

PROCEDENCIA Y JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS. LAS DIMENSIONES DE SU POSIBLE EXTENSIÓN: URGENCIA, DAÑO Y DERECHO PATENTE O EVIDENTE.

(*JURISPRUDENCIA SANTAFESINA. Ref. Impresa: Revista N°: 97 - Pág:79*)

María Cecilia Domínguez

La celeridad en la respuesta del servicio de justicia y la necesidad de satisfacción urgente o, para algunos, la existencia del derecho patente o evidente en cabeza del individuo que pretende, implican la asunción de un proceso simplificado en el que las manifestaciones habituales del derecho de contradicción de quien, a la postre, puede resultar el responsable, se ven modificadas.

Doctrina y jurisprudencia vienen delineando firmemente los contornos de una clase de respuestas a estas situaciones: las medidas autosatisfactivas.

Ante la existencia de multiplicidad bibliográfica, siempre evolutiva, sobre un tema legislado aún sólo en algunas provincias, nos proponemos con este trabajo abordar las distintas conceptualizaciones de los caracteres y presupuestos que, para su despacho, han considerado la doctrina y la legislación ya puesta en vigencia (y adoptado la jurisprudencia) intentando mostrar con la mayor amplitud posible los enfoques existentes, coincidentes en algunos casos y divergentes en otros, de modo de acercar al operador jurídico una herramienta que le facilite su ubicación y resolución a modo de aquel *Vademécum* (1) del Profesor Peyrano.

También analizaremos las conclusiones que ha formulado la doctrina respecto de la constitucionalidad de esta particular clase de procesos y las razones que justifican o no a su entender su existencia y sanción legislativa, abordando con la mayor amplitud posible las tesis que, al respecto, se enrolan a favor y en contra de su admisión.

Es una realidad que, pese a su formación doctrinaria y amplia difusión jurisprudencial, de varios años de cuño, su recepción en las legislaciones procesales del país no ha sido aún generalizada.

¿Cuáles son las razones de la reserva: desconocimiento técnico del legislador? ¿protección de un sistema ideológico distinto? (2)

De modo paralelo, durante la confrontación y descripción de este sistema de conocimiento disponible, nos proponemos analizar su recepción en la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy (3) a efectos de acercar una descripción de los criterios que han sido aceptados como fundantes de su procedencia, justificando así su adopción en desmedro de otros procedimientos.

1. La medida autosatisfactiva en el marco de los Procesos urgentes y de las Tutelas diferenciadas:

Como lo sostiene Mabel de los Santos, es premisa fundamental del proceso actual que su fin es la efectividad de los derechos sustanciales (Principio de Efectividad del Proceso).

Para hacer realidad ese postulado, la ciencia procesal ha dedicado sus esfuerzos a asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada, lo que condujo a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta estructural y funcionalmente inadecuado (4).

El planteo de la necesidad de dar respuesta a ciertas situaciones de urgencia para las cuales resultarían inadecuadas las medidas cautelares tradicionales, llevaron a considerar a los autores que la categoría "urgente" es más amplia que el espacio concedido a una de sus especies, la diligencia precautoria o cautelar.

Destaca Peyrano que algunas situaciones de urgencia no encuentran debida solución en el marco del proceso judicial ortodoxo (5) y acuña el principio: "si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar".

La categoría de Procesos Urgentes engloba una multiplicidad de procedimientos en los que el factor tiempo posee una relevancia superlativa (6).

Su nota característica es la prevalencia del principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a fin de asegurar una tutela eficaz (7).

Estos revisten diferentes modalidades, para los que se utilizan diferentes técnicas a las que Vargas designa como: anticipación, cautela y satisfacción.

Claro es que el fenómeno que ahora nos ocupa es el de la satisfacción pues, como veremos, la medida

autosatisfactiva se agota con su despacho.

“La satisfacción” se produce cuando la medida anticipada por el pretorio “coincide” con el contenido de la sentencia de mérito final que aún no se ha dictado (8).

Debemos recordar que “el proceso justo, cargado de garantías imprescindibles, en este momento histórico ha dejado de serlo -si es que alguna vez lo fue- por imperio de la tardanza que impide la satisfacción en tiempos racionales y tolerables de los requerimientos de los justiciables”.

“El acceso a la justicia, movimiento que ha justificado la actividad doctrinaria procesal y política en la segunda mitad del siglo que fenece, requiere adecuar los tiempos de lo procesal, para evitar su propia frustración” (9).

Su aparición se inscribe en el marco de un fenómeno de derrumbe del proceso ordinario que se verifica en la mayoría de los países europeos y americanos.

Destacan Peyrano y Eguren que “una concepción uniformante del proceso que tiene capacidad para una única respuesta obtura el acceso a la justicia e impide la entrada a los tribunales de ininidad de litigios que bien pueden ser resueltos rápida y sencillamente”.

Por ello proponen pensar en un “proceso circunstanciado” esto es, aquel que se adapte a las circunstancias de tiempo, modo y naturaleza del derecho a proteger. “Significa responder a situaciones excepcionales de modo excepcional, lo cual equivale a concebir procesos ‘conectados’ con la medida necesaria de celeridad y eficacia que cada caso particular reclama” (10).

Carbone postula, como lo desarrollaremos luego, que ubicar a la medida autosatisfactiva en el campo de los procesos urgentes, excluye la consideración de muchos casos en los que la misma resulta procedente sin que se verifique el recaudo de la urgencia. Por eso propone incluirlas en el capítulo de las Tutelas diferenciadas (11). Su pensamiento es común a numerosos autores, lo que justifica considerar que nuestro campo de estudio excede, aunque comprendiéndolo parcialmente, al del Proceso Urgente.

2. Breve conceptualización de la medida autosatisfactiva:

Brevemente y sólo como introducción, definiremos a la medida autosatisfactiva al modo en que lo ha hecho la doctrina.

Hemos adoptado en el punto, y así lo haremos a lo largo del desarrollo, esta denominación, por entenderla la de más extendida aceptación en el espectro local, a más de resultar gráfica para su identificación (12).

Peyrano ha indicado en un primer momento que “son soluciones urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos 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, como, por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas” (13).

Esta definición se completa con otra provista por el mismo autor: “se trata de un requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional 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” (14). Notemos que en esta definición, posterior, el autor ha revisto la contradicción pospuesta de su despacho como contenido necesario.

También se ha sostenido que constituyen “un proceso autónomo, urgente, que procede cuando existe un interés tutelable cierto y manifiesto que es menester proteger para evitar la frustración del derecho. Se trata de providencias definitivamente satisfactivas, cuya obtención se torna imprescindible pues de lo contrario se malogra el derecho” (15).

Barberio apunta que “constituye un proceso abreviado, con recortada o ninguna sustanciación previa que, frente a la presencia de supuestos especiales, resuelve el conflicto inmediatamente agotándose con su solo dictado” (16).

Este enfoque revela aquella mirada a la que hacíamos referencia anteriormente, que amplía su campo de aplicación ya que no incluye como requisito excluyente de su concepción a la urgencia entendida sólo como aquella que ponga en riesgo de daño al derecho.

Desde estas primeras definiciones puede comenzar a dibujarse la descripción de este instituto, para considerar los casos en que resultará procedente su adopción.

3. Extremos considerados por la doctrina como caracteres y presupuestos para su despacho.

3.1. El problema de la urgencia, el daño irreparable o de difícil reparación ulterior y el derecho patente o evidente.

El abordaje de la cuestión que nos ocupa enfrenta al lector en primer término y según su concepción inicial (doctrinaria y jurisprudencial), con el problema de la urgencia.

Se sostiene que la medida autosatisfactiva procede fundándose en el temor de sufrir un daño grave, irreparable o de difícil reparación ulterior o, al modo del Proyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (art. 67) en la necesidad de que su tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.

Peyrano y Eguren distinguen con claridad la "urgencia intrínseca" de la "urgencia funcional" para fijar que es a la primera de ellas a la que refiere el recaudo al que aludimos.

La urgencia intrínseca "presenta una relación inmediata entre la pretensión satisfactiva y el daño, toda vez que la pretensión autosatisfactiva tiene como fin en sí mismo la evitación del daño. No busca asegurarse el cumplimiento de la sentencia, ni cautelar su ulterior desenlace, sino que se endereza a cumplir de inmediato, en el presente, con su cometido, lo ejecuta".

La urgencia intrínseca, en los casos en que existen pruebas que demuestren la evidencia o alta probabilidad del derecho, "encaja con una respuesta jurisdiccional inmediata y eficaz". "Y cuando la simpleza de las cuestiones debatidas o la consumación de lo pretendido hacen considerar como improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para controvertir, se justifica, se necesita y hasta se impone la tramitación de un procedimiento mínimo, acotado y renegatorio de la vía ordinaria o la de amparo" (17).

En este sentido, se advierte el recaudo de la urgencia receptado como condición de procedibilidad en diversos pronunciamientos del Superior Tribunal de Jujuy. Así, confirmó la medida despachada en contra de una Obra Social para afrontar los gastos quirúrgicos de un afiliado no obstante su agravio relativo a que la responsabilidad de ese pago correspondía a la aseguradora de riesgos del trabajo respectiva. Refiere el fallo a la negativa, también de esta última, de reconocer su responsabilidad para concluir que "la providencia... dictada resulta absolutamente adecuada a los fines perseguidos, que surgen justamente de la concurrencia de la situación de urgencia y la fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible... La tutela real y eficaz de la salud como derecho humano fundamental, requiere hacer efectiva la prestación requerida (Expte. 5097/06: "Felipe Reinaldo Alvarez c/ OSUOMRA." L.A. Nº 50, Fº 2629/2631, Nº 880) (18).

Respecto de este recaudo, señala Vargas que el daño irreparable de las medidas autosatisfactivas refiere al "riesgo" de "perecimiento de la pretensión" si no es anticipada la tutela (19).

Citando a Arieta sostiene que hay irreparabilidad "cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles" y -cuando el daño es reversible- es de difícil reparación "si las condiciones económicas del demandado no autorizan suponer que será efectivamente reparado, o precisamente individualizado o cuantificado, a cuyo efecto es necesario considerar la persona del titular del derecho que pueda ser perjudicado".

Concluye entonces en la existencia de medidas autosatisfactivas preventivas, concedidas antes de la ocurrencia del daño para evitarlo y correctivas, proveídas en presencia de un daño contemporáneo, con el objetivo de hacerlo cesar.

Galdós puntualiza que su procedencia está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios (20).

Desde otro lugar, apunta Barberio que la urgencia parece estar directamente relacionada con el peligro de frustración o pérdida del derecho a la que se "enlaza" la inminencia del daño marginal o irreparable.

Destaca también que es distinta al "periculum in mora" (21) requisito del procedimiento cautelar pero se dirige a poner de resalto que, a su criterio, resulta inconveniente extremar la previsión de la urgencia y sugiere más acomodada la referencia a que el reconocimiento del derecho pudiera tornarse incierto o tardío si no se tomara la medida o a la existencia de serio peligro de frustración del derecho si se demora la decisión pues "el derecho ha de considerarse igualmente frustrado o de sentencia infecunda si, pese a ser categórico, se reconoce en forma incierta o tardía como corolario de un tedioso e innecesario proceso" (22).

Ubica en el concepto de urgencia no sólo a la que implique la exposición a un daño inminente, grave o irreparable que afecte un derecho personalísimo o esencial sino también a la inminencia, perspectiva o probabilidad de que cualquier derecho tutelado se frustre no sólo por su pérdida irreversible sino por su obtención tardía.

Concluye que "la urgencia de las medidas autosatisfactivas es un elemento tanto decisivo como coadyuvante o corroborante hacia el despacho, característico sí de la medida, que puede presentarse con distintos grados de intensidad, pero no un presupuesto de irreparabilidad o severa gravedad que ensombrezca a los demás recaudos -tan importantes como aquél- cuales son, la fuerte probabilidad del derecho, la inexistencia de otro mecanismo de tutela y la innecesariedad de un proceso sirviente".

La urgencia constituirá un elemento decisivo para resolver el modo de despacho (con o sin sustanciación previa) en función de que el caso admita o no demora en la decisión.

Así, apunta a dar un paso más en la admisión de estas medidas para pretender su abordaje como una

“solución no cautelar que funcione también en circunstancias de derecho patente, exista o no riesgo de perjuicio irreparable o grave” (23).

A su entender, “cuando el derecho del postulante se presenta en grado no sólo de fuerte probabilidad sino que luce palmario, casi incontestable y, además, se ha dado noticia al destinatario de la medida; sumado a que, por su absoluta obviedad o dada la simpleza material del conflicto, circunscripta a remover el obstáculo, no se requiere de un proceso adicional, con debate pleno ni rebuscada investigación probatoria” no se justifica exigir la urgencia extrema o pretender que el postulante se ubique expuesto a un daño grave e irreparable como extremo cuando correspondería igualmente obtenerla sin estar expuestos a tan grave amenaza.

Se enrola también en esta tesis amplia Carbone quien, como apuntáramos, se refiere no persuadido de utilizar la terminología de proceso urgente para identificar al autosatisfactivo por cuanto hay supuestos de procedencia que no se identifican con la urgencia. Considera que deben incluirse en la categoría de tutela jurisdiccional diferenciada que englobe al proceso urgente (en el que incluye a medidas cautelares, habeas corpus, amparo, hábeas data, interdictos posesorios), las medidas autosatisfactivas, los despachos interinos de fondo y juzgamientos anticipados extranjeros junto con específicos procedimientos como el monitorio, de protección de intereses difusos en relación con daños a la ecología, algunas protecciones procesales del consumidor, la protección de los llamados derechos de tercera generación, etc.

A su entender, la categoría del proceso urgente se lleva por delante muchos supuestos de las medidas autosatisfactivas y anticipatorias que no siempre reúnen el recaudo de la urgencia entendida como peligro en la demora, sino sólo la llamada “evidencia” del derecho (24).

En la misma línea de pensamiento Ferrari analiza, en primer término, a Calamandrei y Chiovenda, para establecer que, conforme a la clasificación que elaboraran y a los ejemplos planteados en la mayoría de los trabajos doctrinarios que se ocupan de las medidas autosatisfactivas, pueden diferenciarse en su tratamiento dos clases de situaciones: a) supuestos de urgencia: aquellos en que el peligro de daño jurídico es tal que una reparación pecuniaria posterior no brinda solución adecuada al derecho dañado, máxime si existió oportunidad de evitarlo y b) aquellos en que no se da una situación de urgencia o en los que la misma no es necesaria para que la medida sea urgentemente despachada, tratándose de derechos que deben ser inmediatamente operativos y de casos en los cuales la sencillez de la situación no justifica un proceso de conocimiento largo y complicado.

Indica que “Calamandrei y Chiovenda ya hablaban de implementar procesos de conocimiento monitorio para este tipo de casos de sencilla resolución, ya que de ningún modo se justificaría obligar al solicitante a transitar por un largo proceso ordinario de cognición, lo que, por otra parte, implicaría un innecesario dispendio de actividad jurisdiccional”. En estos supuestos, designados por los maestros como providencias de certeza con predominante función ejecutiva, “nos encontramos ante la necesidad de un proceso de trámite rápido pero no justificado por una pretensión urgente donde se ponen en juego daños que son irreparables, en el sentido de que una indemnización posterior no elimina el perjuicio causado sino que actúa solamente como paliativo pecuniario... existe... simplemente un derecho que se quiere ejercer y que se puede hacer inmediatamente efectivo, sin que el interesado deba demostrar la urgencia, el peligro que la demora ocasionaría” (25).

De igual modo opina Ríos, para quien no sólo lo urgente sino también lo evidente, no soportan la pendencia como característica que acompaña a todo el proceso como un “mal necesario” (26).

Destacamos, en abono de esta postura, que se ha sostenido que urgencia es “la necesidad apremiante de hacer un negocio” y que el “negocio” puede ser “concretar un buen y adecuado servicio de justicia para el requirente” (27).

De modo didáctico, y comprendiendo los límites de toda síntesis, en base a lo expuesto pueden considerarse la existencia de:

a) Casos de urgencia en sentido estricto: en que la medida es procedente ante la urgencia que implica el riesgo de sufrir un daño inminente, irreparable o de difícil reparación ulterior que afecte no sólo derechos personalísimos o esenciales sino también otros derechos.

b) Casos de urgencia en sentido amplio o no urgencia - Casos de derecho patente o evidente: donde el peligro reside en la posible obtención tardía del derecho, conclusión de un proceso innecesario.

Esta posibilidad parece haber sido la adoptada por la mayoría del Superior Tribunal de Justicia en el caso “Ilda A. Torres c/ Col Med” (L.A. N° 50, F° 1948/1953, N° 647) en el que se revoca la sentencia que rechazara la medida autosatisfactiva postulada en procura del reintegro de los montos abonados por la actora por una operación quirúrgica ya producida. El fallo se funda en la protección del derecho a la salud como derecho humano básico. La minoría sostiene que, en tanto lo pretendido es reintegro de montos abonados, no hay urgencia. Apuntamos que el monto que se ordenó pagar fue menor y no hemos encontrado a la fecha planteos análogos que hayan requerido al Tribunal pronunciarse sin la presencia del recaudo de urgencia en sentido estricto.

También apuntamos como destacable la conceptualización acordada por la mayoría al concepto cuando la cuestión reside en el cuidado de la salud de la persona. En el Expte. 5153/2007: “F., N.R. y Z., A.J. por sí y por su hija menor c/ COMFYE SRL” (L.A. 51, F° 133/137, N° 47) se indica que “en el particular caso de

medidas autosatisfactivas como la impetrada en autos, estimo innecesario acreditar gravedad en el estado de salud de quien la reclama. Basta la necesidad de impartir el remedio o tratamiento prescripto y de hacerlo sin dilación”.

Un paso más adelante, propone Carbone la adopción de un principio al que considera general del derecho que amplía notoriamente el campo de aplicación de estas medidas y encuentra coincidencia con la noción de su procedencia frente a la noción de derecho “patente” o “evidente”.

Citando nuevamente a Chioventa y Calamandrei y con análisis del derecho comparado, sostiene que “la necesidad de servirse del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón”. En este punto, coincide el pensamiento con la técnica de la carga del tiempo en el proceso acuñada por Marinoni a la que haremos referencia en el apartado 7 (28).

Apunta que este postulado reviste las tres notas esenciales que un axioma debe reunir para ser consagrado como principio: principalidad, generalidad y juridicidad y que está inmerso en la doctrina de los clásicos, de los nuevos autores italianos y también de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

La amplitud del art. 16 del Código Civil, eyectada a todas las ramas del sistema, hace que éstos puedan aplicarse en el proceso sin importar la fuente de los mismos dentro de la cual caben los principios del sistema nacional, del derecho natural y los supranacionales.

El principio que sostiene beneficia al actor cuando sobre éste se acentuaron siempre los que jugaban en contra de sus intereses, no obstante las estadísticas judiciales que demuestran que “por tener razón en el litigio” obtienen sentencia favorable en el 99% de los casos (29).

3.2. Excepcionalidad y despacho in extremis: el recaudo de la fuerte probabilidad de la existencia del derecho.

Se sostiene que el despacho de la medida requiere fuerte probabilidad de que el derecho material alegado asista al postulante.

También, que es excepcional, despachable in extremis, por lo que no deben quedar razonablemente dudas de su procedencia. En consecuencia, no procede de oficio (destacamos, no obstante, que se ha sostenido que por aplicación del principio “iura novit curia” puede el juez canalizar otra pretensión por esta vía con evidente beneficio) (30).

Peyrano y Eguren, al revisar la recepción del parámetro de la excepcionalidad en las legislaciones provinciales ya vigentes, sostienen que la misma supone que el juez extreme el análisis de los recaudos para su procedencia y descarte la existencia de una vía más idónea para tratar el caso sin reservar su aplicación sólo a cuestiones trascendentes con resonancias institucionales o constitucionales (31).

El magistrado debería, además de analizar la fuerte probabilidad de la atendibilidad del derecho invocado, formular alguna suerte de pronóstico provisorio acerca de si su despacho podría producir una suerte de perjuicio irreparable a su beneficiario y, en caso positivo, abstenerse de ordenarla (32).

Los autores han analizado cuál es el estado interno del magistrado que debe pronunciarse sobre la pretensión autosatisfactiva.

Su convicción de la existencia de fuerte probabilidad de que asista razón al demandante debe fundarse en la prueba acompañada por éste y la que, eventualmente, pueda introducirse en el curso de ese proceso. A ese efecto, deberá acreditarse con los diversos medios probatorios admisibles, la seriedad de la postulación (33).

El actor debe acompañar todo el material probatorio que se encuentre en su poder y que “proveerá de consistencia y veracidad su relato fáctico”, es decir, la prueba preconstituida o preparada con anterioridad al pleito. Vargas admite el uso de prueba anticipada en esta clase de procesos.

Apunta, además, que el juez no necesariamente debe resolver el conflicto sólo con los elementos aportados por el peticionante sino que tiene el poder-deber de requerir prueba complementaria ordenada a petición de parte y aún de oficio ya que, para su despacho, debe llevar a un estado subjetivo interno que le permita sostener que hay una fuerte probabilidad de que el planteo sea verosímil (34).

Establecida la prueba que fundaría debidamente la admisión de la medida, determina que el grado de convicción que debe alcanzar el magistrado que, en su criterio, debe fundarse en dos cuestiones: a) la fuerte probabilidad de que asista razón al recurrente y b) la urgencia en que sea atendido su pedido so riesgo de sufrir un daño inminente e irreparable.

Asimila el concepto de fuerte probabilidad a la “evidencia clara y convincente” del derecho norteamericano (clear and convincing evidence, segundo grado de convencimiento judicial, que indica que el hecho a probar es altamente probable o razonablemente cierto), que constituye el rango intermedio entre los tres grados de conocimiento posibles, siendo el menor el de “preponderancia de la evidencia” (preponderance of the evidence, primer grado de convencimiento judicial, si bien insuficiente para liberar de toda duda razonable, suficiente para inclinar la decisión más en un sentido que en otro), con menor exigencia probatoria y, aquél que sitúa la convicción más allá de toda duda razonable (beyond a reasonable doubt, tercer grado de convencimiento judicial, estándar utilizado para decidir si el reo es culpable) (35).

Barberio puntualiza que, al ser la medida autosatisfactiva definitiva, agotando el conflicto con su despacho, el juez deberá apreciar, si se quiere con criterio inverso, “que es prácticamente improbable que el peticionante no tenga el derecho”.

Pero, conforme lo expone, es el caso mismo el que determinará cuán fuerte ha de ser esa probabilidad en lo concreto (puede ser "fuerte, muy fuerte o fortísima") pero siempre -con mayor o menor grado- supera la mera apariencia o verosimilitud y se acerca a la certeza.

Concluye que ese presupuesto funciona de manera excluyente y conjugado con el de innecesidad o inoperancia de un eventual proceso sirviente, coetáneo o ulterior (36).

Carbone, al perfilar el concepto de fuerte probabilidad, lo distingue del recaudo de verosimilitud exigido para las medidas cautelares sosteniendo que esta última "es siempre superficial y es superada en el grado de conocimiento por la probabilidad exigida para las medidas autosatisfactivas: éstas no se proponen asegurar la eficacia práctica de la sentencia de mérito sino que son el centro mismo del derecho reclamado" (37).

Para este autor, estamos también en un estado intermedio de la convicción que supera la verosimilitud (fumus), pero no alcanza para arribar a la certeza definitiva propia de la sentencia de fondo: "Cuando la convicción es fuerte, suficiente, manifiesta, palmaria y seria habrá probabilidad" (38).

Destacamos que, en un plus de exigencia, señala Berizonce que la "fuerte probabilidad" o "probabilidad cierta", tratándose de medidas que sólo pueden ser dictadas in extremis, constituye el piso mínimo por lo que en algunas ocasiones el juez necesitará certidumbre para formar su sincera convicción (39).

Barbieri avanza un paso más e indica que el juez debe tener "total convencimiento de que lo postulado resulta atendible. Diría más, la certeza de que lo postulado resulta atendible, basando dicha certeza en las pruebas que el solicitante haya tomado", sin desconocer que ese convencimiento, al no haberse oído a la otra parte o al haberlo hecho de manera insuficiente, es limitado y debe meritarse especialmente, indicando, al modo del art. 273 del Código Procesal de Brasil, las razones de su convencimiento (40).

Meroi afirma que "la muy prolífica aplicación que de estas medidas vienen haciendo nuestros tribunales -con ley o sin ella- da cuenta de una propia evolución: y es que a los tímidos pronunciamientos en casos en que se invocaba "urgencia impostergable" y "daño inminente e irreparable" les siguieron aquellos casos de "extrema evidencia" o de "indicio vehemente", con lo que concluye que la proclamada excepcionalidad de las medidas desaparece entre signos de interrogación.

Por ello, luego de sostener que -a su entender- existe desconcierto en torno a los requisitos de procedencia de la tutela de urgencia, postula que las respuestas pasan por un grado inevitable de discrecionalidad del juez sólo controlable por las partes involucradas en el conflicto en la medida que ese juez motive razonada y racionalmente su decisión.

El juicio de extremos como la fuerte probabilidad y el daño inminente y grave o de imposible reparación ulterior (en el caso que nos ocupa) recae sobre hechos.

Por ello propone algunas reglas para la motivación:

- en la gran mayoría de los casos el conocimiento de los hechos se realiza a través de un proceso inductivo que genera una hipótesis, esto es, una inferencia de carácter meramente probable;
- cuando se parte de generalizaciones y máximas de experiencia es menester expresar su fundamento cognitivo y su grado de probabilidad;
- no todos los medios probatorios tienen la misma calidad epistemológica, por lo que urge distinguir sobre ellos y otorgarles su congruo valor;
- la cantidad y variedad de medios probatorios enriquece la motivación;
- la existencia de varias hipótesis igualmente verificadas agrava el deber de motivación.

Concluye que una garantía epistemológica adicional es el requisito de la "no refutación". Esto es, debe procurarse el contradictorio anticipado más si ello no fuera excepcionalmente posible debe "extremar la conjetura de las posibles refutaciones que hubiera podido esgrimir aquél de haber tenido oportunidad de hacerlo (41).

Nuestro Superior Tribunal ha confirmado el despacho de una medida en contra de la aseguradora, en el marco del art. 68 de la ley 24.449, sobre la base de su falta de negativa de la vigencia del contrato que cubre el evento y la inexistencia de "contradicción y orfandad probatoria que permitan dudar que el monto por el que fuera intimada la aseguradora, está destinado a cubrir parte del costo del tratamiento que necesita la damnificada". Ello fue dispuesto previo otorgamiento ante el a-quo de fianza y la medida fue dictada en sede originaria inaudita pars (Expte. 6212/08: Espíndola, Carmen Rosa por sí y por su hijo menor c/ Empresa de Seguros Nivel Seguros S.A., L.A. 52, Fº 1112/1114, Nº 397).

En situación opuesta y, en ejercicio de su competencia originaria, rechazó su despacho en un caso de conflicto institucional en el que, iniciado juicio político respecto del Intendente, se designó provisoriamente en la función de Jefe del Departamento Ejecutivo Municipal a una persona y, concluido el juicio político en la destitución y entendiendo que así concluía también el ejercicio de esa función, se dictó resolución por el Consejo Deliberante que el actor invoca en su apoyo, en la que es designado Presidente del mismo, imponiéndosele la obligación de hacerse cargo del Departamento Ejecutivo a cuyo efecto deduce la medida autosatisfactiva con el objeto de que se ordene al demandado el desalojo de la intendencia y que se abstenga de entorpecer el ejercicio de esas funciones. En tanto esa resolución fue anteriormente cuestionada por el destinatario de la medida autosatisfactiva en una medida cautelar despachada a su favor, se fundamenta el rechazo en el incumplimiento del recaudo de la "fuerte probabilidad o, cuanto menos, verosimilitud del derecho", indicando a la vez que se encuentra en trámite un proceso de conocimiento. (Expte. 1463/2002: "Antonio Walter Rodríguez-Presidente del Concejo Deliberante de la Municipalidad de El Carmen c/ Francisco Eduar Inklemona", L.A. 51, Fº 281/283, Nº 121).

En igual sentido, confirmó el rechazo producido por el a-quo fundado en la necesidad de investigación y debate de ciertas cuestiones que excedían el marco de la medida solicitada y en la falta de acreditación de presencia actual de daño inminente o irreparable o frustración de su pretensión indicando que el caso "excede el marco de las medidas autosatisfactivas. La tutela solicitada en autos dista de constituir una medida autosatisfactiva, en tanto no existe la convicción suficiente o la casi certeza del derecho invocado, el cual, por la naturaleza de la acción, requiere ineluctablemente enmarcarse en un proceso ordinario, en donde salgan a la luz, las razones por las que no se dio cobertura a su estado de salud; por las que no se le otorgó licencia por enfermedad o accidente de trabajo, y en su caso si corresponde el traslado del agente... Tampoco puede soslayarse que no logró probarse la urgencia de la medida ni siquiera el peligro de su frustración actual o inminente" (Expte. 5592/07: Algazan, Guillermo c/ Estado Provincial". L.A. 51, Fº 1509/1511, Nº 542).

3.3. Despacho ab initio inaudita et altera pars: el resguardo del derecho de contradicción.

Por el extremo de urgencia al que refiriéramos como parte de su concepción inicial, la medida fue pensada como despachable inaudita et altera pars, esto es, con un contradictorio pospuesto.

Posteriormente, Peyrano reconoció la posibilidad de disponer una breve y comprimida sustanciación previa (42).

Barberio defiende la posibilidad de un contradictorio pospuesto que justifica por razones operativas o de urgencia, según el caso. Destaca en el punto que distintos tribunales de alzada han revocado medidas autosatisfactivas y sostiene que si ello ha ocurrido es porque el destinatario ha tenido posibilidad de cuestionarlas (43). No obstante, para los casos de derecho patente, no existirían obstáculos para disponer un traslado o vista previa (44).

Por el contrario, Arazi y Kaminker sostienen que la bilateralidad previa debe ser la regla en esta clase de procesos y sólo cuando la urgencia fuese tal que no sea posible oír a la parte afectada se prescindirá de ella, pero ello ocurrirá excepcionalmente (45).

Vargas se explaya sobre el alcance del derecho de contradicción y, citando a Peyrano, enuncia que es el derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que goza todo demandado para ser oído en los estrados judiciales y para disfrutar de la oportunidad de proponer -en su caso- defensas.

Recuerda que las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso no violan la esencia del contradictorio.

Entiende que la mayoría de la doctrina sostiene que el contradictorio debe ser pospuesto para postular que no debe adoptarse en el punto una "regla fija" (46). En igual sentido se expiden Peyrano (47) y García Solá (48).

Destaca que en el Derecho comparado, al tratarse los procesos urgentes, no suelen estar exentos de dar la posibilidad a la contraparte de ser oída antes de la resolución. Y, en su apoyo, cita a Rivas, Arazi, Dutto Camps y Grillo Ciochini.

Acota también, que el campo de aplicación de procedimientos del tipo monitorio puro (con contradictorio pospuesto) como las injunction, lo limitan severamente a aquellos casos en que se acredite verosimilitud del derecho con "prueba documental inequívoca" y sólo para casos de deudas de sumas de dinero o patrimoniales.

Postula entonces que puede haber un contradictorio "anticipado, breve y urgente" y justificar así múltiples y provechosas variantes de protección de derechos (49).

Carbone destaca la importancia del caso concreto para el análisis de los recaudos de procedencia e indica con precisión que "nos tenemos que convencer y tenemos que convencer a la gente de que no podrá suprimirse un proceso totalmente cognoscitivo; éste necesariamente debe durar algún tiempo para que la debida garantía en juicio no quede pulverizada por una supuesta eficacia".

"Como decía Morello no todos los casos son blancos o negros, muchas veces están desbordados de grises, y éstos generan debates y probanzas que deben sustanciarse en un tiempo razonable, ya que no todos los temas pueden solucionarse con una orden insustanciada o un simple traslado. La complejidad del asunto, más allá de la probabilidad de la existencia del derecho, muchas veces postergará el despacho de una medida autosatisfactiva" (50).

En el punto, habremos de referirnos más adelante al derecho de defensa del demandado considerado constitucionalmente pero anticipamos que, para aquellos casos considerados de urgencia en sentido amplio o no urgencia, por la existencia de un derecho patente o evidente, el contradictorio (bien que el juez podrá adoptar las modalidades que entienda más adecuadas) será la regla.

3.4. Autonomía del proceso

Por definición, el proceso de la medida autosatisfactiva es autónomo, como ya lo enunciáramos al comienzo.

Peyrano esclarece, con cita de Morello, que la satisfacción definitiva se producirá "en el supuesto en que la medida autosatisfactiva sea consentida o adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por el beneficiario de la misma" (51).

Galdós apunta que su procedencia está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (no cotidianas) entre las que se encuentra la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión a la que denomina, según terminología clásica, cautelar, provisional o preventiva, con la pretensión material o sustancial, "de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionario" (52).

Barberio utiliza el concepto de "proceso innecesario". Coincide en definir a la autonomía como la posibilidad de que pueda resolverse y agotarse en su dictado sin necesidad de promover un proceso principal o sirviente

e indica que opera como característica de la medida y, en otros casos, opera como presupuesto. Existe entonces: autonomía instrumental (un proceso que no tributa con otro) y autonomía en la resolución del conflicto (no requiere de otro proceso que la sostenga, sentencia que confirme lo decidido o declare un derecho más allá de la concreta postulación autosatisfactiva).

Señala entonces que “la medida autosatisfactiva es el proceso y no requiere de ningún otro para su sostenimiento. En los casos en que la cuestión no pueda liquidarse con el despacho autosatisfactivo en ese único proceso, ora porque ya está trabada la controversia en otro proceso anterior o coetáneo, ora porque no obstante la medida el conflicto sigue abierto en su dilucidación, ora porque su complejidad material o conexidad a otro conflicto pendiente impiden la resolución en el acotado -y autónomo- marco de debate que se imprime a esta herramienta, la medida autosatisfactiva será improponible”.

Al clasificar al “proceso innecesario” indica tres posibles casos: aquél en que la medida agotó su objeto, aquél en que resulta innecesario por la simpleza de la cuestión propuesta y aquél en que el postulante de la medida, habiendo cesado la conducta, no desea promoverlo. En este último desarrollo vuelve a resaltar su tesis en lo relativo a la utilización de la figura en los casos de derecho patente y casi incontestable indicando que en los casos que no existen perplejidades ni se requiere indagar más allá de cuanto está propuesto, conllevan una obviedad que simplifica el conflicto a resolver. Cita como ejemplo el art. 3077 del Código Civil y los casos en que la prueba acabada de los presupuestos fácticos ventilados deja la cuestión sobre una plataforma de pleno derecho (53).

Nos parecen particularmente ilustrativos del primer supuesto de proceso innecesario, esto es, aquél en el que la medida agotó su objeto, los casos que analiza Carbone a modo de ejemplo: transfusión de sangre, corte de arbustos. En ellos, se produce sustracción de la materia fáctica apelable y se evidencia la autosatisfacción integral de aquellos derechos en forma irreversible con una sustracción cognoscitiva de materia hacia el futuro (54).

En este punto, el Superior Tribunal de Justicia se pronunció en Expte. 3533/05 “Benítez, Germán Marcelo c/ Municipalidad de la Mendieta” (L.A. 48, Fº 2519/2520, Nº 848), caso en el que se pretendía la reincorporación en planta de agentes municipales originariamente contratados y luego designados en planta permanente sin asignación presupuestaria, removidos posteriormente de sus cargos por esa razón. Se confirma el rechazo de la medida en tanto lo planteado desborda los límites de cognición de la medida y la misma agotaría el debate sobre la revocación del acto impidiendo la articulación del procedimiento ordinario y regular contencioso.

De igual modo en el Expte. Nº 3945/05 “Norma Susana Jiménez c/ Plan Rombo S.A.” (L.A. 49, Fº 2136/2139, Nº 699) ordenada por autosatisfactiva la devolución de un automotor objeto de ejecución prendaria en otro expediente el Superior Tribunal revoca lo resuelto: a) por no existir prueba inequívoca que permita anticipar decisión sobre el derecho en disputa; b) en tanto existía una demanda ordinaria pendiente (el Tribunal no lo merita como recaudo pero lo introduce en el relato); c) no resulta imprescindible porque existía la posibilidad de deducir cautelar en el juicio ordinario introducido. Se enuncian como requisitos: concurrencia de situaciones de urgencia y fuerte probabilidad.

En fallo dividido, la minoría se expidió también en el punto en el Expte. 3753/05 “Farfán, Oscar Luis c/ Estado Provincial” (L.A. 49, Nº 222) para destacar que en el caso la medida no debió disponerse en tanto fue solicitada para el libramiento de fondos cuyo derecho al cobro fuera reconocido al actor en expediente ordinario distinto con incidente de ejecución de sentencia iniciado. Indica entonces en su voto el Dr. González que no encuentra “razón para que otro órgano jurisdiccional -en el caso a través de su presidente de trámite por simple providencia...e inaudita parte, libre fondos depositados en causa ajena y a disposición de los Jueces que entienden en ella cuando bien pudieron éstos cumplir ese cometido con la misma celeridad y, sin dudas, con mejor conocimiento de los antecedentes del caso”, señalando la improcedencia de estas medidas “para hacer cumplir de modo distinto al originalmente previsto, una sentencia en etapa de ejecución.”

3.5. El requisito de la contracautela (55)

Originariamente, Peyrano la consideró innecesaria más, en la evolución del instituto, sostiene que serán las circunstancias del caso las que determinarán su despacho con o sin fianza u otro tipo de contracautela (56).

Barberio apunta que será una prudente ponderación del magistrado la que determinará la conveniencia o no de su otorgamiento y, en su caso, del tipo respectivo atendiendo a las circunstancias del caso concreto que puntualiza: intensidad con que se presenta el derecho (o calidad de la prueba aportada por el peticionante (57)), grado de urgencia o periculum in damni que aconseje obviar valladares, resultado de la sustanciación que pudo haberse dado previamente, la materia o cuestión sustancial comprometida, la reversibilidad o no de lo dispuesto en la medida y el eventual perjuicio que pudiera causarse al destinatario (58).

De los Santos apunta que sólo procederá cuando la medida se decrete inaudita parte y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado (59).

El Superior Tribunal de Justicia de Jujuy incluyó el requisito de la contracautela para el despacho de una medida para la cual había sido ofrecida por el actor y no ordenada por el Tribunal a-quo en el Expte. Nº 6114/08 “Rafael Fernández c/ La Veloz Seguros S.A.” (L.A. 52, Fº 1209/1211, Nº 432).

En igual sentido, cuestionada la medida autosatisfactiva despachada en contra de la aseguradora en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la ley 24.449, considerando incluso la exclusión de cobertura opuesta por el recurrente, fue confirmado su despacho en tanto “se acreditó con absoluta certeza la gravedad del estado de salud del menor, la urgencia con que se requiere el tratamiento; a lo que cabe agregar, que se exigió como medida previa la fianza personal del profesional interviniente a los fines de garantizar la necesaria procedencia del mismo” (del voto de la Dra. Bernal al que adhiere la mayoría) y que la norma de fondo invocada impone a las aseguradoras el deber de afrontar sin dilación los gastos de sanatorio “sin perjuicio de los derechos que se puedan hacer valer luego” (del voto del Dr. González) (Expte. 5985/08 Eva del Carmen Rendón y Faustino F. Cazón Jerez... c/ Pablo Torrez Cardozo y Aseguradora Federal Argentina, L.A. Nº 52, Fº 1341/1343, Nº 477), con lo que se advierte la ponderación de los recaudos (60).

3.6. Término de vigencia.

En algunos casos, y por la naturaleza de la prestación comprometida, será prudente fijar, sin perjuicio de decretar prórrogas al plazo inicialmente concedido, término de vigencia para la medida (61).

Explicita Barberio que en los casos en que la resolución autosatisfactiva agota y compone el conflicto como decisión autónoma pero la orden que contiene es de ejecución continuada o periódica o sucesiva, puede acontecer que sea necesario limitarla a cierto tiempo de vigencia vencido el cual ya no quepa mantener los efectos o justifique su prórroga.

Las razones para fijar ese tiempo de vigencia serán variadas y responderán, según el caso, “a que la tutela concedida no requiere más que un cierto tiempo para verse satisfecha, o a que los presupuestos fácticos que la circundan están expuestos a cambios o alteración por el transcurso del tiempo o, en fin, a la materia comprometida y naturaleza de la orden que puede justificar razonablemente se fije un espacio de tiempo durante el cual se hará efectiva” (62).

3.7. Manifestación del postulante que limita la pretensión autosatisfactiva.

Con esta formulación, refiere Barberio al recaudo para plantearse su extensión. ¿Debe establecerse como requisito de admisibilidad que al postular la medida se expresará que es intención del accionante no deducir demanda “principal”?

Acota en primer término que esa manifestación puede producirse si es que el proceso “principal” no se ha iniciado. Si ya hubiera sido deducida, la medida -a su entender- carecería de autonomía.

Cuestiona la supresión o limitación del postulante, que lo priva de demandar o lo obliga a renunciar a una pretensión conexa pero que no se identifica con la medida en sí misma (por ejemplo: cesación de vías de hecho y cobro de daños y perjuicios).

Concluye que si al peticionante le interesa la resolución de la medida que agota el conflicto tendrá que decirlo expresamente y asumir que así sea. Mientras que, si pretende otro tipo de tutela o la misma pero rebasando los límites de la medida en estudio, deberá recurrir a los mecanismos respectivos.

Sin desprenderse de las singularidades que plantea en su aplicación a cada caso concreto, indica que si el accionante no es claro en este aspecto será el juez quien deba requerir la manifestación respectiva de modo tal de que la pretensión quede claramente delimitada.

Apunta, finalmente, que desde el punto de vista del destinatario de la medida, tal declaración puede facilitar la conclusión del conflicto por entender que resulte preferible consentir lo dispuesto al saber de antemano que no habrá otros reclamos relativos al mismo objeto (63).

En igual sentido se pronuncia Barbieri en el análisis del Proyecto respectivo para la Provincia de Santa Fe sosteniendo que “es imperativo que el peticionante de una autosatisfactiva renuncie expresamente, en caso de ser la medida otorgada, a interponer demanda por una idéntica o conexa pretensión. De no ser así se violaría la “idea” que dio origen a su nacimiento” (64).

En el punto siguiente veremos cómo las particularidades del caso pueden determinar o no la necesidad de requerir una declaración en este sentido.

En cualquier caso, la declaración que se produzca habrá de interpretarse con criterio restrictivo por lo que, si de sus términos no pudieran inferirse con claridad los alcances de lo pretendido, será el contradictor (en caso de participación anterior al despacho) o el propio juez quienes deberán solicitar su precisa determinación.

Nuestro Superior Tribunal resolvió confirmando el rechazo de la excepción de litis pendencia invocada por la aseguradora en el marco de la medida autosatisfactiva dictada para el cumplimiento de la obligación legal autónoma del art. 68 de la ley 24.449 habiendo invocado identidad de sujeto, objeto y causa en el expediente ordinario por daños que vinculaba a las partes. Ese rechazo se produjo en mérito de lo sostenido por el dictamen fiscal que sostuvo que el planteo no resultaba atendible “en razón que el caso se trata de una medida ... que tiene por objeto una verdadera pretensión de tutela anticipada del derecho de la persona involucrada en el proceso controvertido, diversa a la pretensión o petición definitiva que se discute en el juicio ordinario. Se trata de una fórmula en sí misma, de pura acción (aseguradora), que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe. Además es una medida autónoma en el sentido que ésta no se confunde con la que constituye la pretensión del proceso contencioso o con la petición que constituye su objeto... La medida autosatisfactiva ..., se trata de una acreditación de hechos, urgentes, el peligro de la demora y una fuerte probabilidad de daño, que requiere de un conocimiento superficial y aspira a una anticipación de obtener una prevención de la salud de la persona involucrada. En cambio, en la pretensión de fondo, la causa apunta a la demostración de la existencia o certeza del derecho debatido y al reconocimiento definitivo del derecho que constituye cosa juzgada formal y material.” (Expte. 3693/2005: Alejandrina Flores Vallejos c/ Latitud Sur S.A. L.A. 49, Fº 2007/2008, Nº 659).

En el fallo citado, no se observa que se haya establecido como recaudo necesario, la manifestación que limite la pretensión del postulante y, en todo caso, su interpretación se restringe a la identidad de las pretensiones contenidas en la medida autosatisfactiva sin que constituya óbice para su despacho el concomitante juicio ordinario de daños que se desarrolle. Debe tenerse presente en el punto la particularidad de que la materia debatida constituye una obligación legal autónoma.

Entendemos, no obstante, que los casos caracterizados como de urgencia en sentido estricto pueden imponer, por las circunstancias tratadas, una celeridad en el trámite que impida al juez solicitar mayores precisiones considerando que es probable que aún el peticionante no haya tenido posibilidad de analizar en profundidad cuál será la demanda dirigida a obtener, en su caso, la reparación de los daños respectivos. De diferente modo, tal como se señala en el punto siguiente, opera el recaudo cuando la urgencia es menor o no existe en sentido estricto.

3.8. Balanceo de los recaudos. La aplicación de la “teoría de los vasos comunicantes”

Sin duda resulta de suma utilidad tener presente, en el análisis previo tanto a la postulación, cuanto a la contestación o al despacho de estas medidas (en particular en este último) la posibilidad de extender la teoría aludida (que asevera que los recaudos cautelares clásicos se encuentran interrelacionados por lo que cuando es intensa la presencia de uno de ellos puede eclipsarse y hasta desaparecer la exigencia de otros) a la figura en estudio (65).

Apuntamos, además, que ese análisis en nuestro caso se hará no sólo de aquello que opera como recaudo de procedencia (p.ej. fuerte probabilidad) o de ejecución (contracautela) sino también respecto de sus caracteres (p.ej. momento del ejercicio de la bilateralidad).

En este sentido, particulariza García Solá el análisis distinguiendo clases de situaciones que, consideramos, pueden ser muy útiles en el tratamiento del caso particular:

- situaciones fácticas en las que se conjugan la mayor dosis de urgencia y la necesidad de prevenir y asegurar derechos o libertades medulares, aquellos que registran forzada protección constitucional: la vida, la salud, la calidad de esta última. Integra también en esta categoría a los casos de violencia familiar. En estos supuestos se registra la máxima tensión entre el valor eficacia y el valor igualdad de las partes, inclinándose la balanza a favor del primero, la urgencia es extrema y la restricción del contradictorio inevitable.

- otros casos que demandan la prudente discrecionalidad de los magistrados en tanto existe una menor dosis de urgencia y la posible coexistencia de derechos contrapuestos en cabeza de los destinatarios de la medida (p.ej. derecho a la intimidad y libertad de prensa). Postula en este caso su interpretación restrictiva y la exigencia de una declaración categórica del peticionario que demuestre que su interés se circunscribe y agota con su despacho funcionando como una renuncia expresa a priori a entablar un juicio principal por los mismos hechos. En estos casos entiende que, además, cuando de la prueba producida surgiera un derecho del peticionante, aun ostensible, al que pudiera oponerse una contradicción sería o que justificara un contradictorio amplio, el camino correcto no sería el de la medida en tratamiento.

- un tercer grupo de casos es aquel en el que la urgencia no aparece tan claramente configurada, se halla presente de manera implícita y el acento en la excepcionalidad está puesto en su carácter directamente operativo del derecho consagrado por la ley de fondo, en su naturaleza simple, en la lesión actual o inminente que a él se infiere con conductas que implican ostensibles vías de hecho y en la real inexistencia de procesos principales en los que introducir la petición como cautelar (66).

Destacamos con Barberio que no sólo nada impide producir ese balanceo sino que seguramente habrá circunstancias que así lo aconsejen dejando apuntado que no debe desconocerse que la medida autosatisfactiva requiere ineludiblemente el cumplimiento de algunos de sus presupuestos que no pueden dejarse de lado puesto que hacen a su esencia de medida autónoma pero que sí pueden presentarse con diversos grados de intensidad.

Así, “la fuerte probabilidad en el derecho tiene distintos estadios de convicción que, sin dejar de ser fuertemente probables, escalonan dicha probabilidad como más cercana a la certeza. Del mismo modo, el detalle de la urgencia puede presentarse, sin dejar de ser urgente, con distintos grados de mayor o menor prontitud y en algunos casos hasta podría no considerarse. Con la gravedad del daño, otro tanto” (67).

4. Extremos de procedencia de las Medidas Autosatisfactivas receptados en los Códigos de procedimiento provinciales vigentes.

Al extenso campo de la discusión doctrinaria al que hemos referido, queremos acercarnos, sin pretender agotarlo, el de las legislaciones locales que ya han receptado el instituto.

Como ha quedado expuesto de manera evidente, en tanto la cuestión no sea objeto de regulación, el universo de casos en los que es posible admitir su procedencia es amplísimo y resulta resorte del juez establecer dentro de esas posibilidades la extensión en que considerará que la misma integra la garantía de la tutela judicial efectiva y, con ello, el despacho favorable o no de lo postulado.

Por ello, entendemos útil incluir un capítulo -aunque breve- destinado a la exposición de los sistemas que ya han fijado los límites de esa regulación mediante su recepción en los Códigos procesales respectivos. Omittimos a las leyes especiales que las acuñan como las de violencia familiar puesto que las particularidades de la materia excluyen la posibilidad de producir un análisis de pautas generales. Hemos tomado, pues, las de los Códigos de Procedimientos de Corrientes (arts. 785/790), Chaco (art. 232 bis), Formosa (art. 232 bis), La Pampa (art. 305) y Santiago del Estero (art. 37) y nuestro análisis se volcará principalmente respecto de cada uno de los elementos que hemos considerado en el capítulo 3 para describir su regulación (68).

Como primera cuestión destacamos, que todas ellas se inscriben en la concepción que las adopta para casos que hemos considerado urgentes en sentido estricto, quedando así, en principio, excluidos aquellos que la doctrina considera procedentes por encontrarnos frente a derechos patentes o evidentes.

Hacen expresa referencia a la urgencia los Códigos de Corrientes, La Pampa y Santiago del Estero, y a que su atención sea impostergable para brindar tutela judicial inmediata las mismas normas y Códigos de Chaco y Santiago del Estero. De tal modo, se han adoptado las tesis mayoritariamente aceptadas como situaciones de procedencia de la medida.

En orden al recaudo de la fuerte probabilidad de la existencia del derecho se exige, por un lado, el acompañamiento de las pruebas que funden su petición (Corrientes, La Pampa y Santiago del Estero) y, con mayor énfasis, el respaldo de “prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible” (Chaco y Formosa). Con lo que también se acuña el recaudo con prístina claridad.

Con excepción de la legislación pampeana, se indica, además, en todos los casos, que el despacho es excepcional, acotando una vez más su campo de aplicación.

Respecto de la sustanciación, acuñan Corrientes, Chaco, Formosa y Santiago del Estero la regla del despacho inaudita et altera pars admitiendo, en los tres primeros casos que excepcionalmente, según las circunstancias del caso y materia de la medida, sea sometida a una previa y reducida sustanciación "que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído" en tanto que, bajo los mismos presupuestos, la ley santiagueña establece que la modalidad de esa sustanciación y plazo serán "determinados prudencialmente por el juez". La Pampa fija la regla inversa: "Cuando sea posible (el juez) la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda."

Todos las conciben como procesos autónomos, bien haciendo referencia a la inaplicabilidad a ellas de los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar (Corrientes, Chaco, Formosa, Santiago del Estero) y sólo con referencia a la caducidad en el caso de La Pampa.

En punto a la caución o contracautela, todas admiten la posibilidad de que el juez la imponga. En el caso de Corrientes, Chaco, Formosa y Santiago del Estero, se exige previamente motivación para imponerla lo que hace pensar a Barberio que ello es una pauta o sugerencia dirigida hacia la eximición (69).

Todas se pronuncian, además, por la posibilidad de determinar límites temporales a su fijación y, en su caso, disponer a solicitud de parte, su prórroga.

Se advierte, entonces, que las legislaciones que ya han receptado el instituto lo han hecho ateniéndose en su formulación a lo que doctrina y jurisprudencia mayoritariamente vienen aceptando. Y es que, tal vez, la formulación que alude a la justificación de su otorgamiento en casos de derecho patente o evidente, requiere un análisis que sistematice sus propios extremos de procedencia de modo tal de evitar el uso desmesurado que las doctrinas que postulan su inadmisión sustentan con tanto tesón.

5. La regulación de la medida autosatisfactiva para los casos de derecho patente o evidente.

Resulta claro, y hasta indiscutido, con las salvedades que expondremos luego, nacidas de corrientes más conservadoras del Derecho Procesal, que frente a la urgencia en sentido estricto unida a los restantes recaudos señalados, la procedencia de la medida autosatisfactiva es mayoritariamente aceptada.

Por ello sosteníamos que de más difícil determinación es el caso en que los autores postulan su satisfacción por esta vía fundados en la tutela de derechos patentes o evidentes sólo por revestir ese carácter.

Ello genera mayor dificultad en la mente prudente del legislador a la hora de acuñar la figura respectiva.

Puede establecerse, como lo hace el proyecto de Código de San Juan, una fórmula que introduzca el supuesto de la "necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por la ley" (70). Hemos hecho también reiterada mención de los autores que la consideran procedente atento a la "simpleza de la cuestión debatida" y a la existencia de "derecho patente o evidente" (71).

En el punto, resulta un parámetro de análisis posible el que suministra Berizonce, relativo al derecho tutelado.

Si bien refiriéndose a las tutelas diferenciadas en general y no a las autosatisfactivas en particular, entendemos que (en virtud de su relación de género a especie) esta tesis abre un camino posible. Sostiene el autor que "Es la existencia de situaciones singulares que ponen en crisis derechos cualificados en las valoraciones comunitarias prevalecientes, recogidos en textos fundamentales, la que justifica y brinda sentido a la configuración de las tutelas procesales diferenciadas. Ello porque las garantías fundamentales que se consagran en la Constitución y los tratados, si bien se reconoce son directamente operativas, requieren no sólo una adecuada reglamentación de Derecho sustantivo, sino además, especialmente, del instrumental procesal específico que permita su virtualidad en concreto" (72).

A su entender, parece claro que en la estimatoria colectiva no cabe cuestionar el tratamiento preferencial que se adjudica a las situaciones subjetivas de contenido y función no patrimonial (derechos de libertad, igualdad, personalísimos, a la vida, salud, dignidad, etc.) y a las cuestiones institucionales vinculadas con la ética y transparencia públicas y similares.

En cambio, ha de impartirse distinto trato a las situaciones de contenido patrimonial, de la propiedad y negocios privados.

También advierte contra la posibilidad de que la protección, por excesiva latitud de interpretación de ciertos conceptos, se extienda por ejemplo a status genéricos de 'desfavorecido' en la posición jurídica, económica o social como sustento de un trato procesal privilegiado.

Finalmente apunta que, cuando se enfrentan situaciones amparadas por derechos fundamentales que sustentan contrapuestas tutelas diferenciadas cabe propender a la armonización de los derechos en conflicto, atendiendo a la máxima de la proporcionalidad (73).

Carbone, por el contrario y en postura a la que adherimos, duda de la posibilidad de establecer un criterio seguro y objetivo que permita identificar, acotar y restringir las situaciones (y, con ello, los derechos) que merecen excluirse de la regla de la cognición plena para ser objeto de una tutela diferenciada (74).

De tal modo, entendemos que habrá de ser el legislador quien merite y adecue la fórmula que entienda más conveniente en caso de considerar extensible el molde de la figura a aquellas que hemos designado como situaciones de derecho patente o evidente (urgencia en sentido amplio o no urgencia).

Sin embargo, destacamos que, salvo los casos en que una norma de fondo establezca esa posibilidad, difícilmente pueda adoptarla el juez en presencia de una regulación procesal que establezca como recaudo a la urgencia stricto sensu, por lo que postulamos que su análisis y diseño legislativo se produzca del modo más abarcativo posible.

6. Justificación constitucional y normativa que habilita el despacho de medidas autosatisfactivas en ausencia de norma procesal que las contemple.

En aquellas provincias en que la Medida Autosatisfactiva ha sido regulada, evidentemente no resulta necesario justificar su aplicación.

¿Qué ocurre entonces en las provincias en que no se ha acuñado aún procesalmente el instituto?

Sin duda, actualmente no podría pensarse proceso alguno que no previera dar respuesta al derecho constitucional a la tutela efectiva.

Se ha señalado que la medida autosatisfactiva encuentra su fundamento constitucional en el derecho a la jurisdicción, el acceso a la justicia y el derecho de defensa de su destinatario ya citados, inclusive en los casos en que la bilateralidad se postergue (75).

Desde un punto de vista estrictamente práctico, es claro que en muchos casos el interés de quien ejerce la acción se agota con su despacho por lo que el tradicional esquema, que conducía a “encaballar” la decisión en un proceso principal resultaba innecesario y contrapuesto a los intereses del propio solicitante (76).

A pesar de que no ha sido nominada así de modo expreso, tal como en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y art. 24 de la Constitución Española de 1978, esta tutela se arraiga en los arts. 18 y art. 33 de la Constitución Nacional. De modo indubitable, se ha incorporado a ella por imperio del art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (77).

Claro es que esta tutela exige, como lo marca Vargas con cita de Peyrano, Pisani y Morello, que esa efectividad se relacione con la eficacia de la respuesta que se concreta en la idoneidad del medio técnico a utilizar y la materialización que, a través de la jurisdicción, se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada.

Al caracterizar el punto, señala Barberio que la medida autosatisfactiva permite el funcionamiento real de la tutela efectiva como garantía constitucional, arbitrando el proceso “proporcional” que sugiere el Pacto de San José de Costa Rica adecuando las formas a la materia de tutela. Posibilita así, el ejercicio de una jurisdicción oportuna (78).

La Constitución de la Provincia de Jujuy prevé en el art. 29, correspondiente a las garantías judiciales, que es inviolable la defensa de la persona en todo procedimiento judicial o administrativo, garantía que no admite excepciones (inc. 1º), el derecho a ser oído con las garantías del debido proceso legal para la determinación o reconocimiento de sus derechos y obligaciones de orden civil (inc. 2º) y que toda persona que fuere parte en un proceso goza de la garantía de que la sentencia definitiva se dicte dentro de un plazo razonable (79), no viole las normas constitucionales y sea derivación razonada del derecho vigente conforme a los hechos acreditados en la causa (inc. 3º). De igual modo, en el art. 150, al regular los principios procesales establece en el inc. 6º un imperativo: las leyes procesales, en lo pertinente, deben establecer: la celeridad y eficacia en la tramitación de las causas judiciales y su resolución.

Con ello, es claro que de los mismos textos constitucionales se desprende la manda de que sea respetado el debido proceso, implicando en él la garantía de obtención de sentencia que dirima el conflicto en tiempo propio, actuando así la eficaz prestación de los servicios de justicia fijada en el art. 114 párr. 3º, apartado 6 de la Constitución Nacional (80).

En el punto, señala Marinoni que un procedimiento destituido de técnica procesal capaz de posibilitar la anticipación de la tutela en caso de fundado riesgo de daño, abuso del derecho de defensa y parte incontrovertida de la demanda (casos ya receptados en el Código Procesal del Brasil), sería incompatible con el derecho a la duración razonable del proceso. Más fuertemente declara que hoy el procedimiento ordinario clásico, el proceso de conocimiento tal como fuera concebido por la doctrina chiovendiana, expresaría evidente inconstitucionalidad en tales casos.

Señala que el tiempo, que fue visto como algo neutro o científicamente no importante para el proceso, fue cargado al actor como si la demora fuese un problema exclusivamente suyo. El tiempo es una necesidad: una necesidad del juez, que precisa de él para formar su convicción y una necesidad democrática, devenida del derecho que tienen las partes de participar adecuadamente del proceso, derecho que tiene expresión en el principio de contradicción.

Concluye que el derecho a la duración razonable exige un esfuerzo dogmático capaz de atribuir significado al tiempo procesal. La demora para la obtención de la tutela jurisdiccional obviamente repercute en la efectividad de la acción. Eso significa que la acción no puede ser desligada de la dimensión temporal del proceso o del problema de la demora para la obtención de aquello que se procura (81).

Como lo señalamos, el derecho al dictado de la sentencia en un plazo razonable tiene expresa consagración en la Constitución de la Provincia de Jujuy.

Para el análisis en otras jurisdicciones, destacamos con Peyrano que la Constitución Argentina en modo alguno desalienta la creación pretoriana de tutelas diferenciadas que privilegien el factor tiempo en el proceso, lo que se demuestra con la previsión de un procedimiento expeditivo de amparo: “Queda así demostrada su preocupación por favorecer el diseño de una ‘jurisdicción oportuna’” (82).

La falta de norma expresa constitucional de tutela no ha de ser óbice para su aplicación porque “allí donde las particularidades del caso ponían en grave trance de ser vulnerados derechos constitucionales fundamentales, siempre se admitió la validez de que, pretorianamente, se crearan acciones y procedimientos “extra legem” en miras a procurar el imperio efectivo de los mandatos constitucionales”.

Cita a Lépori White al señalar que, frente a la pretensión de urgencia atípica, sustantiva, sin trámite previsto en forma expresa y cuando la demora lesionaría irremediablemente los derechos del peticionante, el juez no puede abstenerse de resolver por falta de solución legal en virtud de lo establecido en el art. 15 del Código Civil. En su mérito, y con las llamadas atribuciones judiciales implícitas (83) el juez puede suplir la laguna de

la ley (84).

La autora de referencia inicia su razonamiento en la consideración del art. 14 de la Constitución Nacional el que incluye expresamente el derecho de peticionar ante las autoridades y el art. 19 que faculta al ciudadano a que esa petición consista en todo aquello que no está prohibido por la ley.

Concluye que puede “todo habitante de este país, dirigir una petición no prohibida al poder judicial, por ser ésta una especie del derecho de peticionar que tiene jerarquía constitucional propia, y que se conoce como “derecho a la jurisdicción”, protegido en el artículo 18 del mismo cuerpo legal, y de la cual no podrá ser privado.

La validez de la norma inferior (sentencia) estará dada en la actuación del juez producida conforme al ordenamiento pero cuando en el mismo existen lagunas normativas, tal el caso que nos ocupa, en que la mayoría de los ordenamientos provinciales no prevén una norma procesal que los contenga, el ordenamiento jurídico puede contener a las medidas autosatisfactivas considerando el art. 15 del Código Civil y las facultades judiciales implícitas.

Además de la fundamentación asentada en este bloque constitucional, a la hora de fundar su procedencia, se sostiene también que el juez puede hacerlo por la aplicación ya citada de una válida interpretación analógica extensiva, toda vez que, existiendo numerosos dispositivos legales que, en esencia, constituyen medidas autosatisfactivas, quedarían configuradas múltiples hipótesis en las cuales resultaría legítimo que operara el instituto. También se echó mano de la medida cautelar genérica para fundarla y algunos autores lo hacen en el marco del art. 43 de la Constitución Nacional (85).

7. La respuesta de la medida autosatisfactiva al paradigma de la tutela judicial efectiva para ambas partes y la prohibición constitucional de indefensión.

Pese a que nos hemos referido ya al recaudo de la bilateralidad y las distintas posturas sostenidas acerca de ella, nos parece que debemos ahondar en lo que Vargas nomina de modo gráfico “la prohibición constitucional de indefensión”.

A poco de andar, puede advertirse que el punto constituye parte de la médula de la división entre las corrientes llamadas “activismo” y “garantismo” (86).

Desde la mirada opuesta a su recepción, Camps sostiene que la medida autosatisfactiva constituye una categoría harto riesgosa en la que, al hecho de no estar receptada legalmente (refiere a los ordenamientos por entonces existentes en la Provincia de Buenos Aires y Nación) se suman las imprecisiones acerca de su naturaleza.

Objeta que se confiera carácter autónomo al proceso cuando se admite que la bilateralidad sea postergada y entiende que el recaudo autónomo de la “irreparabilidad del perjuicio” ha llevado a proponer su otorgamiento sin contracautela, concluyendo que ello, sumado a la falta de bilateralidad, ha sido resistido por constituir un virtual despojo de quien debe cumplir con lo ordenado.

A su entender ni la apelación posterior ni el juicio ordinario subsiguiente resguardan de manera adecuada la bilateralidad y el derecho de defensa. Lo primero, por las limitaciones propias de la revisión de lo ya dispuesto, lo segundo, porque cuando la ley ha considerado viable un juicio ordinario posterior, lo ha establecido en forma expresa (juicios ejecutivos, interdictos, acciones posesorias, desalojo) (87).

También formula objeciones Meroi quien, en su análisis del proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe sostiene que, conforme allí se proponen, las medidas autosatisfactivas suponen un quiebre de la garantía constitucional del debido proceso al no otorgar la audiencia (concebida como igualdad de medios de defensa y prueba con relación a los esgrimidos por el actor) que se ha prometido al demandado desde la Constitución Nacional.

Así como el actor tiene todo el tiempo para fundamentar su pretensión el demandado también debe gozar de él para replicarla.

Concibe violatoria de la defensa en juicio a la posibilidad de que el juez otorgue o no audiencia al demandado y pueda despacharla sin contracautela y entiende que la decisión simboliza el puro voluntarismo judicial.

Alude que la apelación de lo decidido no es la “audiencia” que garantiza al demandado el régimen constitucional en tanto allí ya no se discutirán los hechos o el derecho sino el “iter” del pensamiento del juez. Menos aún si esa apelación se concede con efecto devolutivo.

Anuncia que es un contrasentido jurídico la promoción de un pleito declarativo posterior para dar la posibilidad de controvertir lo que se ha otorgado en otro pleito de conocimiento.

“No se trata de negar la llamada ‘tutela anticipada’ -en los casos de extrema urgencia en que ella proceda- sino de negarle el carácter de sentencia” (88).

..

Marcos Peyrano refiere, por el contrario y con citas de fallos de nuestro Máximo Tribunal, que la garantía de la defensa en juicio establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional es aplicable en toda clase de procesos, lo que incluye entonces a los procesos civiles y se reconoce a todas las personas, garantizándoles el acceso a una decisión justa, fundada, oportuna y dictada con ciertos recaudos formales para su validez. En igual

sentido las normas constitucionales locales a las que ya refiriéramos.

Incluye este derecho “el de contar con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil” (Fallos: 307:282; 308:155; 311:682) de donde concluye que “no podemos hablar válidamente de un derecho de defensa exclusivo del demandado, sino de un conjunto de facultades previsto constitucionalmente mediante la fórmula “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” que apunta a la tutela efectiva, adecuada y oportuna de los derechos de ambas partes (89).

Vargas analiza la cuestión también desde el punto de vista constitucional para situarse en la perspectiva de quien es condenado a la realización de un acto o cumplimiento de una prestación con un proceso diferenciado del común.

Con cita de Jesús González Pérez señala que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende también el que sea posible la defensa, consagrado en el propio art. 24 de la Constitución Española que proscribe, de modo expreso, que pueda producirse indefensión en caso alguno.

La prohibición de indefensión es una garantía tan universal como la de la tutela judicial, siendo una regla con un amplísimo ámbito de aplicación y sin perfiles nítidos y reviste más carácter de principio que de norma (90).

Por ello, Herrero ha sostenido que “el grado de plasticidad del derecho a ser oído frente al mandato constitucional que obliga al juez a afianzar (o garantizar) la justicia en el proceso, constituye la clave de bóveda del funcionamiento de todo el sistema procesal y determina el nivel de eficiencia de la respuesta jurisdiccional en el caso concreto” (91).

Caracteriza también al derecho a ser oído como un derecho absoluto e inviolable y distingue en él la garantía procesal o judicial de la defensa (“defensa en juicio”) del “derecho fundamental de defensa” que la constitución declara o reconoce en forma implícita, al que atribuye condición de derecho natural o fundamental de carácter absoluto en tanto objetivación (racionalización) del derecho natural de defensa como resultado de la inserción del hombre en el Estado (ordenamiento jurídico).

Sin embargo, la inviolabilidad de la defensa en juicio no implica -en su análisis- que su ejercicio no pueda ser limitado u objeto de reglamentación. La ley procesal establece las condiciones de ese ejercicio.

El análisis lo lleva a concluir que “nadie puede ser privado de un derecho subjetivo sin la oportunidad de ser oído pero también que nadie puede invocar esta garantía frente a una decisión judicial “urgente”, “consustancial” a la “existencia” de un derecho constitucional en peligro inminente de sufrir un daño irreparable, cuya salvaguardia procura -precisamente- el derecho de defensa de su titular (prior tempore, prior iure)” (92).

Señala que, así como el demandado defiende su derecho subjetivo “resistiendo”, el actor defiende el suyo “reclamando”, de modo que no existe ni debiera existir preferencia normativa o judicial a favor de ninguna de las partes en mérito del principio de igualdad. Es un hecho evidente que “las partes concurren al proceso, no para debatir acerca de sus derechos subjetivos, sino para obtener una declaración judicial favorable a sus pretensiones concretas (y básicamente a sus derechos subjetivos)” (93).

Al reseñar la postura del activismo en el punto indica que no existe en esta parcela doctrinaria idea alguna de extrañamiento del derecho subjetivo del proceso sino que este último es un instrumento insustituible para su tutela. Citando a Gelsi Bidart, indica que estamos en presencia de la tutela preventiva cuando existe un riesgo de que se produzca un perjuicio a un derecho subjetivo, en cuyo caso sería incongruente dejar que el mismo se consume para después repararlo si era factible evitarlo.

Reseña luego la crítica del garantismo, cuyo óbice fundamental es la violación de la debida audiencia de la contraparte.

Al desarrollar sus conclusiones, destaca la necesidad de diferenciar entre “petición cautelar” y “pretensión urgente” y ubica al instituto en tratamiento entre las segundas.

Señala que la “pretensión material” puede ser común o urgente y, en tanto la primera recorre la secuencia normal del proceso, la segunda exige una decisión rápida de mérito porque el derecho subjetivo corre un riesgo serio de menoscabo. “La entidad que exhibe este daño adyacente en sintonía con el objeto de la pretensión fondal, determina prima facie el tipo de decisión oportuna que corresponde emitir (mandato para el juez de la tutela) y el procedimiento “proporcional” -como puntualiza Lino E. Palacio- que debe establecerse para la sustanciación de la misma (mandato para el legislador)”.

Nomina pretensión urgente “inmanente” a aquélla en la que “su objeto se reduce sólo a evitar la frustración, extinción o desbaratamiento del derecho en que se funda, frente a la inminencia de un daño irreparable, en cuyo caso la decisión que se reclama es inmediata y definitiva” considerando al supuesto excepcional y que en él se exhibe patente la condición de medio (posterius) y no de fin (prius) que reviste la garantía del debido proceso con relación al derecho subjetivo constitucional cuya inmutabilidad se procura en todos los supuestos.

Concluye que “el derecho a ser oído del sujeto pasivo de la pretensión ‘inmanente’ no pierde su naturaleza de inviolable, en vista de que en este supuesto excepcional y ciertamente extremo, prevalece el derecho de

defensa del titular del derecho subjetivo material que está a punto de sufrir un daño irreparable. El juez opera la tutela inmediata y definitiva -por así decir- con el auxilio de métodos 'invasivos' análogos a los que utilizan los médicos en conclusiones excepcionales para salvar la vida de pacientes en riesgo de muerte. Los elementos indubitables de convicción con que cuenta el juzgador, respecto de ese daño y ese peligro, alcanzan para disponer una decisión judicial inmediata que impida el aniquilamiento del derecho subjetivo".

Estos argumentos resultan a nuestro juicio por demás suficientes para sostener su andamiento en casos de urgencia en sentido estricto.

Pero requieren ahondar la justificación si se la considera procedente para los casos de derecho patente o evidente y que hemos designado como de "urgencia en sentido amplio o no urgencia".

En el punto aporta un imprescindible fundamento Marinoni, quien al referirse a la tutela anticipatoria afirma que la "técnica anticipatoria no es nada más que una técnica de distribución del onus (carga) del tiempo del proceso".

Explica que la posición del demandado es privilegiada en el procedimiento común, concebido a partir de la necesidad de no permitir la invasión de su esfera jurídica antes de la plena realización de la oportunidad de su defensa. Se pretendió así garantizar la libertad del litigante contra la posibilidad de arbitrariedad del juez. No estaban en juego las realidades de hoy, ni mucho menos las nuevas necesidades de tutela. El uso acrítico de ese procedimiento hizo que el demandado se valiera de él en su beneficio, obteniendo ventajas patrimoniales a costa del sacrificio del actor.

La preocupación exagerada por el derecho de defensa, fruto de una visión excesivamente comprometida con el liberalismo clásico, no permitió por mucho tiempo la percepción de que el tiempo del proceso no puede ser cargado al actor como si fuera culpable por la demora inherente a la verificación de los derechos.

El tiempo del procedimiento común siempre perjudica al actor que tiene razón, beneficiando al demandado en igual medida (94). Si durante el tiempo de duración del proceso el bien reivindicado es mantenido en la esfera jurídico-patrimonial del demandado, éste, sin razón, es beneficiado por la demora de la prestación jurisdiccional. Por lo tanto no es de extrañar que el demandado abuse de su derecho de defensa con el objetivo de prolongar el proceso.

Si el proceso, como decía Chiovenda, no debe ir en contra del actor que tiene razón, pero se verifica, en la realidad, que el tiempo siempre perjudica al actor que tiene razón y beneficia en la misma proporción al demandado que no la tiene, es imprescindible la existencia de técnicas que, actuando internamente en el procedimiento, permitan que el tiempo sea distribuido entre los litigantes.

El sistema procesal civil, para atender a los derechos fundamentales de acción y defensa, dando tratamiento igualitario al actor y al demandado, debe tratar el tiempo como un onus (carga), y no como algo indiferente y neutro a las posiciones de las partes en el proceso. En esa dimensión se debe preocupar por la distribución racional de la carga del tiempo del proceso que respete el principio de igualdad.

Si los hechos constitutivos del derecho son incontrovertidos o el demandado requiere prueba para demostrar un hecho que se presenta como probablemente infundado (defensa de falta de mérito indirecta infundada), es correcto retirar del actor e imponer al demandado la carga del tiempo para producir esa prueba.

La tutela anticipatoria basada en la inexistencia de controversia respecto de los hechos constitutivos y en la falta de fundamento de la defensa de mérito indirecta -hecho impeditivo, modificativo o extintivo- transfiere el onus del tiempo del actor al demandado, lo que es absolutamente legítimo y constituye una respuesta al derecho constitucional a la tempestividad de la respuesta jurisdiccional. No viola el derecho de defensa porque no hay racionalidad en negar inmediata tutela al derecho cuando el hecho constitutivo se encuentre incontrovertido y el proceso deba continuar para dilucidar un hecho probablemente infundado cuya prueba incumba al demandado (95).

Estos conceptos, considerados en principio entre nuestros autores para los casos de tutela anticipada o sentencia anticipada, bien pueden aplicarse también en la justificación de los casos de derecho patente o evidente en los que no sea la urgencia la justificación de su despacho en tanto allí la sustanciación previa, aunque breve, será la regla, con lo que el juez estará también en condiciones de oír al demandado, lo que también postula Marinoni para los casos referidos, ya regulados en Brasil.

Entendemos que las mismas consideraciones caben en torno de la carga del tiempo en el proceso cuando se trate de derechos de fondo de carácter directamente operativo o de satisfacer una necesidad incondicionada dispuesta por la ley (96).

Vargas, refiriéndose a la utilización de esta técnica en los casos de sentencia anticipada, alude a su adopción en otras latitudes aún para la toma de decisiones definitivas. Pone así de relieve que lo expuesto no sólo afecta el interés privado del actor sino el público de la Administración de justicia, que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuales debe servir (97).

En el mismo orden de pensamiento sostiene Ríos que debe aplicarse a este proceso la estructura monitoria (cuestión controvertida que excede el objeto de nuestro trabajo) en tanto apunta que se ha explicado

sociológicamente el funcionamiento del proceso con el argumento de que la paz social que tutela el Estado de derecho no se altera cuando el sujeto incumple sus obligaciones (lo que puede ser tolerado por el acreedor).

Si, por el contrario, es el acreedor quien no tolera la situación y pretende por medio de la jurisdicción ejercer su pretensión de cobro influyendo en la esfera de libertad jurídica de su deudor, generando la litis, es él quien altera la paz social.

Sin embargo, en lo cotidiano, es quien incumple sus obligaciones quien altera la coexistencialidad. "Por ello, en la adopción de la estructura monitoria, el legislador parece haber captado la esencia de ese dato de la realidad. Parece haber comprendido que, en ciertos casos, cargar sobre el actor todo o gran parte del peso del proceso por considerarlo el generador del litigio (el que interrumpe en la libertad jurídica de otro) es un vicio de consolación intelectual, sólo apto para ejercicios de gabinete, que en nada cumple el postulado de que "el Derecho siga a los hechos" menos aún el de "hacer una ciencia útil" (98).

De los Santos (99) cuando analiza los reparos opuestos a la regulación legislativa de estas medidas, refiere que su caracterización como proceso autónomo de cognición restringida y contradicción posterior ha llevado a considerar que su generalización podría representar un riesgo para el principio más caro al debido proceso legal: el de contradicción, defensa en juicio o bilateralidad.

Con cita de Dos Santos Bedaque, J.R., indica que "se ha sostenido que la efectividad del proceso no puede ser buscada a cualquier costo, con sacrificio de garantías fundamentales de una de las partes. Sobre la base de tales reparos, se ha sostenido que su adopción debe ser admitida con carácter absolutamente excepcional."

El primer reparo que, refiere, se formula en la consideración de su inclusión legislativa es el riesgo de su utilización generalizada. Señala que la determinación de los recaudos de procedencia y la exigencia de su verificación por el juez tornan improbable que la tutela autosatisfactiva se generalice y se tramite por su intermedio aquello que debiera ser objeto de un proceso de cognición plena.

En cuanto a la afectación a la bilateralidad sostiene que todos los proyectos que prevén su regulación someten su definitividad a una regla de recurribilidad o impugnación y algunos admiten una previa y reducida sustanciación si el juez lo considera necesario.

Por otra parte, la índole de ciertos procesos impone la necesidad de que las resoluciones judiciales que se dicten sean sin previa audiencia de la parte afectada o mediante audiencia restringida (p.ej. medidas cautelares) sin que ello configure excepción al contradictorio sino una mera restricción temporal a su vigencia.

Concluye que también se preserva la igualdad de las partes al requerir, en su caso, contracautela.

En igual sentido se pronuncia Marcos Peyrano añadiendo la posibilidad de que el destinatario, demostrando el riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestando contracautela, solicite la suspensión provisoria de la medida (100).

Aun cuando no constituya el objeto de nuestro trabajo (por cuanto excede ampliamente sus límites y ha sido desarrollado profundamente por distintos autores) y si bien no constituye un argumento que haga a la fundamentación legal de su aplicación destacamos, por considerarlo de alta relevancia, que Italia, Francia, Bélgica, Chile, Estados Unidos, Brasil han concebido, con ropajes distintos y denominaciones diversas (recurso de protección, injunctions, providencias de urgencia, procedimiento de referée, etc.), procedimientos autónomos, lo que hace decir a Peyrano que "lo medular de la autosatisfactiva es conocido y aplicado, aquí y allá" (101).

8. Conclusiones.

1. El concepto doctrinario de la medida autosatisfactiva, en su extensión actual, lleva a incluirla no sólo en el capítulo de los procesos urgentes (tesis restrictiva) sino en el de las tutelas diferenciadas (tesis amplia).
2. Ese concepto implica, en su consideración, establecer la determinación de otros: urgencia en sentido estricto y en sentido amplio (derecho patente o evidente), excepcionalidad, fuerte probabilidad, momento para el ejercicio del derecho de contradicción, autonomía del proceso, contracautela, término de vigencia, limitación por el postulante de la pretensión ejercida, teniendo presente que todos ellos deben ser balanceados aplicando la "teoría de los vasos comunicantes".
3. Conforme esa extensión, se admitirá o no la procedencia de las medidas autosatisfactivas en los casos en que no aparezca acreditado el periculum in damni o riesgo de daño inminente sino sólo la evidencia del derecho o simpleza de la cuestión debatida (urgencia en sentido amplio o no urgencia), unida a los restantes recaudos.
4. Los Códigos Procesales argentinos que ya la han receptado (Corrientes, Chaco, La Pampa, Formosa y Santiago del Estero) han optado por un diseño restrictivo y de excepción donde el recaudo de la urgencia en sentido estricto debe estar presente para su despacho.
5. Es probable que legislar las restantes hipótesis consideradas por la doctrina como de derecho patente o

evidente resulte de mayor complejidad y requiera de la búsqueda de una fórmula que, evitando su extensión indiscriminada, recepte con la mayor amplitud posible esta posibilidad de modo de brindar tutela debida y en tiempo propio a los casos que la justifiquen.

6. La medida autosatisfactiva no legislada encuentra justificación en las previsiones del art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las modernas constituciones provinciales (art. 29 y 150 inc. 6º de la Const. de Jujuy), los arts. 14, 18, 19, 43 y 114 párr. 3º, ap. 6, de la Constitución Nacional, el art. 15 del Código Civil, la interpretación analógica de normas y las facultades judiciales implícitas.

7. En los casos en que la medida se otorga en mérito de la urgencia planteada ante el riesgo de sufrir un daño irreparable, es el derecho de igualdad el que pone a ambos contendientes en la necesidad de que se analice, constitucionalmente, cuál de los valores en juego ha de tener preeminencia: el invocado por el postulante (que involucra su propio derecho a ser oído) o el derecho a ser oído del destinatario de la medida y, en su caso, los derechos de este último que fueran eventualmente susceptibles de igual daño inminente e irreparable o de imposible reparación ulterior.

8. En los casos en que se otorga en mérito de la simpleza de la cuestión debatida y evidencia del derecho, es la técnica de la carga del tiempo en el proceso la que mejor justifica su despacho.

9. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy la ha aceptado de modo indubitable para los casos encuadrados en urgencia stricto sensu, utilizando en su análisis el balanceo de los caracteres y recaudos desarrollados.

(1) Peyrano, Jorge W. "Vademécum de las medidas autosatisfactivas." J.A. 1996-II-709.

(2) Marinoni, Luiz Guilherme. "Teoría Geral do Processo." 3ª Edición. Editora Revista Dos Tribunais. 2008, pág. 227, donde puede confrontarse in extenso el análisis producido al respecto en el capítulo "Da Ação Abstrata e Uniforme (Ação Única) à Ação Adequada à Tutela do Direito Material e ao Caso Concreto".

(3) Los fallos citados pueden ser consultados en la página web del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy: www.justiciajujuy.gov.ar

(4) De los Santos, Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia." JA. 1999-IV-992. Lexis N° 0003/007426.

(5) Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas." J.A. 1997-II-926. Lexis 0003/001073.

(6) Peyrano, Jorge W. "La Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución." J.A. 1998-I-652. Lexis 0003/000582.

(7) De los Santos, Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia." J.A. 1999-IV-992. Lexis N° 0003/007426.

(8) Vargas, Abraham Luis. "Tutela Judicial Efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas." J.A. 1998-IV-652. Lexis 0003/000452.

(9) Arazi, Roland y Kaminker, Mario E. "Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata" Medidas Autosatisfactivas, Obra Colectiva, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007. pág. 37 y ss. Con cita de Morello, Augusto M. El Proceso Justo. (10) Peyrano, Jorge W. Eguren, María Carolina. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas".

(11) Carbone, Carlos A. "La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción." LL-2000-A-1996 y "La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados." Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales Diferenciadas- II- 2009-1- Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 83.

Peyrano, quien ubica con claridad a la medida autosatisfactiva en esta clase de procesos apunta, al conceptualizarlas, que "la voz 'tutela' es empleada en el sentido de constituir un haz de medios, facultades y herramientas, puesto en manos del requirente del servicio de justicia para asegurar la eficacia de éste; es decir, para hacer realidad el derecho material prometido por los códigos de fondo. Lo de 'diferenciado' alude a su calidad de 'distinta' respecto de las tutelas tradicionales y de uso más corriente ...por intentar preservar derechos materiales que no requieren un tratamiento procesal específico; abarcando las tutelas ordinarias a la generalidad de los casos". Habrá, por tanto, "tutela diferenciada cuando -excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama- se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas". Agregó a aquella definición posteriormente que "Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia" (Peyrano, Jorge W. "¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?" Revista de Derecho Procesal. Tutelas procesales diferenciadas- I- 2008-2- pág. 21. Ed. Rubinzal Culzoni y "Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada." Op. cit. tomo II- 2009- 1. pág. 21).

(12) Con base en el análisis propuesto en el punto por Jorge Mario Galdós ("El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas". Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 66 y ss) señalamos que ésta es la terminología adoptada por Kemelmajer de Carlucci, de los Santos, Vázquez Ferreira y Herrero. Otros autores las han nominado de maneras

diversas. A modo de ejemplo y con base en esa exposición, a las que añadimos otras obtenidas a lo largo de este estudio, citamos los siguientes: *Cautela material o sustancial* (Morello, Berizonce, De Lázari, Madariaga y Echeverry); *Cautela satisfactiva* (Morello); *Medida cautelar sustancial como instrumento de la Tutela civil inhibitoria* (Lorenzetti); *Cautelares atípicas* (Barrios de Angelis, Uruguay); *Declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva* (Calamandrei); *Cautelar autosatisfactiva* (fallos citados por Barberio en “La Medida Autosatisfactiva”, nota 15, pág. 43); *Anticipación impropia por consumación* (Rivas en “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, LL, Actualidad del 22/2/96 p. 2 y “La revolución procesal”. *Revista de Derecho Procesal. Medidas Cautelares*. Ed. Rubinzal Culzoni. 1998, pág. 134/135). En punto a la nominación que seleccionamos señala Arazi. “Reitero la observación a esta última denominación, expuesta en trabajos anteriores: en primer lugar, porque estas medidas no procuran satisfacerse a sí mismas sino al peticionario de ellas; en segundo lugar porque el término “satisfactivo/a” no existe en la lengua española. En todo caso sería “satisfactorio/a”. No obstante, debo reconocer el mérito de haberse desarrollado esta institución con un título que ya es conocido por todos los operadores jurídicos y no ofrece dudas: en el lenguaje es más importante la claridad del mensaje que la exactitud de los términos utilizados” (Arazi, Roland. “Tutela inhibitoria.” *Revista de Derecho Procesal*. 2008-2- Tutelas procesales diferenciadas-I- pág. 90).

(13) Peyrano, Jorge W. “Vademécum de las Medidas Autosatisfactivas” J.A. 1996-II-709. Lexis N° 003/001483.

(14) Peyrano, Jorge W. “La Medida Autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución.” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág. 1.

(15) De los Santos, Mabel. “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia” JA. 1999-IV-992. Lexis N° 0003/007426.

(16) Barberio, Sergio J. “La Medida Autosatisfactiva.” *Editorial Jurídica Panamericana*. Ed. 2006. pág. 33.

(17) Peyrano, Jorge W. Eguren, María Carolina. “Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas”.

(18) En análogo sentido consultar LA. 51, F° 488/491, N° 178.

(19) Vargas, Abraham Luis. “Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la Teoría General de las Medidas Autosatisfactivas” J.A. 1998- IV-652. Lexis N° 0003/000452. En igual sentido, de los Santos, Mabel: “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, cit.

(20) Galdós, Jorge Mario. “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”. *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág.61.

(21) Respecto del concepto de *periculum in mora*, Vargas puntualiza, citando a Baptista Da Silva, la necesidad de precisar que el concepto al que hemos de referirnos es al riesgo de daño inminente ya que es este último el que justifica la sumariedad de la cognición. Vargas, Abraham Luis. “Teoría General de los Procesos Urgentes” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág. 156.

(22) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 86 y ss.

(23) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 158 y ss.

(24) Carbone, Carlos A. “La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción” LL-2000-A-1196.

(25) Ferrari, Griselda Noemí. “Tutela de urgencia.” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit., pág. 213. También García Solá admite esta posibilidad, como lo detallaremos más adelante en el “Balanceo de los recaudos”.

(26) Ríos, Gustavo Alejandro. “Las medidas autosatisfactivas como procesos jurisdiccionales excepcionales caracterizados por dar respuesta inmediata a conflictos urgentes calificados por la evidencia de los derechos” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág. 715. Produce el análisis de estos supuestos en la legislación de los cantones suizos, en el *common law* y el derecho brasileiro.

(27) Peyrano, Jorge W. “Más aportes para trazar el dorso definitivo de la autosatisfactiva” J.A. 2002-III-626. Lexis N° 0003/009061. (28) Para un análisis in extenso de la cuestión confrontar a Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença.” 4ª Edición. Editora Revista Dos Tribunais. 2000. pág. 20.

(29) Carbone, Carlos A. “Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio de general del derecho de raíz procesal” J.A. 1999-IV-860. Lexis N° 0003/007425.

(30) Balestro Faure, Miryam. “¿Medida cautelar o medida autosatisfactiva? La opción judicial frente al vacío legal. En comentario al caso “Faiart Argentina S.A. s/ Medida cautelar innovativa.” Cám. Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 18-9-98.” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit., pág. 703.

(31) Peyrano, Jorge W. Eguren, María Carolina. “Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas”.

(32) Peyrano, Jorge W. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. *Medidas Autosatisfactivas*” J.A. 1997-II-926. Lexis N° 0003/001073.

(33) Vargas, Abraham Luis. “Teoría General de los Procesos Urgentes” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág. 141.

(34) Vargas, Abraham Luis. “Teoría General de los Procesos Urgentes” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit. pág. 152.

(35) Vargas, Abraham Luis. “Teoría General de los Procesos Urgentes” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit., pág. 155 y Meroi, Andrea A. “Aproximaciones al razonamiento judicial en la tutela de urgencia.” JA. 2005-II-1417; Lexis N° 0003/011329 ó 0003/011331.

(36) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 84/85.

(37) Carbone, Carlos A. “Consideraciones sobre el concepto de ‘fuerte probabilidad’ como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho procesal” *Medidas Autosatisfactivas*, op. cit., pág. 169.

(38) Carbone, Carlos A. “Consideraciones sobre el concepto de ‘fuerte probabilidad’ como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho procesal.” *Medidas Autosatisfactivas*, op.

cit., pág. 179.

(39) Berizonce, Roberto O. "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)" J.A. 1998-II-905. Lexis N° 0003/000675.

(40) Barbieri, Germán Jorge. "Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas en relación al Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil" Medidas Autosatisfactivas, pág. 405.

(41) Meroi, Andrea A. "Aproximaciones al razonamiento judicial en la tutela de urgencia." JA. 2005-II-1417; SJA 15/06/2005. Lexis N° 0003/011329 ó 0003/011331. A nuestro entender, esa motivación puede encontrar también adecuado sustento en las formas receptadas por el art. 273 del Cód. Proc. del Brasil por los argumentos que se expondrán en los apartados 6. y 7.

(42) Peyrano, Jorge W. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución" JA 1998-III-652. Lexis 0003/000582.

(43) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 151/152.

(44) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 160.

(45) Arazi, Roland- Kaminker, Mario E. "Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata" Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 48.

(46) Vargas, Abraham Luis. "Teoría General de los Procesos Urgentes" Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 131.

(47) Peyrano, Jorge W. "Más aportes para trazar el dorso definitivo de la autosatisfactiva" J.A. 2002-III-626. Lexis N° 0003/009061.

(48) García Solá, Marcela. "Medidas autosatisfactivas: La excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite" Medidas autosatisfactivas, op. cit. pág. 282 y ss.

(49) Vargas, Abraham Luis. "Teoría General de los Procesos Urgentes" Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 136 y ss.

(50) Carbone, Carlos A. "Consideraciones sobre el concepto de 'fuerte probabilidad' como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho procesal" Medidas Autosatisfactivas, op.cit. pág. 179.

(51) Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas." Lexis 0003/001073. JA 1997-II-926.

(52) Galdós, Jorge Mario. "El contenido y el continente de las Medidas autosatisfactivas." Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 61. (53) Barberio, Sergio J., op. cit. pág. 91 y ss., citado por Peyrano-Eguren en "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas"

(54) Carbone, Carlos A. "La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción." LL 2000-A-1196. Con cita de Gardella; Luis.

(55) Como lo refiere Vargas, con cita de Peyrano; Jorge W. ("Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial". Ed. Zeus. Rosario. 1993. pág. 75), la contracautela no es requisito de procedencia sino de ejecución de las medidas. (Cfr. Vargas, Abraham Luis. Presupuestos de Procedencia de la Medida Cautelar Innovativa (Las exigencias actuales) en Medida Innovativa. Obra Colectiva. Ed. Rubinzal Culzoni.

(56) Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas." Lexis 0003/001073. JA 1997-II-926.

(57) Barbieri, Germán Jorge. "Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas en relación al Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil." Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 408.

(58) Barberio, Sergio J., op. cit. pág. 100. En igual sentido cfr. Lépori White, Inés. "Apuntes sobre valoraciones legales en la medida autosatisfactiva" Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 195.

(59) De los Santos, Mabel. "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas." JA 1997-IV-800. Lexis N° 0003/000839. (60) En idéntico sentido, respecto del límite de la obligación legal autónoma confrontar LA. 51, F° 303/306, N° 104; LA. 51, F° 1780/1781, N° 638.

(61) Peyrano, Jorge W. "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas." Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 33. (62) Barberio, Sergio J., op. cit. pág. 130.

(63) Barberio, Sergio J., op. cit. pág. 96.

(64) Barbieri, Germán Jorge. "Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas en relación al Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil." Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 409.

(65) Peyrano, Jorge W. "Un válido supuesto de medida autosatisfactiva sustanciada, postulada en el seno de una instancia superior originaria." E.D. Administrativo. T. 2003. pág. 245.

(66) García Solá, Marcela. "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite." Medidas autosatisfactivas, op. cit. pág. 271.

(67) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 103.

(68) Para un análisis de los proyectos de ley presentados en otros casos puede consultarse a Peyrano, Jorge W. y Eguren, María Carolina. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas".

(69) Barberio, Sergio J. op. cit. pág. 208.

(70) Peyrano, Jorge W. Eguren, María Carolina. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas."

(71) Remitimos también a lo expuesto en las notas N° 17 y 66.

(72) Berizonce, Roberto Omar. "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas". *Revista de Derecho Procesal. Tutelas procesales diferenciadas. II. 2009-I. pág. 29.*

(73) Berizonce, Roberto O. "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas." *Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales diferenciadas. I-2008-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 35.* Lorenzetti define a la máxima de la proporcionalidad al referir a la reglamentación de los derechos fundamentales que a veces resulta necesaria para ponerlos en práctica. En ese marco, y atendiendo a lo que designa como "los límites de las limitaciones", la regla enunciada indica que "Si una afectación es desproporcionada con el peso o la importancia del derecho fundamental, no es legítima. Ello es así porque el medio que se utiliza para salvaguardar un interés general debe ser el adecuado para la obtención del fin propuesto y no debe afectarse un derecho fundamental si no es imprescindible. Si hay dos opciones, debe optarse por aquella que menos afecte al derecho fundamental implicado". Lorenzetti, Ricardo Luis. "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho." Ed. Rubinzal Culzoni. 2006. Pág. 269.

(74) Carbone, Carlos A. "La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados." *Revista de Derecho Procesal. 2009-I- Tutelas procesales diferenciadas-II- pág. 94.*

(75) Peyrano, Jorge W. Eguren, María Carolina. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas."

(76) Peyrano, Jorge W. "Las medidas autosatisfactivas en materia comercial." *J.A. 1996-I-823. Lexis N° 0003/001584.*

(77) Vargas, Abraham Luis. "Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la Teoría General de las Medidas Autosatisfactivas." *J.A. 1998- IV-652. Lexis N° 0003/000452.*

(78) Barberio, Sergio J. *op. cit. pág. 37.*

(79) Marinoni, Luiz Guilherme. "Teoría Geral do Processo." 3ª Edición. Editora Revista Dos Tribunais. 2008, pág. 221. Respecto de la "duración razonable del proceso" como garantía constitucional sostiene Marinoni que es un derecho fundamental que, además de incidir sobre el Ejecutivo y el Legislativo, incide sobre el Judicial, obligándolo a organizar adecuadamente la distribución de la justicia, a equipar de modo efectivo los órganos judiciales, a comprender y adoptar las técnicas procesales ideadas para permitir la tempestividad de la tutela judicial, además de no poder practicar actos omisivos o comisivos que retarden el proceso de manera injustificada.

(80) Berizonce, Roberto O. "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas." *Revista de Derecho Procesal. 2008-2- Tutelas procesales diferenciadas-I- Ed. Rubinzal Culzoni. pág. 35.*

(81) Marinoni, Luiz Guilherme. "Teoría Geral do Processo." 3ª Edición. Editora Revista Dos Tribunais. 2008. pág.221.

(82) Peyrano, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema." *En Temas Modernos del Derecho Procesal. Ed. Dike. Mendoza. 1999, pág. 47.*

(83) "que permitirían la interpretación extensiva de hipótesis que, sin decirlo, la están consagrando". Tribunal Colegiado de Familia N° 5. Rosario. B., F. c/ De P., R. s/ M. preparatorias. 28/05/04.

(84) Peyrano, Jorge W. Un válido supuesto de medida autosatisfactiva sustanciada, postulada en el seno de una instancia superior originaria (E.D. Administrativo. T. 2003, pág. 245), con cita de Lépori White, Inés: "Apuntes sobre valoraciones legales en la medida autosatisfactiva". *Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 190.*

(85) Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas." *Lexis 0003/001073.* De los Santos, Mabel: "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas." *JA 1997-IV-800. Lexis 0003/000389.* Carbone, Carlos A.: "La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual..." *op. cit. pág. 94*

(86) Coincidimos en el punto con las expresiones vertidas por el Dr. Abraham Vargas en el sentido de que no hay razón alguna para considerar que los llamados "activistas" no responden, en realidad, al paradigma de la tutela de las garantías constitucionales en su plenitud. Más bien, como lo indica Morello, el activismo debe ser nominado "protagonismo". Morello, Augusto M. "El nuevo equilibrio entre el activismo y la contención de los jueces" *en El nuevo horizonte del Derecho Procesal. Ed. Rubinzal Culzoni. pág. 530.*

(87) Camps, Carlos E. "Actualidad de la tutela anticipada." *J.A. 2003-II-1218. Lexis N° 0003/009535 ó 0003/009691.* Propone adoptar, en su lugar, a la "ultraanticipación de la tutela" combinación del amparo y la cautela material, idea desarrollada en "Amparo y ultraanticipación de la tutela" *J.A. 2001-III-1217 en cuyas conclusiones señala que en ella "el objeto perseguido llega inmediatamente aunque de manera provisoria (cautela material) y al poco tiempo, recae la sentencia de mérito tornando aquella adjudicación en definitiva con la fuerza de la cosa juzgada (proceso urgente)."*

(88) Meroi, Andrea A. "Medidas 'autosatisfactivas': otras voces, otros ámbitos." *LL Litoral, 2000-929.*

(89) Peyrano, Marcos L. "La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa." *Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 228/229.*

(90) Vargas, Abraham Luis. "Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la Teoría General de las Medidas Autosatisfactivas." *J.A. 1998- IV-652. Lexis N° 0003/000452.*

(91) Herrero, Luis R. "El derecho a ser oído: eficacia del debate procesal." *J.A. 2003-III-1113. Lexis N° 0003/009899 ó 0003/009937 ó 0003/009931.*

(92) En igual sentido confrontar a Quadri, Gabriel H. "En las aguas del proceso urgente." (*JA 2004-I-678. Lexis 0003/010394*), quien cita a Edmekdjian y Bidart Campos postulando que los derechos fundados en las cláusulas constitucionales brindan protección jurídica a valores y éstos no tienen entre sí igual jerarquía con lo que "la igual jerarquía de todas las normas constitucionales permite decir que todas las que declaran derechos gozan de igual rango, no obstante lo cual los derechos "en sí" no son todos iguales, porque hay unos más valiosos que otros.

(93) En igual sentido cfr. las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (1999) y el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (2003).

(94) Recordamos en el punto el principio cuya adopción propone Carbone.

(95) Marinoni, Luiz Guilherme. "Teoría Geral do Processo." 3ª Edición. Editora Revista Dos Tribunais. 2008 pág. 357. No entrecorramos el texto puesto que, si bien hemos intentado traducir del modo más fiel posible las palabras del autor, el uso de un idioma diferente nos impide afirmar que esa traducción sea exacta.

(96) Ver notas N° 17; 25 y 66.

(97) Vargas, Abraham Luis. "Tutela anticipada (perfiles actuales)" Cuestiones Procesales Modernas. Suplemento Especial La Ley, Oct. 2005. pág. 174.

(98) Ríos, Gustavo Alejandro. "Las medidas autosatisfactivas como procesos jurisdiccionales excepcionales caracterizados por dar respuesta inmediata a conflictos urgentes calificados por la evidencia de los derechos." Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 715.

(99) De los Santos, Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia." J.A. 1999-IV-992. Lexis N° 0003/007426.

(100) Peyrano, Marcos L. "La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa." Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 236.

(101) Peyrano, Jorge W. "Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva." JA 1999-III-829. Lexis N° 0003/000091; para un desarrollo completo de la cuestión puede consultarse a Vargas, Abraham Luis. "Teoría General de los Procesos Urgentes." Medidas Autosatisfactivas, op. cit. pág. 93. Cfr. también Peyrano, Marcos L. "La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa". Medidas Autosatisfactivas, op. cit., pág. 226/227.