

EN DEFENSA DE LA TUTELA CAUTELAR COMO INSTRUMENTO DE TUTELA EFECTIVA*

Eugenia Ariano Deho

Profesora de Derecho Procesal UNMSM

"La vita fugge, e non s'arresta un'ora"
(Petrarca. Canzoniere)

SUMARIO: 1. De la clásica visión publicística a la visión garantista de la tutela cautelar.- 2. La tutela cautelar en jaque.- 3. La presunta "insuficiencia" o "inidoneidad" de la tutela cautelar.- 4. El poder general de cautela en el Perú.- 5. La autonomía de la tutela anticipatoria.- 6. Las denominadas "medidas autosatisfactivas" o de satisfacción inmediata.- 7. Conclusiones.

1. De la clásica visión publicística a la visión garantista de la tutela cautelar.- Decía CALAMANDREI que la tutela cautelar más que estar dirigida a defender los derechos subjetivos, lo está para garantizar "la eficacia, y por así decirlo la *seriedad* de la función jurisdiccional", es decir a salvaguardar "el *imperium iudicis*, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de la justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre"¹. Cuán válida es esta visión "*publicística*" de la tutela cautelar hoy. Si el proceso es el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para la tutela de nuestros derechos e intereses, la tutela cautelar no está dispuesta para salvaguardar el "*imperium iudicis*", sino para salvaguardar la posibilidad práctica de la efectiva tutela de nuestros derechos, vale decir, para garantizar esa efectividad. Como bien decía FAZZALARI la función de la tutela cautelar "responde -en todos los sectores- al 'principio de efectividad de la tutela jurisdiccional'"². La tutela cautelar pues se presenta desde la óptica

* Ponencia presentada en el XIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal realizado en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, los días 7, 8 y 9 de octubre de 1998.

¹ CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires, 1945, pag. 140.

² FAZZALARI, *Profili della cautela*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 4.

del sujeto necesitado de tutela (el "justiciable") como una auténtica garantía para obtener la tutela definitiva de sus derechos. De esta forma nos encontramos frente a ese "vuelco espectacular" al que hacía referencia el gran administrativista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA³: "la constitucionalización de las medidas cautelares, esto es, de concienciación progresiva de que sin éstas no hay, ni puede haber una auténtica y efectiva tutela judicial"⁴.

2. *La tutela cautelar en jaque.*- Sin embargo, pese a ese "vuelco fundamental" la tutela cautelar en los últimos tiempos ha sido blanco de una acusación muy grave. Se ha dicho que "Las herramientas cautelares que tienen al alcance los justiciables -tanto en la Argentina como en la mayoría de los países de Latinoamérica- son insuficientes, o, más bien inidóneas para resolver de manera adecuada determinadas situaciones urgentes"⁵, y son insuficientes, porque necesariamente deben estar ligadas a un proceso principal. "Lo lábil de la doctrina cautelar ortodoxa finca en que se visualiza a las diligencias precautorias como algo que siempre es accesorio de otro juicio principal y que si éste no se promueve -en tiempo y forma-, aquellas caducan"⁶. De donde resulta que la imputación que se hace a la tutela cautelar es la de ser siempre y necesariamente *instrumental*, inclusive cuando el único interés que mueve al *justiciable* es simplemente remover situación de urgencia: "Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y conservar) la cautelar que realmente le importa"⁷.

En mi concepto se equivoca el punto de partida. No es la *tutela cautelar* la que se mostraría insuficiente "para resolver" situaciones urgentes, sino, en

³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA E. - FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 617. Así lo ha declarado la Corte Constitucional italiana en su sentencia N. 190 del 28 de junio de 1985; así lo ha declarado en sendas oportunidades el Tribunal Constitucional español que ha sentado el principio que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva (sentencia 17 dic. 1992). Así se dejó sentado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo en la famosa sentencia del 19 de julio de 1990 del asunto *Factortame*. Sentencias todas en la que sobresale un viejo principio chiovendiano: "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

⁴ *Idem*, p. 617.

⁵ PEYRANO, *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, en la Revista "Ius et veritas", Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 15, p. 11.

⁶ *Idem*, p. 13.

⁷ *Idem*, p.11.

todo caso, los mecanismos (o sea el proceso) previstos para la obtención de la tutela de fondo serían los insuficientes para responder a las necesidades de tutela "urgente".

3. La presunta "insuficiencia" o "inidoneidad" de la tutela cautelar.- Si alguna justificación tiene la tutela cautelar es la existencia de la urgencia. Lo urgente es lo que no puede esperar. Y cuando nos referimos a la experiencia procesal lo que no se puede esperar es el otorgamiento de la tutela definitiva de los derechos que están (o estarán) en juego en un proceso. No se puede esperar porque existe el peligro que si se espera se frustrará la posibilidad misma de obtener la pretendida tutela. Como bien dice CALDERÓN CUADRADO "Si en el momento presente se requiere tiempo para llegar a un momento futuro, la efectividad de ese momento futuro puede estar en verdadero peligro por el preciso devenir temporal"⁸. Es por ello que si alguna justificación tiene la tutela cautelar ella debe encontrarse en el denominado *periculum in mora*, que justamente la medida cautelar debe neutralizar. Debemos a CALAMANDREI la individualización de dos tipos de peligro en la demora:

a). El peligro de *infructuosidad*, en donde las medidas cautelares "no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho se produzcan en condiciones prácticamente más favorables"(caso típico del embargo, en donde se trata de neutralizar la posibilidad de que el presunto deudor se deshaga de sus bienes burlando la posibilidad de hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial); y

b). El peligro de *tardanza*, en donde "el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el cual se contiene en el juicio de mérito" (el tiempo mismo necesario para la obtención de la tutela definitiva como fuente -en si mismo considerado- de daño)⁹.

⁸ CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 46.

⁹ CALAMANDREI, *ob.cit.*, p. 71 y 72;

Estos dos tipos de peligros que se pueden presentar y justificar la concesión de medidas cautelares resulta fundamental para establecer los alcances, el contenido y, a su vez los límites, de la tutela cautelar.

Si de algo hoy se tiene conciencia es que un sistema procesal si quiere asegurar al justiciable una efectiva tutela jurisdiccional de sus derechos debe contemplar un sistema de medidas cautelares lo suficientemente dúctil como para neutralizar cualquier peligro de frustración de dicha efectividad. En tal sentido no bastan las medidas cautelares típicas (vale decir, aquella que están expresamente consagradas por la norma para asegurar la tutelabilidad de un determinado derecho, frente a un determinado *periculum in mora*, y con un contenido específico indicado por la propia norma) sino que es preciso la consagración de la posibilidad de dictar medidas cautelares atípicas, en función del concreto derecho que está (o estará) en juego en el proceso (de fondo) y del concreto peligro (normalmente un perjuicio inminente e irreparable) que amenaza dicho derecho, dándole a la medida cautelar el contenido que sea necesario para neutralizar el peligro, asegurando de esta forma la efectividad del acto terminal del proceso (de fondo). En buena cuenta, atribuyendo al juez lo que CHIOVENDA llamó el poder general de cautela. Tal es la solución alemana y austriaca que junto con el clásico *arrestprozess*, permite la emisión de *einstwilige Verfügungen* (los decretos provisionales de los parágrafos 935 y 940 de la ZPO alemana, de los parágrafos 378 y 402 de la Ordenanza de Ejecución austriaca); la del derecho italiano con sus *provvedimenti d'urgenza* (artículo 700 de su Codice di procedura civile); tal la del artículo 1428 de la Lec española, de los ordenamientos latinoamericanos, y entre ellos el nuestro, y, en fin, la experiencia del *common law*, tal vez la más atípica de todas, con los *pre-trial remedies*, en especial la *interlocutory injunction*, del derecho inglés, o la *preliminary injunction* o el *temporary restraining order* del derecho norteamericano que fuera de los casos predeterminados de *arrest*, *attachment*, *garnishment*, *replevin*, *sequestration* permiten dar a la medida cautelar cualquier contenido idóneo a los fines de la tutela.

En buena cuenta, sólo se podrá asegurar la obtención de una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional cuando se consagre un sistema de medidas cautelares mixto, que consagre medidas cautelares típicas y la posibilidad de dictar medidas atípicas adaptables a las reales necesidades de asegurar el éxito de la tutela de fondo.

Es en el campo de la cautela atípica donde debemos movernos para lograr la efectividad de todo el sistema procesal. En tal sentido, consideramos,

que frente a determinados peligros (determinados en el caso concreto) el juez puede y debe adoptar la medida que se presente como necesaria para neutralizar dicho peligro. Pero dentro de qué parámetros. En mi concepto los parámetros son la *instrumentalidad* y la *provisionalidad* de la cautela.

La medida cautelar que se dicte debe ser *instrumental*, vale decir, estar dirigida a que la tutela de fondo no se frustre. En tal sentido, el juez puede dictar medidas de corte *conservativo* (mantener un determinado *statu quo*) o de corte *innovativo* (variar, cambiar, una determinada situación para lograr que no se frustre la posibilidad de la tutela de fondo). Lo magnífico de la tutela cautelar atípica estriba justamente en ello en esa posibilidad de dictar la medida más idónea para evitar la posibilidad de frustración de la tutela de fondo. Si para lograr esa efectividad debe adelantar, anticipar, en el tiempo algunos o todos los efectos del acto terminal del proceso de fondo ello es perfectamente posible dentro del terreno de lo cautelar, si ello es necesario para neutralizar el concreto peligro que amenaza el derecho que está (o estará) en juego en el proceso principal. Pero lo que si debemos excluir es que la tutela cautelar se utilice como subrogado de la tutela de fondo. Si una medida cautelar anticipa el contenido del acto terminal del proceso de fondo, lo hace porque se presenta como necesario para neutralizar un peligro (inminente e irreparable) que amenaza el derecho.

Cuando en un sistema procesal se recurre a la tutela cautelar para obtener lo que se debería obtener en el proceso de fondo estamos ante un sistema "*enfermo*", un sistema en el cual el instrumento predisposto para la tutela de nuestros derechos no responde a las necesidades de justicia. Frente a la pregunta si se puede obtener en vía cautelar lo que se debe obtener (o se podría obtener) en el proceso de fondo, la respuesta debe ser afirmativa, pero, con fines *instrumentales*, pues, sólo deberá ocurrir ello cuando se presente como necesario para no frustrar el derecho objeto de la tutela principal. Para ello el juez tendrá un solo límite: no podrá disponer en vía cautelar más de aquello que se podrá obtener en la tutela de fondo (límite *cuantitativo*).

Pero, además, debe tenerse en cuenta que la tutela cautelar además de ser siempre *instrumental* es también *provisional*. La medida cautelar, como dice ARIETA "nace provisional y continúa a vivir y a operar en vía provisional y está de todas formas destinada a ser totalmente absorbida por la decisión de mérito, la emisión de la cual determina el decaimiento de su eficacia y el agotamiento de la misma función que la tutela cautelar ha entendido realizar, a través de modificaciones, en sentido conservativo o innovativo, operadas sobre la re-

lación sustancial deducida”¹⁰. Por ello atendiendo a su *provisionalidad* (en el tiempo) el juez al disponer una medida cautelar atípica deberá tener en cuenta también la situación del sujeto pasivo de la cautela. En tal sentido, y en atención a que la medida se dicta en base a un simple *fumus boni iuris* del solicitante de la cautela el juez deberá tener en cuenta que tan irreversibles (para el sujeto pasivo) serán los efectos de la medida que concede, en atención a que la medida se dicta para paliar un estado de peligro que (aparentemente) amenaza el derecho. Por ello consideramos que la tutela atípica se puede conceder dentro de los siguientes parámetros:

1º. La medida cautelar no podrá conceder al sujeto activo de la misma *más de aquello* que le será (si es que le es) concedido en sede de tutela de fondo (por lo cual el “techo” de la medida cautelar está determinado por el *pétitum* del proceso principal) (*límite cuantitativo*);

2º. La medida cautelar que se dicte debe ser siempre *instrumental* y no necesariamente debe ser *anticipatoria*. Puede, con fines cautelares, disponerse medidas cuyo contenido sea *cualitativamente* distinto de aquel de la futura decisión final, vale decir, disponer la medida más idónea para salvaguardar el derecho en juego en el proceso principal, evitando su frustración. Puede tener un contenido anticipatorio si ello se presenta como necesario para neutralizar el peligro¹¹.

3º. El contenido de la medida cautelar deberá ser establecido también teniendo en cuenta los intereses del sujeto pasivo de la cautela, en tal sentido no se deberán adoptar medidas que:

- dispongan efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión;
- que sean excesivamente dañosos para el sujeto pasivo de la cautela¹².

¹⁰ ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cpc*, Cedam, Padova, 1985, pag. 45.

¹¹ Cfr. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex articolo. 700 c.p.c.*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 585 y ss.

¹² Decía VERDE QUE “cuando la resolución de urgencia produce efectos irreversibles para evitar que la duración del proceso pueda dañar al actor ella produce el riesgo de dañar irremediabilmente los intereses del demandado”: *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, cit. por OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 744.

4. *El poder general de cautela en el Perú.*- Estas reflexiones generalísimas sobre la posibilidad de la emisión de medidas atípicas son perfectamente aplicables al sistema cautelar introducido por el Código procesal civil peruano de 1993. En otra sede hemos sostenido que nuestro Código ha concedido tal vez el poder general de cautela más amplio que puede existir a nivel no sólo latinoamericano sino a nivel de toda la legislación comparada¹³. La afirmación parece excesiva, pero en realidad no lo es, pues al margen de las facultades de emitir medidas cautelares con un contenido innovativo-anticipatorio (artículos 618-682) o conservativo (artículo 687) siempre condicionadas a la existencia (aparente) de un *peligro irreparable* (en el caso de las medidas de los artículos 682 y 687 condicionadas también a su *inminencia*) nuestro Código ha establecido en su artículo 629 que el juez puede dictar cualquier medida que "asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva". He aquí el verdadero poder general de cautela de nuestro juez. Arma poderosísima y a la vez peligrosísima, a la cual se deberá recurrir con los límites impuestos por la instrumentalidad y la provisionalidad en los términos arriba señalados.

5. *La autonomía de la tutela anticipatoria.*- Hace muchos años ya CRISANTO MANDRIOLI solitariamente sostuvo en la doctrina italiana que existían un grupo de resoluciones que él llamó *anticipatorias o interinas* que se distinguían netamente de las medidas cautelares por no tener naturaleza instrumental¹⁴. Ejemplos de esas resoluciones son las ordenanzas del artículo 708 del C.p.c. italiano, el decreto monitorio, la ordenanza de desalojo del artículo 665, las condenas con reserva, entre otras. Dicha categoría ha sido confirmada en la evolución de la legislación italiana con las ordenanzas de pago de sumas no contestadas y de una provisional en el proceso laboral (artículo 423, según la reforma de 1973); para la reposición en el puesto de trabajo según el artículo 18 cuarto párrafo del denominado Estatuto de los Trabajadores (1.300/70), y de las ordenanzas por las sumas no contestadas y monitorias (artículo 186 *bis* y 186

¹³ ARIANO, *El poder general de cautela*, en la Revista *Apuntes de Derecho*, Año III, N°1, 1998, p. 169.

¹⁴ MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 551 y ss. Dice MANDRIOLI que "Si anticipar quiere decir, en primer lugar, "llegar primero", la técnica de la anticipación, referida a una resolución, significa técnica del hacer llegar (es decir hacer pronunciar) una resolución antes de otra resolución... la resolución normal y necesaria es aquella que define el juicio de primer grado, es decir, normalmente, la sentencia, y solamente ésta, puede ser la resolución anticipada, o sea la resolución respecto de la cual se presenta el fenómeno de la anticipación en sentido propio". (ob. cit., p. 555-556).

ter) que se pueden adoptar en cualquier proceso de cognición según la reforma de la ley 353 de 1990 (vigente desde el 1º de enero de 1993). Todas estas resoluciones son típicas y tienden a paliar la duración (siempre excesiva) del proceso de cognición. En sustancia son resoluciones dictadas en base a una cognición sumaria y cuya duración está limitada al proceso de primer grado, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

Si MANDRIOLI construyó esta categoría inductivamente en base al dato positivo italiano, lo que significa que no es una categoría general y atípica, el legislador brasileño en la última reforma operada en 1994 ha introducido en la versión novelada de su artículo 273 la denominada “anticipación de tutela”, cuyo objeto es neutralizar los efectos del tiempo sobre la efectiva prestación jurisdiccional del Estado, anticipando por vía de una cognición sumaria, la tutela que normalmente demoraría en ser obtenida en el proceso. La resolución anticipatoria (anticipante en realidad) constituye la misma resolución que se demandó que se encuentra limitada en su eficacia, pues ella es ejecutable provisionalmente, pudiendo ser revocada por la sentencia. Los requisitos para conceder la resolución anticipante son que:

- 1º. Exista prueba inequívoca que permita al juez llegar a la “verosimilitud” de la alegación del actor; o
- 2º. Haya :
 - a). Fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación;
 - b). Quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

La resolución es siempre revocable y no se concederá si es que el juez considera que la resolución (justamente porque es inmediatamente ejecutiva) pueda producir un daño irreversible al demandado. La resolución anticipante es una resolución interlocutoria que se dicta durante la pendencia del proceso, proceso que debe necesariamente concluir con la “sentencia final”.

Nos movemos pues dentro del campo de la tutela sumaria, en su más clásica concepción. Tutela sumaria en la que rige el principio antitético al que rige en materia cautelar¹⁵ y tan bien ha señalado SCARSELLI: *los tiempos inme-*

¹⁵ El principio chiovendiano que los tiempos del proceso no deben ir en daño de la parte que teniendo la razón debe servirse necesariamente del proceso para obtener su reconocimiento.

*diatos del proceso deben ir en contra de la parte que tiene necesidad de la tratación de la causa para probar la existencia del derecho o de la excepción*¹⁶, lo que significa que si el demandante puede acreditar *prima facie* su derecho (o mejor los hechos constitutivos de su derecho) la duración del proceso (necesario para que se declare por sentencia y en base a una cognición plena y con calidad de cosa juzgada) no tiene que padecerla él, la padecerá la parte demandada que es la que tiene que desvirtuar esa aparente certeza de la existencia del derecho del actor. La técnica anticipatoria ésta basada pues en una cognición sumaria.

La esencia de esta resolución anticipante es la de ser una resolución inmediatamente ejecutiva y ello presupone un sistema que tenga regulado (como en el Código procesal civil brasileño) la ejecución provisional.

Luego lo que han creado los brasileños es una resolución más que tiene la ejecución provisional, sometiéndola a sus requisitos (los indicados en el artículo 558). Con estas resoluciones anticipatorias (o más bien anticipantes) quedan resguardados los derechos del demandado, en cuanto, la resolución sólo se concede cuando no le produzca efectos irreparables, puede ser en cualquier momento revocable, la sentencia final puede revocarla y ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, y siendo su ejecución, provisional el actor debe prestar caución. Mientras tanto el proceso prosigue su curso normal sin limitación alguna de la cognición (será una cognición plena y definitiva).

Luego, no existe riesgo alguno de indefensión del demandado. Las decisiones anticipatorias del artículo 273 del Código procesal civil brasileño, se encuadran, pues, dentro de los supuestos de la cognición sumaria tendiente a que la duración (necesaria para que el proceso se desarrolle con todas las garantías, y en especial la "paridad de armas") no cause un perjuicio a quien aparentemente tiene la razón. No son revolucionarias responden a los viejos cánones que siempre ha inspirado la técnica (medieval) de la cognición sumaria

¹⁶ Principio sostenido por SCARSELLI en su *Condanna con riserva*, Giuffrè, Milano, 1989, que como bien aclara no significa en absoluto que se prive al sujeto demandado de la posibilidad de una cognición plena sobre la existencia o no del derecho, sino que simplemente se altera la relación lógico-temporal del proceso haciendo preceder la ejecución a la cognición plena: "la actuación forzada de un (presunto) derecho puede prescindir del conocimiento pleno, si bien éste, en un momento sucesivo, pueda o deba de todas maneras desarrollarse y, cuando de un éxito positivo al presunto deudor, obliga al imprudente acreedor a todas las restituciones y daños": *ob. cit.* p. 5.

(en especial las condenas con reserva), técnicas que fácilmente y sin mayores esfuerzos superan el filtro de la constitucionalidad.

6. *Las denominadas "medidas autosatisfactivas" o de satisfacción inmediata.*— Si la tutela sumaria anticipatoria supera fácilmente el filtro de constitucionalidad no podemos decir lo mismo de lo que ahora con insistencia de viene denominando con el horrible nombre de "medidas autosatisfactivas". Medidas que según PEYRANO presentarían las siguientes características:

a). Su despacho reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con que se contenta la diligencia cautelar;

b). Su dictado acarrea una satisfacción "definitiva" de los requerimientos del postulante (salvo, claro está, que el destinatario de la precautoria hubiera articulado exitosamente las impugnaciones del caso);

c). Se genera un proceso (a raíz de la iniciación de una medida autosatisfactiva) que es autónomo en el sentido que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo¹⁷.

Como ejemplos de supuestos positivos que han incorporado "a todas luces, lo modular y el ideario de la medida autosatisfactiva" señala PEYRANO las siguientes:

a) La cesación de la actividad ilícita lesiva del derecho a la intimidad (artículo 1071 bis Código Civil argentino)¹⁸;

b) El del artículo 2618 del Código Civil argentino (cesación de ruidos y molestias);

c) Protección del derecho de autor: suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u otro análogo: artículo 79 Ley 11.723.

d) Protección contra violencia familiar: exclusión del autor (de la violencia), prohibición de acceso, etc.: Ley 24.417;

¹⁷ PEYRANO, *ob.cit.*, p.14.

¹⁸ En el derecho italiano se habla de inhibitorias. Y existen inhibitorias cautelares e inhibitorias finales, sobre lo cual hay una amplia bibliografía: cfr.: FRIGNANI, *Inibitoria(azione)*, en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 570-572; Id. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 456 y sigs.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, en los *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Vol. III, Giuffrè, Milano, p. 1668 y sigs.; RAPISARDA, *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1980, p. 94 y sigs.; Id. *Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C. ed inibitoria finale*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 138 y sigs.; Id. *Profili della tutela civile inibitoria*, Cedam, Padova, 1987.

e) Suspensión de la realización de una asamblea de socios por defectos de convocatoria (interpretación del "espíritu" del artículo 252 de la Ley de Sociedades Comerciales, L. 19550);

f) Exhibición de libros y papeles sociales (artículo 55 de la Ley 19.550 y 1696 del Código Civil), concordante con el artículo 781 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En todos estos supuestos, entre otros más, el profesor PEYRANO ve supuestos de medidas autosatisfactivas, concluyendo que "las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita y altera pars* y mediando una fuerte posibilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras... Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover "vías de hecho", sin tener que recurrir al efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, incluíblemente requieran la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables"¹⁹. Debo confesar mi perplejidad frente a estas supuestas novedades. La primera perplejidad me la da la última afirmación: "el que los justiciables no desean plantear la pretensión principal". El proceso no es cuestión de desco, es el medio necesario puesto por el ordenamiento para tutelar los derechos. Es la consecuencia de la prohibición de autotutela. Pero, no cualquier proceso, tiene que ser un proceso con las debidas garantías. Me permito reproducir las primeras palabras de MARÍA ÁNGELES JOVÉ de su magnífica obra sobre las medidas cautelares innominadas: "Sería ideal que el proceso fuera instantáneo, más ello no deja de ser en la práctica una aspiración desacertada y del todo desaconsejable; ya que de meras alegaciones de unos derechos afirmados *prima facie* que no probados por el momento, sería peligroso que pudiera dictarse sin más una sentencia. Así pues la duración del proceso se vuelve una garantía del mismo, porque acrecienta el valor seguridad en la aplicación del derecho, es decir, para hacer las cosas bien es condición natural y obligada un proceso declarativo. De pasar por alto lo dicho se correría el grave peligro de atender con uniformidad las pretensiones fundadas o justas y las infundadas o injustas, en un intento de conseguir la inmediata efectividad de las primeras"²⁰. Lo que se quiere con estas supuestas medidas "autosatisfactivas" es una tutela inmediata, una tutela, en buena cuenta "sin proceso", para remover

¹⁹ PEYRANO, ob. cit., p. 15.

²⁰ JOVÉ, *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 13-14.

“vías de hecho”, dejando de lado el principio básico del proceso justo y debido: el contradictorio y su consecuencia: la paridad de armas. Lo repetimos, el proceso no es cuestión de “descos” de los “justiciables”. Nos ha costado mucho construir un modelo de garantía constitucional del proceso, no debemos dinamitarlo. Lo “urgente” (que como bien aclara CALDERÓN CUADRADO no debe confundirse con la “impaciencia”²¹) no puede justificar que se dejen de lado los principios básicos que nutren nuestro proceso civil.

Se ha propuesto que las “medidas autosatisfactivas” se les encarrile en un procedimiento de índole monitorio, para que así “también en la medida autosatisfactiva impere el debido respeto al principio de contradicción”²². Entonces de qué novedad estamos hablando. El proceso monitorio es aquel en donde toda la estructura del proceso está invertida. En donde según la gráfica e incontrovertida frase de CALAMANDREI “se invierte la carga del contradictorio”²³. Implica que se emita una resolución de condena con la famosa cláusula justificativa “cumpla u opóngase”. Si se produce la oposición se abre el camino de un proceso de cognición plena y definitiva. Si no se produce la oposición el “mandato” por lo general (ello depende por cierto de cada ordenamiento procesal que lo contempla) adquiere la misma calidad que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El *monitorio* fundamentalmente tiene por objeto la creación rápida de un título ejecutivo judicial. Normalmente está consagrado para la tutela de derechos de crédito pecuniarios o de dar bienes fungibles. Nada impediría que se generalice su uso para toda pretensión de condena (a un dar, a un hacer a un no hacer) puesto que el contradictorio está asegurado si el intimado a dar, a hacer o a no hacer lo promueve. Para ello no necesitamos crear nombres “exóticos”. Bastaría introducir en forma generalizada el monitorio, sometiénolo a rígidos requisitos, para no burlar los derechos del intimado-demandado. *Nihil sub sole novi*. Lo que se nos presenta como toda una novedad, lo último en la evolución pretoriana (o legislativa), ya lo habían creado los prácticos medievales en el Siglo XIII. Lo que de ninguna manera debemos permitir, es que se consagre la posibilidad de dictar “medidas” pseudo-jurisdiccionales (sólo porque son dictadas por un juez), sin proceso, como lo fue en su

²¹ CALDERÓN CUADRADO, *ob. cit.*, p. 78.

²² PEYRANO, *ob. cit.*, p. 26.

²³ CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires, 1946; cfr. últimamente el buen texto de JUAN PABLO CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.

momento el originario y más arcaico *possessorium summariissimum*²⁴, en donde, bajo una presunta "urgencia" sólo se esconda la "impaciencia".

Por último quisiera agregar que si se quiere encontrar soluciones al siempre eterno problema de la excesiva duración del proceso, además de introducirse el proceso monitorio (con el objeto de crear rápidamente un título ejecutivo judicial), debería introducirse la *ejecución provisional*²⁵ que, salvo en el caso del proceso de alimentos, es totalmente ignorada en nuestro sistema procesal (baste pensar que hasta el recurso de casación tiene efecto suspensivo).

7. *Conclusiones.*- Antes de recurrir a la "exótico", para atemperar la necesaria duración del proceso se debe recurrir, me parece, a lo clásico:

1º.- Un adecuado y resistemizado sistema de medidas cautelares, en donde a la par de consagrar medidas cautelares típicas, cuyos presupuestos específicos estén bien individualizados en la propia ley, se consagre la posibilidad de concesión de medidas *atípicas* en cualquier dirección: conservativa o anticipatorio-innovativa, teniendo como límites la propia instrumentalidad de la medida y su provisionalidad;

2º.- Introducción del proceso monitorio, con el objeto de crear rápidamente un título ejecutivo judicial, cuando no se produzca oposición al mandato;

3º.- Introducción de la ejecución provisional, como institución general.

4º.- Perfeccionamiento de algunos procesos sumarios, con la expresa previsión de la revisión de la resolución dictada en base a una cognición sumaria en un proceso plenario posterior (o como fase subsiguiente a la emanación de la resolución).

Sólo así habremos conciliado las existencias de un *debido proceso* con la "urgencia" de tutela jurisdiccional, en suma, podremos decir que tenemos un sistema procesal justo y eficaz. Como bien dice Jové: "una administra-

²⁴ Como bien dice DENTI el *possessorium summariissimum* surgió en el Siglo XIII como una intervención judicial en defensa del orden público, medida auténticamente administrativa, de policía, no contenciosa, que hoy en día sería incompatible con el principio del "due process", pues implica una tutela "sin proceso". Cfr. DENTI, *Ritorno al possessorium summariissimum*, la *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 326-327. Cfr., igualmente, COING, *Derecho Privado Europeo*, Tomo I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 363-364; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Hoepli, Milano, 1927, p. 347.

²⁵ Cfr. CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993.

ción de justicia es eficaz si en ella se cumplen las siguientes notas esenciales: libre ejercicio del derecho de acción y defensa; solución del conflicto en un plazo razonable—sin dilaciones indebidas—, mediante la aplicación del derecho a la relación jurídica litigiosa; y directamente relacionada con nuestro objeto de estudio—, existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la plena tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos”²⁶.

²⁶ JOVE, *ob. cit.*, p. 16-17.