

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL: INTRODUCCIÓN AL DEBATE ENTRE EL EFICIENTISMO Y GARANTISMO PROCESAL A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Raúl Canelo Rabanal

Abogado. Catedrático en las Facultades de Derecho
de la PUCP., Univ. de Lima y UNMSM.

SUMARIO:

1.- Introducción	345
2.- Hipótesis	351
3.- La evolución del Derecho Procesal	351
a.- El Derecho Jurisdiccional	352
b.- El "cuarto estadio o eficientismo"	353
c.- El Garantismo: Justicia y Validez	354
4.- Poder cautelar genérico: El debate entre el eficientismo y garantismo	356
Conclusiones	359

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia del Código Procesal Civil Peruano, en el año de 1994, se estableció en dicho cuerpo legal una facultad genérica para los magistrados y derivada de ella la posibilidad para que los jueces puedan dictar medidas cautelares genéricas y fuera de proceso en forma anticipada^{1,2}.

¹ "Artículo 629º.- Medida Cautelar Genérica.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva".

"Artículo 618º.- Medida Anticipada.- Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

² En igual forma el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Ley 15.982 consagra en su artículo 312 lo siguiente: "Artículo 312º.- Procedencia.- Podrán adoptarse las Medidas Cautelares cuando el Tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso...".

Esta facultad que fue tímidamente utilizada en principio, notamos ahora que origina un desborde de las mismas, las cuales en algunos casos resultan acertadas y otros casos exageradas con la más variada gama de criterios. Si bien esta facultad genérica respondía a la necesidad de "*urgencia*" y "*eficiencia*" del proceso, el desborde de las mismas se origina por la falta de apreciación del legalismo en algunos casos, y de este modo se cometen las más grandes arbitrariedades, con el desmedro en la variada, distinta y contradictoria jurisprudencia que se ha ido formando en relación a dicho tema.

Significa que las normas conteniendo Medidas Cautelares Genéricas e inclusive las Medidas Cautelares Innovativas y No Innovativas en el ejercicio real han venido sufriendo una evolución. La primera reacción fue, tal vez por desconocimiento, aplicarlas en muy contados casos. Luego, el Juez y el litigante al darse cuenta del inmenso potencial de estas medidas las comienzan a utilizar indiscriminadamente produciéndose en muchos casos un uso excesivo y arbitrario de la Institución.

El Garantismo se sentiría feliz al conocer de esta realidad dirían que este uso excesivo y arbitrario se produce justamente por no observar reglas mínimas en las garantías del proceso habiéndose en todo caso históricamente contrarios al fomento de la Medida Cautelar Innovativa.

Existe una sentada polémica entre los seguidores del eficientismo que influyeron evidentemente en nuestras Instituciones Procesales, especialmente en el tema cautelar y los Garantistas quienes consideran que ciertas Instituciones violan reglas elementales de la Constitución y en particular del Debido Proceso y por ende las rechazan.

Esta **Polémica** no ha tenido mayor presencia en nuestro país, sin embargo, luego de casi 10 años de vigencia del Código es necesario voltear el rostro y mirar lo caminado. Encontramos un desarrollo errático de la Institución Cautelar. Sería tal vez que quienes criticaban el eficientismo desde la orilla del garantismo tenían razón. La constatación es valedera: los miembros de nuestro Foro que día a día ejercitan la profesión dirán con seguridad que el desarrollo-aplicación de tema cautelar es errático.

En el Perú las Medidas Cautelares se han venido aplicando de manera errática por los Jueces. Inicialmente, hubo sorpresa y tal vez temor por un desconocimiento académico en aplicación de las Medidas Cautelares, costaba hacer entender a los Magistrados las bondades de la Institución y de esa necesidad de tutela jurisdiccional efectiva, rápida, que requería el justiciable.

Posteriormente, el Juez ha entendido el inmenso potencial y los tremendos poderes que se le ha otorgado en la materia. El Justiciable acude al Juez a veces en justicia y a veces en exceso y el Juez lamentablemente, en este momento aplica las Medidas Cautelares en función no del “Hombre Bueno” o “Aplicando Justicia con el Rostro Humano” sino en función de variables externas al proceso: Primero temor ante una reforma del Poder Judicial, luego temor ante una Ratificación o Ascenso o simplemente vera las influencias del poder corrupto en sus diferentes dimensiones política y económica y ante esta realidad el Garantismo esta de placémes. Así, para evitar una Medida Cautelar injusta o ilegal había que tomar partido por la defensa de las Garantías Constitucionales y en especial del Debido Proceso.

La realidad aviva la polémica que ya se inició en otros países con una fuerte discusión académica entre sus mentores, ha llegado el momento de reflexionar sobre esta polémica en el Perú.

Al revisar la Revista Procesal de la Universidad de Chile encontramos algunos de los casos del famoso Juez Magnaud, tantas veces recordado por los procesalistas y en particular por Santiago Sentis Melendo:

Corría la última década del siglo pasado. Al tribunal de Chaáteu-Thierry fue llevado un hombre pálido y demacrado, de figura escueta, mostrando las huellas de la desnutrición y la miseria. Había sido encontrado por los policías vagando por las calles de una aldea. Venía desde lejos, sus pies cansados se negaban a avanzar y se recostó junto a un umbral, como el pobre Lázaro del Evangelio. No llevaba alforjas ni dinero en sus bolsillos. Humilde, contemplaba pasar a la gente que le miraba con desdén. Un Código severo castigaba el delito de vagancia. Y él era un vagabundo. El Presidente del Tribunal, un hombre de impulsos nobles, guió la justicia por caminos entonces no hollados: propuso la idea de que ese hombre no era responsable de su pobreza y encontró medidas de protección antes que un castigo; una sociedad deformada lo había arrojado a la inanición, pero ese mal él no lo había buscado. Circunstancias de su vida le habían convertido en un miserable.

Otra vez el tribunal recibió a una mujer detenida por haber robado un pan, impulsada por un hambre irresistible. El Presidente Magnaud opinó que debía ser librada de pena: había un estado de necesidad que le hacía irresponsable. El tribunal acogió su idea y

la mujer fue absuelta. Otros jueces imitaron a los magistrados de Chateau-Thierry. La decisión respecto de la mujer que robó un pan ha sido claramente aprobada por los juristas en sus comentarios. Y la situación del vagabundo dio lugar a una circular del Ministerio de Justicia, Mr. Lerret, del 02 de mayo de 1899, que recomendaba a los procuradores generales que en los casos de vagancia y mendicidad se debían adoptar medidas de protección antes que un castigo.

Los fallos del juez Magnaud atrajeron la atención de pensadores y publicistas y dieron lugar a numerosas publicaciones. Se recopilaron sus sentencias con los pertinentes comentarios. En 1900 apareció la obra de Mr. Leyret, "Las sentencias del presidente Magnaud", seguida de otra del mismo autor. Hubo publicaciones en la revista Socialista, y en Alemania, Brückman y Stammler, dieron a conocer su pensamiento. En los tratados de derecho se han estudiado sus ideas en relación con los temas de la interpretación de la ley y la lógica jurídica.

Si se lee ahora esa jurisprudencia, se advierten muchos errores y no pocas exageraciones al sancionar severamente a pretendidos privilegiados o al proteger excesivamente a los privados de fortuna. En algunos casos hay un apartarse de la ley vigente en esa época. Se recurre con frecuencia al derecho natural o a la equidad. Pero hoy muchas de las decisiones del tribunal de Chateau-Thierry que parecieron audaces se ven corroboradas por modernas leyes y por la justicia rápida y eficaz del juez de los *réferees*.

El Código de Procedimiento Civil Francés, estableció este procedimiento nacido de los usos o prácticas del Chatelet de París y que fue reglamentado por el edicto real de 1685. El artículo 808 dispuso: **"En todo los casos de urgencia, el presidente del tribunal de gran instancia puede ordenar en refereé toda las medidas que no se opongan a ninguna contradicción seria o que justifique la existencia de un diferendo"**. Es un procedimiento de urgencia y la sentencia que en él se dicta no produce cosa juzgada material pues lo resuelto no afecta lo que se resuelva por el juez de fondo en un futuro juicio que se incoe³.

³ PALLAIS, Enrique. Recordando al buen Juez Magnaud. En Revista de Derecho Procesal. Universidad de Chile, N° 18, 1994, pág. 123.

Sin estar tan lejos en el tiempo, ni con el pensamiento del buen Magnaud, supongamos las posibles siguientes situaciones:

- a) *Un padre de familia está separado de hecho de su esposa, no hay ninguna sentencia o resolución judicial que haya aprobado dicha separación, sino que de mutuo acuerdo optaron por vivir en lugares diferentes. Los hijos de este matrimonio están al lado de la madre. Sin embargo, con las proximidades de las fiestas navideñas, la madre ha decidido impedir que el padre este con los menores. Si recurrimos, a las probabilidades que nos otorga el Código Procesal Civil y el Código del Niño y del Adolescente, nos encontramos que este padre de familia sólo podrá acceder a la visita de sus hijos mediante un proceso de tenencia, que dura aproximadamente más de tres meses, sin incluir el tiempo que transcurrirá en el trámite en segunda instancia. Así, si él quiere estar con los niños en las fiestas navideñas que son inmediatas, podrá solicitar ante el Juez, de acuerdo al artículo 618° del Código Procesal Civil una medida cautelar genérica, pero siempre dentro del proceso de tenencia. De esta forma, concedida la medida, el padre estará con sus hijos durante las fiestas navideñas, lo cual era su propósito, y ya no será necesario presentar la demanda de tenencia, caducando de esta forma la medida cautelar luego de que esta ya fuera ejecutada.*
- b) *Otro ejemplo, una madre ante el temor evidente de que su esposo de quien vive separada de hecho, se lleve a sus menores hijos al extranjero, formula vía proceso no contencioso una oposición de viaje la cual es concedida de plano por el Juez, sin escuchar al demandado y de esta manera se conjura el peligro de una posible sustracción de los menores al extranjero sin consentimiento de la madre⁴.*

¿Qué es lo que ha ocurrido?, Pues que ambos casos se han configurado que una medida cautelar o un proceso no contencioso han cumplido los fines de una sentencia resolviendo de forma inmediata una situación de hecho. A esto la doctrina lo ha denominado el proceso de urgencia o más recientemente como

⁴ Exp. N° 183509-2000-12907, 9° Juzgado de Familia. Marizella Tiurani Valverde con Waldo Augusto Alarcón Losno sobre oposición de viaje, proceso no contencioso.

medidas autosatisfactivas. Lo que sucede es que en algunas *"situaciones de urgencia no pueden encontrar una debida solución en el marco del proceso cautelar ortodoxo, ello ocurre cuando el único interés que le asiste al justiciable es el de remover una urgencia y nada más, Es decir, no pretende ni desea promover posteriormente pretensión principal alguna y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar, que es lo que realmente importa"*⁵.

Ante este desarrollo jurisprudencial, es tiempo y de acuerdo a las nuevas formas de entender al derecho procesal de realizar un estudio y reflexión, acerca de la eficacia práctica de las normas e instituciones y la legalidad o control institucional de las mismas a través del respeto a las formas establecidas, es decir el debate entre *"eficientismo"* y *"garantismo"* procesal, como nuevas visiones o formas de entender el derecho procesal y que tienen como objeto hacer que dicha rama resulte útil al justiciable, con el fin de llegar a *"una paz social en justicia"*

"La BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES, COMO ES NATURAL DE TODA beligerancia, ha provocado su correspondiente resistencia.

En las trincheras del debate, que las medidas cautelares sea una verdadera manifestación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pronta y satisfactiva, ha encontrado su réplica en que esta manifestación del proceso, no puede convertirse en un instrumento de venganza, de extorsión o de enriquecimiento injusto.

Es, pues, un debate extenso, con dobles caras y muchos intereses en juego.

El principio de que el proceso no debe atender contra quien tiene la razón es, hoy en día, el que justifica la necesidad y efectividad de las medidas cautelares. Sin embargo, evitar que el huracán de la urgencia devore el método dialéctico que ordena el proceso, es una tarea que no podemos dejar de lado en el cierre de este milenio"⁶.

⁵ PEYRANO, Jorge. Reformulación de la Teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia medidas autosatisfactivas. En XIX Congreso Nacional de derecho Procesal, Corrientes, 1997, pág. 492.

⁶ BENAİM AZAGURI, Salvador. El abuso de las medidas cautelares y su profilaxis en el nuevo milenio. En: Revista venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 03, Enero - Julio 2000.

2. HIPÓTESIS

El presente ensayo tiene como *objeto desarrollar a través del concepto del poder cautelar del juez en nuestro sistema procesal como respuesta a una falencia de la teoría cautelar clásica para dar soluciones jurisdiccionales adecuadas a ciertas situaciones de urgencia, el debate consiguiente entre la eficacia práctica de las normas e instituciones procesales y la legalidad o control institucional de las mismas a través del respeto a las formas establecidas*, como garantía del proceso, posiciones conocidas como “garantismo” e “eficientismo”, tema que se encuentra dentro de un marco general al que se le puede denominar como *“el moderno derecho procesal hacia una justicia más efectiva”*.

3. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Manifestaba Couture⁷, que la doctrina procesal se movía entre tres tendencias: una filosófica, dirigida a entender el valor justicia; otra técnica, pretendiendo estudiar las normas jurídicas en sus menores detalles al servicio de la solución del caso concreto, y otra política, que aspiraba a comprender lo que el Poder Judicial significa en el marco de los poderes del Estado. En las dos primeras es preciso insistir, pero es en la tendencia política donde está el futuro del derecho hasta ahora denominado procesal, y lo está porque sólo desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el derecho del Poder Judicial, se vislumbra verdadero progreso.

Así, el moderno derecho procesal, asociado con las urgencias y realidades que muestra el desenvolvimiento de las instituciones del proceso, renueva el piso de todas sus instituciones y en esta línea debe afrontarse el nuevo tiempo. Consecuencia de ello es que resulta necesario replantear un derecho procesal más útil y efectivo a las necesidades del justiciable y de frente a los reclamos de toda la sociedad que pide un sistema judicial más justo, las que con otras instituciones en su conjunto **“devuelvan la confianza y la fe de la ciudadanía en el Poder Judicial, tanto en sus componentes e integrantes como uno de los soportes básicos dentro del juego democrático”**⁸.

⁷ COUTURE. Fundamentos, cit.

⁸ VASALLO CHIRINOS, Leonidas. Memoria del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. 1984. Discurso leído con ocasión de la apertura del año judicial de 1984.

El derecho procesal ha ido evolucionando pasando de la denominada práctica forense en los siglos XVII, XVIII, al procedimentalismo con la Revolución Francesa y posteriormente al Procesalismo Científico, que nació en 1868 con la obra de Bülow, apareciendo posteriormente en el siglo pasado nuevas visiones y formas de entender el derecho procesal::

a) El Derecho Jurisdiccional:

Desarrollada, entre otros, por Montero Aroca en España, se parte de la premisa de que se es consciente de que otras realidades, aparte de la del proceso, son reguladas por normas que ella misma califica de procesales, y de esta forma se incluye dentro del derecho procesal algo más que el proceso, ese algo suele ser la acción y sobre todo la jurisdicción, y por esa vía la organización judicial. De esta forma resulta que el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, pues este no es el único contenido de aquel, sino que es una ciencia en la que realmente el ente principal es el Poder Judicial y la jurisdicción. Así, lo más importante no es encontrar la categoría jurídica del proceso sino encontrar su "ratio essendi", es decir, la comprensión de su ¿porqué?, **en el cual el derecho procesal tiene como premisa fundamental la realización de la actividad jurisdiccional para servir a alguien.**

Este "Derecho Procesal Moderno" ó "Derecho Jurisdiccional", como última etapa de la evolución del derecho procesal, tiene como pilares fundamentales los conceptos de acción, jurisdicción, y proceso. Estos conceptos se traducen por un lado en un marco constitucional sobre el cual se desarrolle el proceso y en el cual **se revalore al concepto de persona humana y sujeto de derecho como el más importante beneficiario de la aplicación de la justicia revestido de garantías y principios;**⁹ en donde el derecho de acción como derecho reconocido en la Constitución apunte de manera directa al derecho fundamental de la persona, y en consecuencia al concepto mismo de persona. De otro lado, **en un único órgano encargado de aplicar justicia,** es decir, encargado de realizar la actividad jurisdiccional totalmente independiente y autónomo;¹⁰ y por último un **conjunto de formas establecidas y respetadas como soporte de desarrollo del**

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 1993. Art. 1º: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 1993. Art. 139º.

proceso, siendo este último la forma como se desarrolla la actividad jurisdiccional.

Así, entramos en una época, donde el proceso será concebido como un servidor de valores y fines, y no como mero instrumento para la aplicación insensible de lo que, a veces, es sólo la norma aparentemente regulatoria del caso. Es un reconocimiento de que ella no resulta suficiente hallar una bella idea (sea para legislar, para fallar en una causa, o bien para construir una teoría) puesto que además es necesario probarla, para saber así acerca de sus bondades o de sus defectos.

Sin embargo, sus detractores (Como por ejemplo Alvarado Velloso) afirman que dentro de dicha concepción se introduce un elemento ajeno al proceso que es el órgano jurisdiccional que más bien tiene contenido político y de administración jurisdiccional.

b) El “cuarto estadio o eficientismo”

Desarrollada fundamentalmente por la denominada Escuela Platense, encabezada por el maestro Augusto Morello, quienes afirman que es el cuarto estadio de la evolución del derecho procesal, y que tiene como fin el buscar la “eficacia de la función jurisdiccional”, la que surge como respuesta ante los siguientes síntomas emanado de la praxis del derecho:

- a) La búsqueda de la eficacia trasmutada a la escala de valores del proceso, que se traduce en la preocupación por el cabal rendimiento del servicio de la justicia; que sólo será eficaz cuando verdaderamente cumple con los fines que de él se esperan¹¹.
- b) Una inclinación de la doctrina por hacer ciencia interdisciplinaria, es decir, por examinar el fenómeno procesal y su eventual reforma con la ayuda de ciencias auxiliares, como la Psicología, la Estadística la Sociología o la Economía, entre otras.
- c) La necesidad de cerrar el desfase entre el proceso virtual (o el que debería ser, conforme a la voluntad del ordenamiento) y el proceso real (el que en la práctica es).

¹¹ PEYRANO, Jorge W. EL valor eficacia en el proceso civil contemporáneo, Revista La Ley, Tomo 1979-C, pág. 893 “Es menester recordar que el valor justicia funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero —claro está— la justicia pareciera ser un valor estático que se deja adorar y desear, pero nada más.”

La preocupación de poner en contacto ¿el qué es? con ¿el para qué es?, para así estar en buenas condiciones de aceptar o de rechazar una nueva institución procesal.

Así, en palabras de Jorge Peyrano¹², se anunciaba la victoria del “eficientismo” (plasmado en la elevación a dogma de la búsqueda del *cabal rendimiento del servicio de la justicia*), como norte al cual deben tender todas las soluciones procesales y en cuya procura deben abandonarse *trincheras ideológicas*.

Tanto ha crecido la marea “eficientista” como corriente doctrinaria predominante, y que viene a producir una suerte de remozamiento de la escuela procesalista, demasiado apegada a esquemas puramente teóricos, la que se encuentra encarnada en la Escuela Platense de Derecho Procesal con Augusto Morello a la cabeza de sus legionarios siempre dispuestos a defender un ideario impregnado de sentido común, de apertura hacia lo bueno de afuera y del deseo de que se comprenda cabalmente de que “*la teoría sola no sirve*”.

Agregaba, el mismo autor que es cierto que con los cambios siempre algo se pierde. Y en el caso se ha perdido, quizás, un poco de *voltaje intelectual* en los estudios, pero cuanto se ha ganado en la comprensión que los requerimientos de la hora pasan por la obtención de la justicia al caso concreto y no tanto por la satisfacción de un discurso infundado por un racionalismo ciego ante otra cosa que no sea su perfección lógica – formal.

El procurar un excelente servicio de la justicia es el programa propuesto por todos aquellos que interpretan que se ha extinguido las ideologías procesales entendidas a la vieja usanza, y que los reclamos concretos del justiciable deben ser oídos con mayor atención que las controversias de gabinete.

c) EL GARANTISMO: Justicia y Validez

¿De se trata la propuesta garantista? Pues, ensayando una respuesta tiene como presupuestos el proponer la descalificación de los poderes

¹² PEYRANO, Jorge. Derecho Procesal Civil: De acuerdo al C.P.C. Peruano. Ediciones Jurídicas, Lima. 1995, pp. 69.

inquisitivos del juez en los procesos civiles y penales, remarcar la inconveniencia de la alteración de la reglas de la carga de la prueba y alzarse contra la posición de simples “procedimientos, en donde sólo hay dos partes: el actor y el juez, y sólo se escucha al pretendiente, es decir a quien tendría un derecho *“fuertemente verosímil”*”¹³.

Según una primera acepción, “garantismo” designa un modelo normativo de derecho: precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognocitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico con un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

En una segunda acepción, “garantismo” designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas. En este sentido, la palabra “garantismo” expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” del “deber ser” en el derecho; e incluso propone como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia, que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

En una tercera acepción, “garantismo” designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos¹⁴.

El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser.

¹³ BENAVENTOS, Omar. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Juris. Rosario. 2001, pág. 51.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta Madrid, 2000. 991 pág. (pág. 851-855)

Esta separación, elaborada en los orígenes del Estado de Derecho por el pensamiento ilustrado, debe ser considerada en todo su alcance, epistemológico, teórico y político, por dicha teoría como objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores éticos políticos y externos, el jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas.

De acuerdo a lo expuesto, podemos señalar que en 1895, con Klein y de las Ordenanzas Procesal Civil Austriaca de 1895 se propone la publicización del proceso que tienen como origen la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, en la que se destaca una pretendida función social del proceso y su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión de "publicización" del mismo. Sin embargo, esta propuesta (que tuvo su origen en un tiempo y país determinado) debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco o el ruso o el alemán o el italiano de sus épocas, fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en verdad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil¹⁵.

4. PODER CAUTELAR GENERICO: EL DEBATE ENTRE EFICIENTISMO Y GARANTISMO

El artículo 618° del Código Procesal Civil, el cual se encuentra en el Título IV: Proceso Cautelar, Capítulo I: Medidas Cautelares, Sub-capítulo 1: Disposiciones Generales, señala que *"además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar el perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva"*. Esto en concordancia con el Artículo 629°, que dispone, *"Medida Cautelar Genérica.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar*

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan. "Los Poderes del Juez en el proceso civil las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad" en Teoría Unitaria del Proceso. Juris. Rosario. 2001, pág. 219 y ss.

y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”

Pues bien, estas normas son las que contienen **el poder cautelar general**, que es el medio que permite la dación de las medidas cautelares atípicas, y que se constituye en una norma de remisión que otorga al juez la posibilidad de crear una situación jurídica basada únicamente en su libertad interpretativa puesta al servicio de la resolución del proceso, sin que ello origine arbitrariedad. **La aceptación del poder cautelar genérico en los distintos sistemas procesales ha constituido, sin lugar a dudas, un paso adelante en la lucha por la ineficacia del proceso.** Es una muestra de que la libertad de interpretación del Juez no se restringe al plano normativo, sino que el peso de su función debe ubicarse en la solución del problema concreto.

Esta disposición consagra la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios. Estamos en presencia de una norma casi en blanco, para que sea llenado por el magistrado. Este amplio poder tiene naturaleza discrecional, del mismo modo que en el Derecho de Familia se atribuye al juez la decisión sobre la tenencia de los hijos, o en el Derecho Penal la graduación de la pena a aplicar al delincuente. **Pero discrecionalidad no es arbitrariedad.** Es solamente libertad de elección o de determinación dentro los límites de la ley. Se corresponde esta facultad con la inevitable existencia de lagunas dentro del orden jurídico, originadas por la Ley, por su necesaria abstracción y generalidad que se ve a menudo imposibilitada de determinar las reglas de conducta para peculiaridades infinitas de los casos concretos. Aquí el Juez debe ser verdaderamente Juez, y la metodología a emplear no puede reducirse al viejo silogismo. Por el contrario, tratará de hacer posible la adaptación del derecho al problema concreto. Debe valorarse independientemente, por lo que el legislador se ha confesado impotente para prever todas las facetas de la realidad

El poder cautelar general resulta ser entonces una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar los elementos que obran en la misma, sin estar sujeto a la previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender. No es por tanto, una discrecionalidad arbitraria sino una discrecionalidad técnica. Hay una conocida máxima recogida en algunas legislaciones procesales, que señala: Cuando la ley dice **“el juez puede o podrá”** se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad. En esencia, se trata pues de una facultad que hace

honor a la parte más noble de la persona del Juez: su razón y su conciencia, al servicio de la Justicia¹⁶.

Esa posibilidad ha de reservarse exclusivamente a las situaciones en las cuales la naturaleza de la relación sustancial y los pormenores sometidos a su juzgamiento así lo imponen, sobre la base -como lo quiere Morello-¹⁷ de una urgencia impostergable, en cuyas circunstancias el Juez tendrá esencialmente en mira, que este tipo de medida tiende a anticipar en el tiempo los efectos de la sentencia de mérito. Aparece así configurado un ejercicio de la función jurisdiccional en grado excepcional, porque el magistrado está llamado a emitir un pronunciamiento de resonancias idénticas o similares al que advendría naturalmente en la etapa conclusiva.

Estas características determinan sustancialmente diferencias con la actividad cautelar normal, pues en el nuevo terreno no puede regir ya un criterio amplio de admisión, antes bien, el otorgamiento ha de ser restrictivo. La apreciación de la verosimilitud de derecho y del peligro en la demora habrá de tornarse estricta. La contracautela será complementada en forma efectiva y rigurosa. Y, fundamentalmente, el eje estará dado por un convencimiento firme en lo que se atañe a la irreparabilidad del perjuicio que habría de asegurarse en caso de no adoptarse la medida¹⁸.

Sin embargo, de este modo, una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es en consecuencia también una crítica de las ideologías: de ideologías políticas, ya sean ius naturalistas o ético formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor aún a la inversa; y de las ideologías jurídicas, tanto normativas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico interno, la validez con la vigencia, o al contrario, la efectividad con la validez¹⁹.

¹⁶ RENGEL ROMERO, Aristides. "Medidas Cautelares Innominadas" en XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Procesual. Río de Janeiro, Mayo de 1997.

¹⁷ MORELLO, Augusto. La cautela Material. J.A., Suplemento N° 5802 del 11/11/92, pág. 19.

¹⁸ NESTOR DE LAZARRI, Eduardo. La cautela material. En: XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil "Hacia una justicia más efectiva". Santiago de Estero. 1993.

¹⁹ FERRAJOLI, op., cit., pág. 855.

De esta forma, el reconocimiento de la divergencia entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos *huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos*.

Pretendemos en estas breves notas informar al lector de esta polémica que comienza a abrirse frente en el ámbito nacional. No es necesario, por ahora tomar partido. Es necesario, informar, y ese es el objetivo del artículo.

CONCLUSIONES

- 1) La crisis por la que atraviesa la comunidad tanto en lo individual como en lo colectivo, promueven continuos cambios y desordenes que exponen al ser humano a desamparos e inseguridades de todo tipo.
- 2) Crear y recrear una cultura que ubique esencialmente al hombre de hoy en el centro y atención de todo debate, de toda investigación e interpretación es nuestro desafío. Ciencia y técnica deben entrelazarse y orientarse en tan acelerada y tortuosa complejidad de roces y conflictos sociales, bajo el gobierno de una revitalizada concepción ética.
- 3) Las libertades fundamentales y la tutela jurisdiccional eficaz tanto en el orden nacional como internacional, se convierten en exigencias primarias y determinan como eje la práctica viva y concreta de la Constitución reconquistada por el Estado de Derecho. Es difícil concebir las relaciones humanas sin eventuales conflictos, pero impensable el conflicto sin solución.
- 4) Sin embargo, la parte álgida, de la problemática, ya sea vista caso por caso o en su generalidad, estriba en la mora en el tiempo que debe transcurrir para llegar a un desenlace en cualquier sentido. Se impone entonces la creación de nuevos modelos y optimizaciones de lo ya existentes, con una mirada atenta al futuro²⁰. De esta forma, nos anima el propósito de colaborar con los órganos decisores y coadyuvar con el aplicador y el estudioso de la norma con la finalidad de que se paseen por otros ángulos de visión y otras perspectivas de análisis, y sobre todo con el justiciable, para así alcanzar el ideal de la *"paz social con justicia"*.

²⁰ CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Hacia una justicia más efectiva. Discurso Inaugural, Santiago del Estero, 1993.

- 5) Sin embargo, porque la justicia es lenta no se debe suprimir el "debido proceso"²¹, porque una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia²².

La efectividad del proceso es el paradigma de nuestra ciencia al final del milenio, y parte de ésta radica en que las medidas cautelares sean oportunas. Pero la satisfacción a ultranza del paradigma no nos puede hacer renunciar a una posición de principio: el abuso desmedido y la arbitrariedad en las medidas cautelares que son un punto de debate. Sin debate, ya no tendremos proceso, sino un medio compulsivo de satisfacción de pretensiones.

Si bien, ya no se puede hablar de un "*proceso en calma*" que deje la justicia para un "más tarde", como consecuencia de los nuevos tiempos marcados por la velocidad, es necesario que las medidas cautelares "*funcionen sin que nos invada el vértigo*"²³.

La frase de Rudolph Ihering, servirá de colofón, la que corrobora "*que la lucha por el derecho*" nunca ha sido sencilla y descansada, "*todo derecho ha sido disputado, cada regla jurídica importante debió ser arrancada a aquellos que se oponían y todo derecho tanto el de un individuo, se fundamenta en la permanente disposición a afirmarlo*".

²¹ BENAVENTOS. op., cit., pág. 52.

²² MONTERO AROCA. op., cit., pág. 222.

²³ BENAÏM AZAGURI, Salvador. op., cit., pág. 101.