaciones de morosidad al aparato judicial.

Lo que prosigue tratará de mostrar por qué pensamos que es tan importante diseñar un proceso realmente eficaz, meta para cuya obtención sólo es relativamente relevante establecer procedimientos con debates más o menos amplios, discutir si debe existir (o no) emplazamiento previo como controvertir si el traslado para contestar la demanda debe ser por cinco o diez

días e, inclusive, acalorarse por las ventajas comparativas del proceso oral por sobre el escrito o viceversa.

Sucede que allí donde "el factor tiempo" debe ser tenido en cuenta especialmente, es decir en los procesos que llamamos "urgentes"<sup>1</sup>, es el sector en el cual las leyes procesales argentinas poseen mayores vacíos. Ello redundó en que buena parte de los reproches que se hacen al sistema procesal civil debiera tener por destinatarios a los legisladores que no se han ocupado de ir ajustando los instrumentos legales a los vaivenes de necesidades ya ponderadas y resueltas en otros países.

Ahora bien: ¿cuándo hay proceso urgente?. Pues cuando concurren situaciones que exijan una particularmente presta respuesta y solución jurisdiccional. A saber y sin pretensiones exhaustivas, pueden citarse: las coyunturas en las cuales pueden despacharse medidas cautelares, la acción de amparo, el habeas corpus, el supuesto de la emisión anticipada de la sentencia de segunda instancia que contempla el art. 200 del Código General del Proceso del Uruguay<sup>2</sup>, las deno-

<sup>1</sup> PEYRANO, Jorge W., "Lo Urgente y lo Cautelar", en *Jurisprudencia Argentina*, boletín del 8 de Marzo de 1995.

<sup>2</sup> Art. 200 del Código General del Proceso del Uruguay: "Decisión anticipada- 200.1. En segunda instancia los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes: 1) Si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el Tribunal; 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiera mantenerla; 3) Si hubieren manifiestas razones de urgencia; 4) Si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso. 200.2. En los mismos casos y cuando se trate de sentencias de segunda instancia, también podrán dictar decisión anticipada los tribunales unipersonales".

minadas medidas autosatisfactivas (es decir aquellas diligencias que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, pero que se agotan en sí mismas satisfaciendo ya al requirente y sin generar un proceso accesorio o sirviente de otro principal que no es menester promover) respecto de las cuales han declarado las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal del Uruguay, lo siguiente: "Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas"<sup>3</sup> y también, muy especialmente, las decisiones anticipatorias, producto del ingenio brasileño<sup>4</sup>. En verdad, tales resoluciones o sentencias anticipatorias que -reunidos ciertos presupuestos, permiten dictar una sentencia de mérito anticipada-, son asimismo conocidas en otras latitudes. Al respecto consigna Rivas que "...debemos recordar que las normas francesas establecen una distinción entre los juicios por los que se obtiene una sentencia definitiva sobre el fondo de la pretensión y los llamados procedimientos "avant dire droit"; estos últimos están regulados por las ordenanzas de référé para los juicios contentiosos y las sur requête para los voluntarios. Ambos constituyen una manera de satisfacer anticipadamente el objeto pretendido. Los procedimientos aludidos se remontan al siglo XVI y se han multiplicado en la actualidad, como medio de superar los perjuicios que provoca el tiempo que el proceso insuime. Se fundan en la apreciación judicial acerca de la verosimilitud del derecho del reclamante, la ausencia de una "contestación sérieuse" (aun cuando no siempre la existencia de un responde adecuado impide la sentencia anticipatoria) y la existencia de motivos de urgencia, aun cuando ya se abren formas como la

"injunción de faire" para obtener el cumplimiento de obligaciones en natura en materia de derechos del consumidor, igualmente el "référé" provisión para reparación de daños imputables a defectos de construcción o la reparación de daños corporales en los cuasidelitos. Procedimientos similares están incorporados al sistema judicial belga y han sido aplicados por la jurisprudencia italiana por vía de los "provvedimenti d'urgenza", previstos en el art.700 del Código de Procedimiento Civil y hasta en materia contencioso administrativa, con relación a los actos de la administración, los "giudizio di ottemperanza"<sup>5</sup>.

Si bien creemos que la resolución anticipatoria es el aspecto más resonante del "proceso urgente" ideal de hoy, es menester volver a precisar que éste guarda en su seno también a las medidas cautelares y a las ya referidas medidas autosatisfactivas.

Así es que el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal -realizado en Santa Fe del 1° al 3 de junio de 1995- declaró en el punto lo siguiente: "La categoría del "Proceso urgente" es más amplia que la de Proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias"<sup>6</sup>.

Subrayamos: la tutela de urgencia o "proceso urgente" reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria.

Importa destacar que ya DENTI señalaba que la tutela de urgencia constituye un atributo fundamental de la función jurisdiccional<sup>7</sup>, atributo que es servido idóneamente por los tres tipos precisados de "proceso urgente".

<sup>3</sup> Conclusiones de la Comisión Nº 1 sobre Medidas Cautelares de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Uruguay celebradas en La Paloma del 19 al 22 de abril de 1995.

<sup>4</sup> Nuevo art. 273 del CPC del Brasil, según modificación ley 8952 del 13 de Diciembre de 1994. Art. 273: "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenga de la verosimilitud de la alegación y: I- Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1º) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. 2º) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3º) La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que correspondiere, lo dispuesto en los incisos I y II del art. 588 4º) La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5º) Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final." Art. 588: "La ejecución provisoria de la sentencia, se hará de la misma manera que la definitiva observando los mismos principios: I- Corre por cuenta y responsabilidad del acreedor, que prestará caución, obligándose a los daños causados al deudor. II- No importa los actos que importen alteración del dominio, ni permite, sin caución idónea, el levantamiento del depósito en dinero. III- Queda, sin efecto, sobreviniendo sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución, restituyéndose las cosas al estado anterior."

<sup>5</sup> RIVAS, Adolfo, "La jurisdicción anticipatoria" en la Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, página 20.

<sup>6</sup> Conclusión de la Comisión Nº 2 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

<sup>7</sup> DENTI, Vittorio, Intervento, Atti del XV Congresso Nazionale, Bari 4-5 ottobre 1985. La tutela d'urgenza, Rimini, Maggioli Editore, 1985, pag. 164.

Acontece que en otros países (y también en el nuestro) la circunstancia de contar como única solución de urgencia general con la medida cautelar, revirtió en que se "desfigurara" a la misma para dar respuesta a las necesidades insatisfechas por el perfil ortodoxo de lo precautorio. De alguna manera al obrarse de tal guisa, se transformó a la tutela cautelar en una suerte de técnica de sumarización en miras a remediar la falta de efectividad del procedimiento ordinario<sup>8</sup>.

Ha llegado el momento de esclarecer el porqué de nuestra afirmación inicial "si se desea un proceso eficaz, necesariamente se deben correr riesgos". Ello obedece a que las ventajas del proceso "urgente" reclaman, habitualmente, una dosis de sacrificio del "debido proceso" y del "garantismo" común y corriente en materia procesal civil; sacrificio que se hace máximo cuando se trata de las resoluciones anticipatorias que después examinaremos.

Estamos persuadidos de que -parafraseando a COUTURE- nos aqueja un proceso "desesperadamente contradictorio" que a través de sus pliegos y repliegos, traslados y recursos, hace que el litigante malicioso se atrinchere y logre postergar prácticamente "sine die" la solución jurisdiccional. Esto último, por supuesto, no sucede cuando, por ejemplo, el abuso en el derecho de defensa (sumado a otros presupuestos), puede desencadenar el dictado de una sentencia anticipatoria, que podrá luego ser confirmada o dejada sin efecto por la sentencia de mérito, pero que interim surtirá los efectos de una tutela condenatoria anticipada.

## II. LA TUTELA ANTICIPATORIA

Examinaremos esta especie del "proceso urgente" partiendo del régimen existente en el Brasil<sup>9</sup>, con posterioridad a la reciente sanción de reformas a su Código Procesal Civil.

A tal efecto, seguiremos las coordenadas fijadas por uno de los más distinguidos comentaristas de las susodichas reformas en lo tocante, precisamente, a la tutela anticipatoria<sup>10</sup>. Sin embargo, llegado el caso pondremos en conocimiento del lector cuáles aspectos del esquema legal brasileño no nos satisfacen.

Antes de estudiar los presupuestos de procedencia del dictado de una sentencia anticipatoria, formalizaremos algunas apostillas introductorias.

En primer término, cabe acotar que el artículo 273 del Código Procesal Civil del Brasil no está ubicado dentro de los procesos cautelares sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento, lo que alerta acerca de que su naturaleza no es precautoria. Así es que el dictado de una resolución anticipatoria no engendra un proceso accesorio o instrumental de otro "principal", sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene la resolución anticipatoria. Dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho (lo que es propio de lo cautelar) realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice.

En segundo lugar, destacamos, que la resolución de marras puede, provisoriamente, anticipar total o parcialmente lo pretendido por el requirente.

Además, no debe perderse de vista que, en esencia, se trata de anticipar los efectos ejecutivos de una tutela de condena, por lo que no puede pretenderse lograr el dictado anticipado de una sentencia constitutiva (de divorcio, por ejemplo).

Finalmente, puntualizamos que la doctrina brasileña en general (aunque no de manera unánime) entiende que se puede postular la emisión de una resolución anticipatoria en cualquier momento, siempre y cuando ya se hubiera presentado la demanda principal.

Por nuestra parte creemos que sería más conveniente decretar la sentencia anticipatoria sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestarla (circunstancia ésta que refuerza, sin duda, la chance del actor de resultar ganancioso en la litis). En cambio, no estamos tan seguros de que sea menester sustanciarla previamente (ello aparentemente no es requerido en el esquema legal brasileño), punto en el que discrepamos con Rivas<sup>11</sup>.

A continuación, precisaremos los cuatro presupuestos de procedencia de las sentencias anticipatorias en el marco del proceso civil brasileño: 1) prestación de contracautela, 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar al hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición

<sup>8</sup> TARZIA, G., Intervento, Atti del XV Convegno Nazionale, Bari 4-5 ottobre, 1985. La tutela d'urgenza, Rimini, Maggioli, 1986, pág. 150.

<sup>9</sup> Véase texto legal en nota 4.

<sup>10</sup> MARINONI, Luis Guillermo, "Tutela cautelar e tutela anticipatoria", Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo 1984.

<sup>11</sup> RIVAS, Ob. Cit. pág. 2.

del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus por sobre el "peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares. En efecto: aquí se exige, además, la existencia de una situación conexa que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria).

### III. EJEMPLIFICACION

Supongamos un accidente laboral que deja inválido a un obrero carente de recursos y cuyo único sustento era su trabajo. En el caso, la promoción de las vías corrientes puede demandar el transcurso de varios años hasta que el accidentado perciba la indemnización correspondiente. Ello coloca a la víctima en situación de "perjuicio irreparable" pues está en peligro su propia subsistencia, si es que no se arbitra una resolución anticipatoria que, total o parcialmente, mande abonar la indemnización, si es que concurren también los otros recaudos de procedencia.

Ahora bien: ¿se registrará alguna hipótesis en nuestro país que pueda considerarse "tutela anticipada", aunque, claro está, sin que se le hubiera asignado tal denominación? Luego de algunas reflexiones, nos parece que si bien no totalmente el nuevo artículo 680 bis del C.P.C.<sup>12</sup> participa de las características de la tutela anticipatoria<sup>13</sup>. Ello sin perjuicio de consignar que existen otros varios casos en los cuales pueden rastrearse al menos, el espíritu de la tutela anticipatoria<sup>14</sup>.

### IV. APROXIMACIÓN AL IDEARIO DE LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Se trata de 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, no constituyendo una medida cau-

telar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma. Cuenta a la fecha con nutrida doctrina que respalda su ideario y también con el aval de varias resoluciones judiciales que -invocando ora el poder cautelar genérico, ora atribuciones judiciales implícitas que permitirían la interpretación extensiva de hipótesis legales que sin decirlo están consagrando medidas autosatisfactivas- han proclamado su adhesión a la referida figura. Constituye la misma una especie -aunque de la mayor importancia- del género de los "procesos urgentes", categoría ésta que engloba -como ya se ha dicho- una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del habeas corpus, las propias medidas cautelares, etc.) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor "tiempo" posee una relevancia superlativa. Vale decir que cuando se está ante un proceso urgente, siempre concurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales: a veces se tratará del despacho de una diligencia sin oír previamente al destinatario de la misma, y en otras ocasiones de resolver sobre el mérito de una causa sin que la misma todavía se encuentre en estado de declarar el derecho, o de "sumarizar" la extensión del debate judicial.

Hoy en día se habla, con razón, de la "jurisdicción oportuna"<sup>15</sup> que debe procurarse no sólo "dar a cada uno lo suyo" sino hacerlo "cuando corresponde", es decir en tiempo útil, como para satisfacer, adecuadamente, las expectativas de los justiciables.

Al moderno constitucionalismo no le ha pasado por alto la necesidad de instrumentar una "jurisdicción oportuna". Más aún: creemos -y no estamos solos<sup>16</sup> que las modernas constituciones muchas veces emplazan a la creación de nuevas formas procesales que, entre otras cosas, aseguren una tutela jurisdiccional pronta y eficiente. Veamos dos ejemplos. El primero lo aporta el muy conocido art. 24 de la Constitución Española de 1978 que consagra una tu-

<sup>12</sup> Art. 1 de la ley 24.454 (EDLA, 1995, Bol. 7-3) Incorporase como art. 680 bis del CPN, el siguiente: "Entrega del inmueble al accionante: En los casos en que la acción de desahucio se dirige contra inquilino, en cualquier estado del juicio, después de trabada la fila y a pedido del actor, el juez podrá disponer de la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar".

<sup>13</sup> RIVAS, Ob. Cit. pág. 18.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 18. "La ley de fondo, por su parte, consagra en numerosas oportunidades la viabilidad de las sentencias anticipatorias. Tomemos así el caso de los reclamos de pronto pago derivados del art. 51 de la ley de seguros y el del art. 581 de la ley de navegación, por vía incidental y por ende previa sustanciación para obtener el pago previsorio, la entrega de la posesión del bien espropiado antes del dictado de sentencia (arts. 22 y 25 ley de expropiación)".

<sup>15</sup> EGUREN, María Carolina, de su trabajo anual correspondiente al año 1987 presentado al Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario.

<sup>16</sup> CECCHINI, Francisco, de su trabajo anual correspondiente al año 1997 presentado al Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario.

tela judicial "efectiva": Cabe memorar que la Constitución es también una norma legal imperativa y no solo un programa de aspiraciones y buenas intenciones<sup>17</sup> cuya encarnadura depende de la ulterior buena voluntad del legislador. Sin duda que bajo el imperio de una norma constitucional como la susodicha, queda ampliamente coonestado el surgimiento -aunque fuera por vía pretoriana- en la Península Ibérica de novedades del cuño de la medida autosatisfactiva. La segunda muestra -ya más concreta- lo proporciona el denominado "recurso de protección" con base de los artículos 19 inciso 24 y 20 de la Constitución de la República de Chile. Dicho "recurso" "no constituye una medida cautelar respecto de otra acción sino un procedimiento de urgencia, autónomo..."<sup>18</sup> y que ha tenido un enorme éxito y masiva aplicación en Chile "...en los casos en que el sistema jurídico no aporta soluciones urgentes para conflictos que exigen una rápida solución"<sup>19</sup>. Tan buena acogida ha tenido el recurso de protección en el país trasandino que la Corte Suprema de Justicia chilena se ha visto en la obligación de reglamentarlo, rigiendo en la actualidad, creemos, el Acuerdo del 27 de junio de 1992 que contempla una sumaria y comprimida substanciación del "recurso" indicado por ante el tribunal competente que es la Corte de Apelaciones correspondiente<sup>20</sup>. De todo ello resulta que ante la letra constitucional que proclama más bien de manera declamativa y carente casi por completo de una regulación específica de dicha forma diferenciada de tutela, el Poder Judicial chileno - a través de su Corte Suprema- lo ha reglamentado detalladamente.

Por su parte, la Constitución Argentina -reformada en 1994- en modo alguno desalienta la creación pretoriana de tutelas diferenciadas que privilegien el factor "tiempo" en el proceso, puesto que, v.gr., incluye un procedimiento expeditivo de "amparo" dotado de un muy amplio campo de acción<sup>21</sup>. Queda así demostrada su preocupación por favorecer el diseño de una "jurisdicción oportuna".

La medida autosatisfactiva proporciona una solución orgánica a tres tipos de problemas distintos que constituyen causas próximas de su aparición en el

firmamento jurídico: a) en primer lugar, se procura con ella remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida<sup>22</sup>. Para encuadrarse en el susodicho esquema, quien está interesado en conseguir una tutela jurisdiccional "urgente", insoslayablemente, deberá imaginar -y a veces inventar- una acción principal (que frecuentemente no le interesa) para poder encaballar en la misma el requerimiento que formula respecto de una pronta tutela jurisdiccional. Tal estado de cosas es moneda corriente en los países iberoamericanos; b) ofrece adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares. Así, por ejemplo el artículo 15 de la ley 10.742 de la Provincia de Santa Fe que estatuye lo siguiente: "El titular de la servidumbre u organismo de aplicación, podrán requerir la intervención jurisdiccional, en los siguientes casos: a) Urgencias en el estudio, proyecto, obra o mantenimiento con oposición o desconocimiento del propietario u ocupante o sus domiciños. Facultará a los mismos a solicitar al Juez competente, autorización para ingresar, ocupar y/o permanecer en el inmueble, debiendo acreditarse la necesidad de los trabajos con la declaración del organismo de aplicación. Sin más trámite y dentro del término de 3 (tres) días, el Juez librará mandamiento, ordenando a la autoridad jurisdiccional que corresponda, que libere el acceso al inmueble". En ese y en muchos otros casos, se dan normas legales de fondo que arbitran soluciones urgentes no cautelares que no encuentran correspondencia adecuada en la doctrina cautelar clásica recogida en la normativa procesal civil; c) Además, es una irapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho -en curso o inminentes- contrarias a Derecho respecto de las cuales el aparato cautelar resulta inoperante o, por lo menos, ineficiente. Así hubiera servido adecuadamente la autosatisfactiva para dar remedio a la situación de la directora de una S.A. a la que se le prohibía el ingreso al estableci-

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Ed. Civitas, passim.

<sup>18</sup> BARROS BOURIE, Enrique, "El recurso de protección como medio de amparo de los contralores", en "Instituciones modernas de Derecho Civil", libro de Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Lanari, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago 1996, página 334.

<sup>19</sup> *Ibidem*, página 335.

<sup>20</sup> Vide Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales; del 27 de Junio de 1992.

<sup>21</sup> Conf. El tenor de su artículo 43.

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", en J.A. Tomo 1987-II, página 826.



miento de pertenencia del ente societario<sup>23</sup>. Igualmente, cierta variante de "vías de hecho" representada por casos de "justicia por mano propia", también puede encontrar solución en el despacho de una autosatisfactiva.

A través del "recurso de protección" -que es pariente próximo de la autosatisfactiva- se ha dado solución en Chile a ciertas hipótesis de "justicia por mano propia" en materia civil<sup>24</sup>.

Expusimos "ut supra" acerca de lo que denominamos causas próximas de la aparición de la medida autosatisfactiva, señalando que las mismas son las debilidades de la teoría cautelar ortodoxa para dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables, la necesidad de conceder un encuadre correcto a ciertas normas legales que decretan el despacho de soluciones urgentes no cautelares que no han sido incorporadas a los textos de los Códigos Procesales Civiles y la capacidad de maniobra que otorga en miras a hacer cesar vías de hecho difícilmente removibles por otros medios.

En verdad, la causa próxima más importante del referido surgimiento ha sido la percepción de que "algo faltaba" en el cuadro de las atribuciones judiciales en vista a la satisfacción a ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones suficientes en las medidas precautorias tradicionales. Incluso desde la perspectiva de los civilistas y comercialistas se experimentaba igual sensación<sup>25</sup>, es decir que -como no nos cansamos de repetirlo- notaban que "si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar". Es que la categoría de lo "urgente" resulta mucho más amplio que el horizonte de lo cautelar<sup>26</sup>.

Algunos cedieron a la tentación de "desfigurar" lo conocido y así fue que comenzaron a hablar - y hasta se verifica su aplicación en resoluciones judiciales- de la "cautelar autónoma", que sería aquella

que no caduca, cuya sobrevivencia no depende de la iniciación "a posteriori" de un juicio principal. Otros, la mayoría, se inclinaron por intentar fijar los límites de un nuevo concepto jurídico, la medida autosatisfactiva, que venía a subsanar, de manera coherente y fundada, la referida sensación de "vacío". Sobre el particular, hemos tenido ocasión de decir que como fuere, siempre estamos ante lo mismo: un vacío sentido en nuestra panoplia de vías procesales que dificulta que el Servicio de Justicia rinda frutos apetecibles y pronto sin que sea necesario recurrir a "retorcimientos" ni a violaciones de la verdadera voluntad de los justiciables. En otras latitudes, como en E.E.U.U., a través del régimen de los injuncti<sup>27</sup>, Italia, Alemania y Perú, el ideario de la medida autosatisfactiva está presente de lege data, y su funcionamiento es corriente. En dichos lugares, el referido ideario se encuentra en paralelo con la diligencia cautelar ortodoxa sin mezclarse y asignándole a esta última, el rol que le compete. En lugar de "desfigurarse" a la "teoría cautelar clásica" se ha preferido preservarla y generar un nuevo instituto pensado por y para dar respuestas eficaces y expeditas a ciertas situaciones de urgencia que no reclaman (por sí mismas o porque no les interesa a los afectados) la promoción de acciones principales posteriores<sup>28</sup>.

Creemos -y seguimos creyendo- que resulta innecesario desdibujar, a una institución jurídica (en el caso, a la teoría cautelar), para hacerle rendir un servicio para el que no fue pergeñada. Mejor es reconocer que existen nuevas necesidades que reclaman nuevas tutelas que vienen a ser "diferenciadas" respecto de lo que se tenía hasta entonces. El verdadero progreso en general -también el jurídico- pasa por lo "diferente" más que por lo "reciclado". No puede extrañar la aparición de tantas y tantas "tutelas diferenciadas" en los tiempos que corren, puesto que vivimos en la época de la "al-

<sup>23</sup> Conf. El referido caso debidamente comentado en "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva", por Jorge Gribos, en La Ley 1997 - F página 482.

<sup>24</sup> BARRIOS BOURJE, Ob. Cit., página 327: "Los casos más frecuentes de este grupo se refieren al arrendador que se hace justicia por sí mismo; por ejemplo, prohibiendo el ingreso a la propiedad al arrendatario o haciendo el inmueble con el fin de hacerlo intransitable, bajo el pretexto de incumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones contractuales".

<sup>25</sup> LORENZETTI, Ricardo, "La tutela civil inhibitoria", en La Ley 1995-C página 118; NICOLAU, Naomi, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", en La Ley 1996-A, página 1247; ANDORINO, Luis, "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho Argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho Italiano"; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Derecho a la intimidad", Bs. As., 1982, Editorial Abdolón Perrot, página 157; FARINA, Juan, "Tratado de Sociedades Comarcalas, Sociedades Anónimas", Rosario, 1978, Editorial Zava, página 293.

<sup>26</sup> PEYRANO, Jorge W., "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", en La Ley 1996-A, página 999.

<sup>27</sup> PEYRANO, Jorge W., "Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacidad: el proceso urgente", en Revista Jurídica Vox Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (Lima) Suplemento de Mayo de 1995, página 14.

<sup>28</sup> PEYRANO, Jorge W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", en El Derecho - boletín del 24 de Octubre de 1996.

dea global" según algunos o de la "sobremodernidad"<sup>29</sup> según otros, marcadas por la aceleración de la Historia y el encogimiento del espacio. La idea de "aceleración" propia de tal cuadro de situación hace aparecer a su conjunto, más y más reclamos de características impensables hasta hace pocos años<sup>30</sup>. Negarse a reconocer la viabilidad de tales "tutelas diferenciadas" en nombre de la ortodoxia y en defensa de las ideas de los "mayores" (por cuya imaginación jamás pudo pasar lo que hoy resulta cotidiano), equivale a olvidar que también, en su momento, Chiovenda, Carmelutti, Calamandrei, Von Bulow fueron iconoclastas para su época ya que hablaban de una entidad científica (el proceso) que por entonces no era otra cosa que una rutina practicon. Pensamos, pues, que una causa mediata del alumbramiento de la medida autosatisfactiva radica en la necesidad humana básica de darse herramientas verdaderamente nuevas (una tutela diferenciada urgente, en el caso) para dar respuestas eficientes a desafíos que no existían cuando se estructuraron las antiguas.

Pero hay otra causa mediata que juega en relación a muchas de las demás tutelas diferenciadas y no sólo respecto de la autosatisfactiva: el achicamiento del Estado que se ha registrado en la casi totalidad de las naciones iberoamericanas. Dicha circunstancia ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder Administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con "tutelas diferenciadas" de las corrientes, que les permitan ejercer a cabalidad el nuevo perfil que -de hecho- les ha conferido la sociedad. Sin embargo, todavía medran espíritus cavilosos

que insisten en poner en manos de los tribunales menudados resortes, propios de una coyuntura que no es la actual. De todo ello se ha tomado, por ejemplo, plena conciencia en Chile "El decaimiento de la vitalidad del espíritu jurídico dejó amplios campos del Derecho sin desarrollo. Los grandes cambios, en la industria, la economía y la sociedad desde la dictación de los códigos del siglo pasado, no encontraron lugar en las instituciones jurídicas clásicas. Por años el espacio vacío fue crecientemente llenado por órganos administrativos, respecto de cuyas decisiones ni siquiera existía un control externo de jurisdicción. Ocurrido el retiro de la administración pública, en razón de los cambios en la cultura económica y jurídica, tiende inevitablemente a aumentar la importancia relativa de los jueces, como ocurre en todos los países donde existe una administración más débil, como, por ejemplo, en los Estados Unidos. El resultado es que los jueces, en la sociedad chilena actual, han asumido un rol más predominante que hace 20 años. Y así, la acción de protección ha abierto un camino judicial para controlar la juridicidad de actos que antes eran objeto, a lo más, de control interno en la administración (Contraloría General de la República)"<sup>31</sup>.

Cabe señalar que ya existe una nutrida bibliografía sobre la materia<sup>32</sup> que confirma no sólo la aceptación lograda por la autosatisfactiva sino también su difusión en los más variados terrenos jurídicos.

## V. RECEPCIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Recientemente<sup>33</sup>, el tribunal más empujado de la Nación ha incorporado el ideario de la tutela anti-

<sup>29</sup> MARC AUGÉ prefiere utilizar el término "sobremodernidad". El conocido pensador francés lo emplea en sus libros "El sentido de los otros" y "Hacia una antropología de los mundos contemporáneos".

<sup>30</sup> Repárese, por ejemplo, en los pedidos de tutela jurisdiccional que hoy se formulan en defensa de los llamados "derechos de tercera generación".

<sup>31</sup> BARROS BOURIE, Ob. Cit., página 335.

<sup>32</sup> MORELLO, Augusto, "La cautela satisfactiva", en J. A. 1985-IV página 414; BALDOS, Jorge Mario, "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva", en La Ley 1997-F, página 482; DE LOS SANTOS, Mabel, "Resoluciones Anticipatorias y Medidas Autosatisfactivas" en J. A. 1987-IV, página 800; SAGARINA, Fernando, "El proceso autosatisfactivo: un desafío en la ocurrencia", en J. A. Boletín del 29 de Abril de 1988; PEYRANO, Jorge W., "Lo Urgente y lo Cautelar", en J. A. 1995-I, página 59; PEYRANO, Jorge W., "Vademecum de las medidas autosatisfactivas", en J. A. 1996-II, página 700; PEYRANO, Jorge W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de Urgencia, Medidas Autosatisfactivas", en J. A. 1997-II, pág. 326; PEYRANO, Jorge W., "Informe sobre la medida autosatisfactiva", en La Ley 1996-A, página 1002; PEYRANO, Jorge W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", en El Derecho, Tomo 159, página 1347; PEYRANO, Jorge W., "Regimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas", en La Ley, Boletín del 16 de Febrero de 1998; VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto, "Las medidas autosatisfactivas en Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor", en La Ley 1997-E, página 1440.

<sup>33</sup> Vide, "Carnacho Acosta, Máximo c. Graf Graf SRL y otros" en El Derecho, Boletín del 5 de Febrero de 1998, pág. 2.

cipada. Lo ha hecho, cierto es, bajo el ropaje de la medida cautelar innovativa<sup>34</sup>, pero ello no altera el mérito que corresponde reconocerle por mostrarse permeable a nuevas propuestas que no son otra cosa que respuestas a nuevas necesidades experimentadas por los justiciables.

En la especie y en el marco de un proceso de resarcimiento de daños y perjuicios, la requirente solicitó -y no obtuvo en las instancias de grado- una medida innovativa consistente en que se "impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos"<sup>35</sup>. A través de un recurso directo -concedido pese a ser ello inusual en materia precautoria- la Corte ha venido -en los hechos- a consagrar una suerte de tutela anticipatoria. En efecto, nos parece que lo argumentado por los jueces que votaron en mayoría se ajusta a los principales presupuestos exigidos por la doctrina en general y por algunas legislaciones que han regulado dicha forma de tutela urgente. Así es que a) se hace hincapié en que el solicitante puede

sufrir un "perjuicio irreversible" si no se le otorga ya mismo un anticipo parcial y provisorio de lo pretendido; vale decir que se acepta la importancia de exhibir un "plus" por sobre el simple "peligro en la demora" propio de las medidas cautelares; b) De manera tácita pero evidente, la Corte señala que en el caso el derecho material invocado por el requirente disfrutaba de una "aparición de buen derecho" singular, reforzado por el hecho de que se perseguía el resarcimiento de un "agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art.5º inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"<sup>36</sup>. Con todo ello, se está diciendo que en la especie el "fumus bonus iuris" era especialmente denso; c) obviamente lo anticipado (el pago de la prótesis) no constituye una materia difícilmente "reversible" en el supuesto de que, en definitiva, la sentencia final resulte desfavorable a la actora.

Quizás la resolución analizada no pase de ser "circunstancial" y aislada. Ojalá no ocurra tal cosa. Como fuere, la trocha está abierta y sirve de norte, inspiración y estímulo.

<sup>34</sup> Conf. Nota al fallo citado en la nota 33: "La tutela anticipada en la Corte Suprema" por Augusto MORELLO, en *El Derecho*, Boletín del 5 de Febrero de 1995.

<sup>35</sup> Entre otras cosas, la Corte en el caso declaró lo siguiente: "Corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia que rechazó la medida cautelar de innovar solicitada por la actora en un proceso de indemnización por daños y perjuicios tendiente a que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Ello es así, pues si bien las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio debe ceder cuando, como en el caso, el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis desde el momento de la sentencia definitiva lo provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en su situación actual -hasta el momento de la conclusión del proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desanjar cualquier relación laboral".

<sup>36</sup> Conf. La resolución citada en nota 33.