



TUTELA JUDICIAL: RESPUESTA DE LA JUSTICIA EN TIEMPO OPORTUNO

Autor: Dra. Cecilia Prada Errecart.

Profesora de Derecho de Familia (USAL). Funcionaria Judicial.

El objeto del presente trabajo es poner de resalto la necesidad de dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante situaciones que no admiten demora. En tal sentido, los procesos urgentes, están siendo admitidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales, implicando ello una toma de conciencia acerca de la gravedad de la problemática que se plantea ante el vacío legal imperante. No obstante ello, no parece recomendable que estas situaciones urgentes cuya dilación traería aparejada daños irreparables quede librada al arbitrio judicial, ya que el damnificado podría ver frustrado su derecho ante un funcionario judicial enrolado en una postura por demás ritualista.

En principio cabe señalar que desde el punto de vista clásico o tradicional, los denominados “procesos urgentes” se referían únicamente, a las medidas cautelares que se dictaban en el marco de un proceso principal. Actualmente se afirma que los procesos urgentes no se agotan con las medidas cautelares, siendo su campo de acción mucho más amplio porque también lo “urgente” está presente en ciertas pretensiones que recaen directamente sobre aspectos sustanciales o de fondo. La nota que caracteriza a tales procesos es la prevalencia que se asigna al principio de

Los estudiosos del proceso definen a la tutela de urgencia como una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada cuya característica fundamental consiste en el factor tiempo. Se da prioridad al tiempo, celeridad, asegurando con ello la utilidad del resultado, es decir, la efectividad del proceso. Para lograr ese fin se reduce la cognición y se posterga la bilateralidad. Asimismo señalan que todas las tutelas urgentes, aun las de contenido anticipatorio, tienen como finalidad la realización, en toda su plenitud, del principio de efectividad del proceso a que se aludiera precedentemente.

El proceso urgente, como género, según lo expuesto en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la Provincia de Santa Fe en el año 1995, comprende a las medidas cautelares, pero también a otro tipo de resoluciones diferenciables y con caracteres propios, como las tutelas anticipatorias y las medidas autosatisfactivas. A su vez, en el X Congreso Provincial de Derecho Procesal celebrado en la misma provincia, en el mes de agosto de 1996, se expresó que “el proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demora. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autostisfactivas, las sentencias anticipatorias, el hábeas corpus, entre otros”.

En ese orden de ideas Peyrano esbozó en forma clara que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”.

Así una vez determinada la “urgencia” como elemento común, resta indicar las diferencias. En tanto el proceso cautelar es esencialmente instrumental y su finalidad radica en asegurar la ejecución futura de la sentencia o la efectividad del pronunciamiento definitivo en todas sus formas, la tutela anticipada –también instrumental o accesoria de un proceso principal- apunta no a garantizar la eficacia de la sentencia sino a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable. No puede dejarse de observar que en sentido amplio toda tutela cautelar, aun las conservatorias, tiene cierto contenido anticipatorio, pero en sentido estricto y técnico, anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, es decir, identidad objetiva.

En cuanto a los caracteres comunes que posee la tutela anticipada con las medidas cautelares típicas, se destacan la instrumentalidad, que no produce efectos de cosa juzgada material, no causa instancia y su acogimiento no configura prejuzgamiento, que es de ejecutabilidad inmediata y reviste carácter de urgente. Así cabe señalar algunas distinciones respecto a ciertos caracteres propios de las medidas cautelares.

subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. Por el contrario, como regla general, las sentencias anticipatorias una vez dictadas no podrán dejarse sin efecto hasta el fallo definitivo, así como, si fueran rechazadas, tampoco podrá insistirse en obtenerlas. Esto último marca otra diferencia, pues el rechazo de una cautelar típica no impedirá su replanteo en tanto cambien las situaciones fácticas que no permitieron su adopción. Si bien estas conclusiones respecto del alcance de la “provisionalidad” de las medidas anticipadas no son compartidas de manera uniforme por la doctrina según sostiene Berizonce.

Asimismo, no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles: si se solicita el anticipo de la decisión de mérito total o parcial ello no es sustituible por otra medida. En su caso el juez podrá acordar parcial y no totalmente lo solicitado, pero no procede su reemplazo por una tutela diferente de la pedida. Las mismas no se decretan inaudita parte sino, por el contrario, luego de trabada la litis.

El conocimiento judicial para decretarlas no es grado de apariencia, como en las cautelares típicas, ni en grado de certeza, como sucede en la sentencia definitiva, sino en un estadio intermedio de conocimiento que se ha dado en llamar “certeza provisional”.

También existen diferencias en cuanto hace al requisito de la verosimilitud del derecho, pues para la admisión de estas medidas se exige un “conocimiento en grado de certeza provisional”; el peligro en la demora propio de las medidas cautelares se sustituye, cuando se trata de otorgar una medida anticipatoria, por la llamada “irreparabilidad del perjuicio”, que es una suerte de peligro en la demora calificado. Tal recaudo consiste en que si no se adelanta la decisión de mérito total o parcialmente se configura un daño irreparable. Obviamente no se trata de un daño patrimonial pues éste es de fácil reparación requiriendo una contracautela adecuada sino de un perjuicio de otra índole, difícilmente reversible.

En nuestro derecho son medidas anticipatorias expresamente legisladas la fijación de alimentos provisorios (art. 375, 2° parte del Cód. Civil), la entrega anticipada del inmueble en el juicio de desalojo por intrusión (art. 676 bis C Proc. de Provincia de Buenos Aires, y 680 bis del CPCC), la restitución del bien bajo fianza en el interdicto de recobrar (art. 616 CPCC) y el levantamiento de embargo previa caución en la tercería de dominio (art. 99, 2° párrafo del CPCC).

Antecedentes en el Derecho Comparado y Tratamiento Doctrinario.

a) La tutela anticipada en la legislación Brasileña:

referencia no está ubicado dentro de los procesos cautelares sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento, lo que indica que su naturaleza no es precautoria, conclúyese de ello que no es un procedimiento accesorio o instrumental de otro "principal", sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene resolución anticipatoria.

El CPC brasileño, en el artículo 273, al tratar específicamente de la "tutela anticipatoria", afirma que el juez podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela, siempre que **"existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación"**.

Cuando se habla de anticipación de la tutela, se piensa en una tutela que se debe realizar en un tiempo menor del que será necesario para el término del procedimiento. Como el principal responsable por el dispendio de tiempo en el proceso es la producción de la prueba, muchas veces se admite la anticipación de la tutela antes de que las pruebas requeridas por las partes hayan sido producidas. En este sentido, se afirma que la tutela se concede con postergación a la producción de la prueba, o con la postergación de lo contradictorio. **En estos casos, "prueba inequívoca" solamente puede significar la prueba formalmente perfecta, cuyo tiempo de producción no es incompatible con la inmediatez con que la tutela debe concederse.**

b) En el Derecho Francés:

El derecho francés a partir del dictado del decreto 907, art. 2° del 2 de septiembre de 1988, que añadió un nuevo párrafo al art. 102 del Código de Tribunales Administrativos, introduce una innovación importante en materia cautelar, con lo que se consolida el ámbito de protección cautelar en el contencioso-administrativo a través del ***référé provision*** que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo. Cabe destacar también que el art. 3° del decreto sólo permite suspender en apelación o en casación un auto que acuerde el ***référé-provision*** si de su ejecución pudieran derivarse "consecuencias difícilmente reparables" o si los motivos alegados en su contra parecen serios dado el estado de la instrucción, de modo que permitan suponer la desestimación de la demanda.

Existe otro procedimiento que se introdujo en 1992 denominado ***"petición de urgencia precontractual"***, que permite al juez suspender preventivamente la conclusión de un contrato público.

c) En el Derecho Español:

Señala García de Enterría que el nuevo paradigma del derecho administrativo reside en la tutela judicial efectiva y que pone de resalto el art. 24, párrafo 1º de la Constitución española que expresa: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. La ley 29 del 13 de julio de 1998 “Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa” destaca las medidas cautelares innominadas en el Título II, Capítulo II.

En los arts. 129 a 136 establece que los interesados en el procedimiento contencioso administrativo podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

d) En el Derecho Italiano:

El código peninsular con relación a los procesos urgentes consagró el “*proveimiento*” de urgencia en una norma específica, el art. 700 del C.P.C.

En la reforma introducida por la ley 353/90 prevé la admisibilidad de dos proveimientos específicos que actúan a modo de tutela anticipatoria. Ellos son: 1) La ordenanza por el pago de suma no contestada, por la que puede disponer el juez hasta el momento final de la fase instructoria, para ordenar el pago de sumas no contradichas y 2) La ordenanza de “*ingiunzione*” a favor del acreedor de una suma de dinero o cantidad determinada de cosa fungible cuando el crédito está fundado en títulos de particular valor, o si existe peligro grave perjuicio en la demora. En ambos supuestos es necesario que el derecho consista en prueba escrita.

APLICACIÓN EN EL AMBITO NACIONAL:

a) Jornadas sobre Responsabilidad Civil (Rosario, 1986)

Comisión N° 3: Sistemas de protección a los damnificados por actividades riesgosas o peligrosas. En esta se expuso que “la protección ante las actividades peligrosas o riesgosas debe ser fundamentalmente preventiva”.

b) II Jornadas de Derecho Procesal Argentino

(Villa Mercedes-San Luis, agosto 1991):

“La actividad judicial no se agota necesariamente, en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que –*stricto iuris*-, conculcarían el principio dispositivo y el de congruencia. La misión de prevenir el acaecimiento o la

c) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 26 al 28 de octubre de 1995):

Comisión N° 2: Responsabilidad Civil por la Actividad Industrial: “V. Daño ambiental: 4) Debe organizarse un sistema de tutela ecológica preventiva: cabe responsabilizar al industrial en cuanto su actividad industrial contamine, degrade o dañe el medio ambiente y pase por alto el deber de su preservación...”.

d) X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe (agosto, 1996):

“El proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el hábeas corpus, etc”.

e) Congreso de la Provincia de Corrientes–Comisión de Derecho Procesal Civil y Concursal (1997):

“Resulta imperioso reformular una teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida a los procesos urgentes y a las llamadas medidas autosatisfactivas. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial”.

f) XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Provincia de Neuquén, 1999:

“Se recomienda la pronta y prudente incorporación a la legislación procesal argentina de la estructura monitoria, la medida autosatisfactiva, la tutela anticipada y de otras expresiones válidas de una deseable “justicia temprana”. Ello, sin perjuicio de que la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada son operativas aún en ausencia de texto legal expreso”.

g) VIII Jornadas Rioplatense de Derecho, Octubre de 2003, San Isidro:

“...Por ello creemos que resulta imperativo que se disponga la creación de Juzgados Tutelares que entiendan en todos aquellos casos en que exista urgencia ante un daño

h) Ley 4559 de la Provincia de Chaco (art. 232 bis):

Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de lo postulado resulta atendible y que es impostergable presta tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente ordenar medidas autosatisfactivas.

i) Art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa.

j) Ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe sobre violencia familiar.

k) Art. 402 del Código Procesal de la Provincia de Mendoza:

La tutela de un interés pare el que no fuere necesaria la promoción de un proceso autónomo se registrá por las reglas que establezcan las leyes que específicamente la regulen. En defecto de éstas, y no resultando más idóneas otras medidas urgentes, si se demuestra que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el tribunal puede ordenar medidas autosatisfactivas siempre que la petición resulte atendible por fundarse en un interés cierto y manifiesto, respaldado por prueba que demuestre un derecho cuya declaración no se extienda a otros conexos o afines.

Ahora bien, de lo expuesto resulta imperioso incluir en nuestro código procesal vigente y en los proyectos de tutela modernos institutos de tutela urgente, dado que devienen necesarios para asegurar la efectiva operatividad de los derechos sustanciales en los casos en que sólo una actuación rápida de la jurisdicción puede evitar un daño irreparable o la frustración del derecho. Si bien sabemos que en la actualidad algunos jueces los aplican, incluso en forma analógica a la medida cautelar genérica, se impone el dictado de normas concretas sobre estos a fin de respetar también el derecho de igualdad ante la ley, ya que éste se ve violado, si por ejemplo un juzgado aplica los procesos urgentes y otros no. Reglar sobre estos institutos contribuirá a dar una mayor seguridad jurídica.

En este sentido, me parece apropiado concluir con una enseñanza del maestro Bidart Campos que dice: “la garantía del debido proceso incluye un aspecto muy importante, cual es el de la duración “razonable” del proceso...todo proceso ha de tener una duración que sea razonable de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso. Cuando la pretensión es urgente, el proceso debe durar menos –o mucho menos- que cuando no reviste ese apremio...La duración razonable del proceso conforme a la índole de la pretensión es una exigencia que se funda en la necesidad de que la sentencia que pone fin a ese proceso se alcance a dictar en tiempo oportuno, y sea capaz de rendir utilidad y eficacia para el justiciable...Del

y eficaz”.

Dra. María Cecilia

Prada Errecart

Bibliografía consultada:

- Berizonce, Roberto O., “Tutela anticipada y definitiva, J.A., 1996-IV-741.
- Peyrano, Jorge W., “Lo urgente y lo cautelar”, JA., 1995-I-899, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, J.A., 1997-II-926, “La tutela de urgencia en lo general y la tutela en particular”, ED. 163-788.
- Parellada, Carlos A., “Tutela inhibitoria de los daños”, Fundesi, 2004.
- De los Santos, Mabel, “La medida cautelar genérica, en Tratado de las medidas cautelares”, T 4, Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe 1997, pág. 150, “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”, JA 1996-I-633.
- Gómez Alsina, Martha, Palacios, Carmen Elisa y Noro Villagra, Jorge, “Medidas Cautelares: tutela anticipada. Su aplicación en el derecho administrativo”.
- Frydman, Patrick, “Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés”, El Derecho, 28-6-00, pág. 1/3.
- De la Rocha García, Ernesto, “Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos”, Granada, 1999, pág. 192/4.
- Vargas, Abraham Luis, “Teoría general de los procesos urgentes” (Parte I), La Ley, 1996-A, 881/2.
- Marinoni, Luiz Guilherme, “La prueba en la acción inhibitoria”, Curitiba, Ius Navigandi.