

Los nuevos institutos procesales.

Adolfo A. Rivas.

Ex magistrado provincial y federal; autor de varios libros, entre ellos El Amparo, Teoría General del Proceso, Tratado de los recursos ordinarios etc. Autor de más de un centenar de artículos dedicados al derecho procesal civil y al derecho procesal constitucional. Dictó cursos y pronunció conferencias en distintas universidades del país y el extranjero. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Argentino de Derecho Procesal. Ex profesor titular ordinario y vice director del Departamento de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Afilación institucional.

Ex Director del Instituto de Derecho Procesal, ex Director de la carrera de post grado de Especialización en Derecho Procesal y ex profesor titular ordinario de grado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Actual profesor emérito de dicha Facultad y profesor de la carrera de post grado de especialización en derecho procesal.

Correo electrónico

rivasadolfoarmando@yahoo.com

Resumen.

El trabajo, tiene como fin, presentar los avances que se han configurado en ciertos institutos procesales.

Así se analiza cómo se configuran esos nuevos paradigmas que se fueron dando como corolario del avance mismo de la ciencia procesal que se va dando en distintas etapas de la historia, viendo a la postre como avanza la denominada dimensión de bilateralidad a través de la positivización en diferentes cuerpos normativos de sendas herramientas procesales.

Abstract.

The work is aimed to present the progress that has been configured in certain procedural institutions.

To scan with wit, how to configure these new paradigms that took place as a corollary of the progress it's procedural science to be given at different stages of history, seeing as advances eventually caled dimension of bilateralism through positivisation in different regulatory bodies paths procedural procedural tools.

Palabras clave (Keywords).

Procesos urgentes	Urgent processes
Procesos monitorios	Payment procedures
Tutela autosatisfactiva	Self protection

I.-El proceso civil argentino y sus momentos

El derecho Procesal Civil en la República Argentina muestra en su desarrollo post constitucional, tres momentos: uno llamémosle clásico, un segundo intermedio y el tercero que se corresponde con la actualidad ¹.

El clásico inspirado en la Ley de Enjuiciamiento española de 1880, y representado por el Código de Procedimientos Civil y Comercial para la Capital Federal y Territorios Nacionales, respondía a una concepción básica según la cual, en tanto se alcanzaba la resolución judicial del conflicto que lo restituyera, el titular del derecho debía soportar su indisponibilidad y hasta su pérdida a las resultas de una eventual compensación económica.

En consecuencia, el proceso mostraba una magnitud fundamental y vigorosa a la que podemos llamar “dimensión de bilateralidad”, apuntada a desarrollar el método de sustanciación plena, logrado fundamentalmente a través del proceso ordinario como condición imprescindible para alcanzar de cosa juzgada material ².

Paralelamente encontramos otra dimensión: la cautelar, basada en los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora (ver punto VII), débil y de aplicación restrictiva, ajustada a una función de neutralidad que llevaba mediante el embargo preventivo, a derivar bienes a una situación de “limbo” que permitiese la futura ejecución de la sentencia. Junto, como creación pretoriana, la prohibición de innovar apuntada fundamentalmente a mantener el *statu quo ante bellis*; también y como regla general, lo cautelar se caracterizaba por no admitir la satisfacción anticipada de la pretensión, ni-como principio- la posibilidad de uso y goce del derecho cuestionado mientras durara el conflicto.

¹ Por supuesto que esta división ensayada no muestra límites precisos e insalvables y como resulta de las notas siguientes, resulta que en unas encontramos antecedentes o aperturas hacia las características de la etapa siguiente

² El modelo del proceso ordinario de conocimiento aplicable para la generalidad de los conflictos cualquiera fuesen los derechos debatidos, no excluía que frente a litigios especiales se dieran los procesos bilaterales de desalojo, interdictos, alimentos y litisexpensas, así como los clásicos ejecutivos y de ejecución de sentencias. También, para la justicia nacional, en el mismo período se habilitaron formas procesales de mayor agilidad para la actuación del fuero de Paz (ley 11.924) o de todos los fueros (ley 14.237) y para el del trabajo (Dec.Ley 32.347/44 ratificado por ley 12.948)

El período intermedio es el resultante de la influencia de la Ordenanza Procesal alemana y Código italiano de 1940 manifestada en los Códigos Procesales Civiles de Córdoba (CPCC Córdoba), Jujuy,(CPC Jujuy) La Rioja (CPCC La Rioja) ,(CPC Mendoza) y Santa Fe (CPC Santa Fe) y más tarde en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.(CPCCN).

Se caracteriza por una suerte de “elastización” en la dimensión de bilateralidad, al aparecer los procesos sumarios y sumarísimos que significaron un cambio “cuantitativo” reduciendo tiempos y condensando etapas³ .Al mismo tiempo se observa una potenciación de la dimensión cautelar, al irse ampliando los criterios de admisión, legislándose nuevas figuras y consagrándose las cautelares genéricas (arts 279 CPC Jujuy,120 CPCC La Rioja,115 CPC Mendoza, 232 CPCCN) que fueron utilizados por la jurisprudencia nacional para ampliar el sentido de las precautorias y avanzar hacia la anticipación de tutela⁴.

Por fin pasamos al período o etapa actual, cuyo comienzo podemos fijarlo-no sin cierta arbitrariedad –unos treinta años atrás y que se cimenta en la idea de evitar o reducir al mínimo la posibilidad de que a raíz del conflicto y del proceso consiguiente, el derecho involucrado se pierda o deteriore. De la mano de lo anterior y al efecto, la aplicación de tutelas diferenciadas según la naturaleza del derecho afectado

Como derecho positivo se manifiesta en reformas de los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de Chaco (CPCC Chaco), Corrientes (CPCC Corrientes) y Formosa (CPCC Formosa), y en los nuevos CPCC de La Pampa, San Juan y Río Negro.

En esta moderna etapa, la dimensión de bilateralidad si bien no se aparta de su objetivo de asegurar el logro de la cosa juzgada material, muestra profundas modificaciones al punto de surgir vías procedimentales-es decir de trámite unilateral o de bilateralidad postergada- capaces no obstante, de generar aquel resultado. Al mismo tiempo, se consolida una nueva, ya perfilada en la etapa anterior, no solamente por

³ La bilateralidad como método básico se mantuvo en estos procesos de modo que, mediante la condensación de etapas y momentos procesales (por ejemplo excepciones previas junto con la contestación de la demanda), limitación del número de testigos y de la recurribilidad, se lograba llegar a la sentencia con mayor rapidez.

⁴ El modelo tomado fue el del art.700 CPC de Italia. Su redacción ha generado cierta perplejidad en la doctrina de ese país. Hugo Rocco señala las contradicciones que contiene (ROCCO, Ugo, Tratado de Derecho Procesal civil ,t.V,ps. 124 y 125 Témis-Depalma.Ejea, Buenos Aires.1972; Satta advierte su naturaleza anticipatoria y no cautelar (SATTA Salvatore, Manual de Derecho Procesal Civil,V.II ps 230 y 231,Ejea .Buenos Aires.1972: Mandrioli su ambivalencia.(MANDRIOLI Crisanto, Corso di diritto processuale civile,t.III,10ª.ed,Giappichelli, Torino,1995,ps. 154 y 155).

medio de las cautelares genéricas sino también por algunas vertientes de la medida de no innovar⁵. Nos referimos a la dimensión anticipatoria.

Vemos así que en la dimensión de bilateralidad, aparecen los procesos de estructura monitoria (CPCC de La Pampa (arts. 463 a 470), San Juan (arts. 453 a 459) y Río Negro (arts. 487 a 498), los procesos urgentes (CPCC San Juan, art.675) y los procesos de satisfacción inmediata de la pretensión (art.676 CPCC San Juan) o medidas autosatisfactivas (art.232 bis CPCC Chaco).

En la dimensión anticipatoria, se dan, la Tutela anticipatoria (art.231 CPCC La Pampa) y la Tutela anticipada (art.242 CPCC San Juan).

II.- Procesos de estructura monitoria

No nos detendremos en los procesos de estructura monitoria, inspirados cercanamente en el CGP Uruguay y de manera mediata en el CPC de Italia. Solamente diremos que en los códigos que los incorporan, aparecen colocados en una categoría especial, distinta de los procesos de conocimiento y los de ejecución clásicos; se los utiliza en diversos supuestos en los que el derecho del demandante está constituido en instrumentos públicos o privados fehacientes (monitorio documental). Acerca de la naturaleza jurídica del instituto referido, nos inclinamos por pensar que se trata de un

⁵ La medida cautelar innovativa aparece definida en el CPCC Corrientes de la siguiente manera: Art.232 bis. "Medida cautelar innovativa. Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existentes antes de la petición de su dictado.

Presupuestos:

- 1) Probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado.
- 2) Peligro en la demora.
- 3) Perjuicio irreparable
- 4) Contracautela

Facultades del Juez: el Juez de oficio o pedido de parte dictará la medida innovativa por el lapso que estimara razonable según las circunstancias del caso"

CPCC Río Negro. "Prohibición innovar. Medida innovativa. Art.230." Podrá decretarse la prohibición de innovar o una medida innovativa en toda clase de juicios, siempre que:

1. El derecho fuera verosímil.
2. Existiere peligro que si se mantuviese o alterara en su caso, la situación de hecho o de derecho, el mantenimiento o la modificación pudiera ocasionar un daño grave e irreparable o influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible
3. La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Por su parte el CPCC San Juan, art.232, establece "Medida innovativa. Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede solicitarse que el Juez dicte medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración sea o vaya a ser el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra medida prevista por la ley. Son aplicables las mismas exigencias del art.231".

Deducimos que la medida innovativa apunta no a mantener un statu quo *ante bellis* como ocurre como la medida de no innovar clásica, sino a restituir ese estado cuando hubiese sido alterado. Ese propósito lo encontramos cumplido por el art.230 CPCN.-Prohibición de innovar- y ordenamientos que aplican una solución similar. Pensamos que tanto en uno como en otro modelo (nacional o provinciales) puede llegarse a establecer un *status* distinto del *ante* o *post bellis*. De todas maneras, si el *status* que se alcance coincide con el objetivo de la pretensión, la medida tendrá un efecto anticipatorio aun cuando quede pendiente de lo que se decida en la sentencia definitiva.

juicio de conocimiento con un primer momento de unilateralidad unido al estricto control judicial de los títulos presentados; tal desarrollo procesal es sin embargo apto para provocar cosa juzgada material si el afectado no desata la fase de oposición con el consiguiente contradictorio, imponiéndose entonces un conocimiento que alcanza a la totalidad del conflicto, incluso a lo resuelto en la primera fase.

III.- Procesos urgentes

Los procesos urgentes están previstos por el art.675 CPCC San Juan para la protección, no de cualquier derecho sino de los derechos fundamentales de las personas frente a amenazas que requieran protección de extrema urgencia⁶. Entendemos que extrema urgencia no es lo mismo que el peligro en la demora de las cautelares sino un grado máximo de riesgo de pérdida del derecho por la inminencia de la amenaza, vecindad que puede no existir en aquéllas. Por lo demás los derechos fundamentales requieren siempre de efectiva protección y por ende de tutela inmediata extremo que los diferencia de los meramente obligacionales. Para su apertura no exigen ningún grado de convicción inicial-a la manera de la verosimilitud del derecho de las cautelares-acerca de la procedencia del derecho que sustenta la pretensión.

En cuanto al trámite, aseguran la bilateralidad hasta la sentencia, si bien se acortan los plazos previstos para el proceso abreviado (que no es sino un equivalente al sumarísimo del CPCCN) y el juez queda habilitado para tomar las medidas adecuadas para una efectiva y eficaz protección del derecho.

Excepcionalmente, si la pretensión se fundara en pruebas fehacientes podrá resolverse sin sustanciación. De tal manera y ante la presentación de tal tipo de medios de acreditación que poco o ningún espacio dejen para la convicción del juez, la bilateralidad se posterga, sin que por ello se elimine el requisito de extrema urgencia.

La norma no establece un sistema específico para la impugnación de lo resuelto en primera instancia, pero dispone que supletoriamente y en tanto fuesen compatible, se aplicarán las soluciones de las medidas cautelares. Entendemos entonces que el fallo en contradictorio podrá apelarse en devolutivo y en definitiva generará cosa juzgada material. En cuanto a lo decidido sin sustanciación, el afectado podrá apelar si no necesitare de alegación de hechos y prueba propios pero si lo precisare podrá plantear

⁶CPC San Juan. Procesos urgentes. En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el Juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente cuando hubiese pruebas fehacientes, el Juez fundadamente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición.

una vía incidental que también provocará una sentencia definitiva, confirmatoria o no de lo resuelto sin bilateralidad, y que como tal será apelable⁷.

IV.- Procesos de satisfacción inmediata o autosatisfactivas

Los procesos de satisfacción inmediata de la pretensión están previstos en el art.676 CPCC San Juan ,así como las medidas autosatisfactivas de los CPCC de Chaco y Formosa lo están en los arts 232 bis y 232 bis respectivamente⁸; todos ellos están

⁷ El CPCC San Juan tiene un particular sistema apelatorio que no distingue entre recurso en relación o libre, pero solamente permite la alegación de hechos nuevos y producción de prueba en alzada con respecto a las sentencias definitivas,(art.253) dentro de las que consideramos debe incluirse a las que se dicte en proceso urgente. En esas condiciones pueden deducirse aquellas cuestiones a diferencia de los que podría ocurrir con las sentencias cautelares.

⁸ CPCC San Juan. Artículo 676.Satisfacción inmediata de pretensión. Trámite. Oposición y recursos. Los Jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrá excepcionalmente otorgarla, sin la necesidad de la iniciación de un proceso autónomo actual o posterior.

El Juez para ordenar la medida, podrá exigir a la parte solicitante una garantía suficiente, valorando motivadamente las circunstancias del caso.

Los despachos favorables de esta protección presuponen la concurrencia simultánea de los siguientes recaudos:

1)La necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por la ley, o hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo.

2)Que el postulante limite su interés a obtener una solución de urgencia no cautelar que no se extienda a la declaración judicial de derechos conexos o afines, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento.

El Juez previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquella se hubiere cumplido .En todos los casos la resolución deberá ser notificada al efecto personalmente o por cédula, y si se hubiese obviado la sustanciación, en la misma notificación se correrá traslado a la contraparte, haciéndole saber que deberá cumplir la medida ordenada, sin perjuicio de ejercer su derecho de defensa.

El legitimado que se hubiere opuesto , podrá impugnar la resolución, mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición que podrá contener la reclamación de daños y perjuicios ,el que tramitará por las normas del juicio abreviado.-Este juicio también podrá ser deducido por quienes no hubieren deducido oposición. Entenderá en dicho juicio el mismo Juez que intervino en dicho proceso urgente.

Códigos Procesales Civiles de Chaco y Formosa. Artículos 232 bis. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, este podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedaran sujetas al régimen que a continuación se describen:

A) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

B) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

C)Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prorrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

D) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;

dedicados a regular las que generalmente se conocen con la última de tales denominaciones. Se considera que apuntan a dar respuesta positiva a requerimientos que no van más allá del logro de un objetivo directo e inmediato (por ejemplo una prestación a cargo del contrario) que excluya propósitos conexos (por ejemplo un reclamo indemnizatorio complementario). Tanto el código sanjuanino como los litoraleños coinciden en aplicar el instituto en casos en los que el juez advierta inicialmente “posibilidad cierta de que lo postulado resulte atendible” y necesidad e impostergabilidad de obtener una tutela inmediata. Además, el objeto de la pretensión debe ser exclusivo y no tener otro propósito ni consecuencia que vaya más allá de lo pretendido, de modo que una vez logrado, desaparezca el interés del pretendiente en seguir el pleito.

En lo referente al *nomen iuris* parece más acertada la identificación el código cuyano: en efecto, lo autosatisfactivo no puede ser la medida-resultante del quehacer del juez-que nunca puede satisfacerse a sí misma.

Lo primero que se advierte en los textos de Chaco y Formosa, es su vastedad de alcance, ya que- aparte del objetivo e interés tratado más arriba- resulta suficiente para aplicar una solución que se considera excepcional ,a) que haya un alto grado de convicción por parte del juez acerca del éxito de la pretensión- superior a la verosimilitud del derecho de las cautelares- b) una urgencia suma en tutelar, mayor que la generada por el peligro en la demora en materia de tales precautorias. c) que el factor lesivo consista en conducta o vías de hecho contrarias a derecho.

En esas condiciones, parecería que cualquier derecho en riesgo de extinguirse debería ser protegido “autosatisfactivamente” ,pues la letra legal no hace diferenciaciones y así podría sostenerse que procederá la tutela ante reclamos exclusivamente indemnizatorios, por ejemplo, por haberse destruido el objeto a restituir o ante el extrema necesidad de un acreedor para el cobro de una acreencia de origen convencional.

Es obvio que si el requirente obtiene lo pedido y no por vía cautelar sino por una decisión sobre el fondo, carecerá de todo interés en seguir el pleito; ello ocurre en todos

D)El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contra cautela suficiente.

los casos en los que la sentencia de primera instancia favorece al actor y solamente resta el uso de un recurso por la parte contraria. De tal manera, no parece que aquella carencia sea un factor realmente diferenciador.

En cuanto al elemento dañoso, es claro que en toda pretensión se atribuye al contrario conductas antijurídicas, de manera que tampoco aquí encontramos pautas adecuadamente distintivas.

Seguramente advertido el legislador sanjuanino de la ausencia de límites precisos en tales antecedentes,- y de la consagrada tutela especial para los derechos fundamentales mediante los procesos urgentes-, trató de establecerlos y reservó así el sistema para tutelar los casos en los que la ley imponga incondicionadamente una obligación, o para evitar vías de hecho contrarias al orden jurídico. Entendemos que la incondicionalidad derivará de la constatación de existencia de un derecho cierto ,es decir del que aparezca con tal contundencia que no precise de una declaración judicial de certeza (por ejemplo, el derecho a hacer secuestrar el bien prendado removido sin autorización del acreedor- art.13 ,sexta parte, ley de prenda- o el de embargar los bienes sometidos al privilegio del arrendador -art.3885 Cód.Civil- y que ,por contragolpe, descalifique la conducta del deudor imponiéndole un deber de abstención.

Como resulta de los textos transcritos en nota 8, la pretensión puede o no tener sustanciación inicial. Las leyes parecen dejar librado al criterio del juez la aplicación de uno u otro camino y es de suponer que se prescindirá del contradictorio si se viera un altísimo grado de viabilidad de la pretensión o una máxima necesidad de brindarle tutela. Para las normas litoraleñas la sustanciación inicial ha de ser dada excepcionalmente; exactamente al revés en la ley sanjuanina para la que es deber oír al demandado, salvo que las circunstancias del caso indiquen lo contrario. En todas las normas, la sustanciación ha de ser breve y culminará con una sentencia sobre el mérito de la pretensión.

En la legislación de Chaco y Formosa la letra normativa pone en manos del demandado-sin distinguir si hubo sustanciación inicial con oposición o sin ella-un recurso de apelación en relación con efecto devolutivo o una demanda de oposición. Pareciera consagrarse una libre opción, pero, elegida una vía quedará clausurada la otra. Observamos sin embargo que si no hubo sustanciación previa, el demandado podría apelar solamente si la cuestión fuese de puro derecho; de lo contrario, como el recurso no le dará oportunidades probatorias deberá demandar. La norma no fija plazo para hacerlo ni impone al perdedor formular una reserva al respecto y si bien lo resuelto se

efectivizará, ante esa definición tendrá valor de mera provisoriedad; por otra parte nace la duda de cómo ha de determinarse si la apelación, en caso de interponerse, está justificada y en consecuencia puede ser concedida.

Las normas comentadas nada dicen acerca de si quien fue notificado de la demanda y pudo contradecir inicialmente sin haberlo hecho, puede impugnar lo resuelto o si se debe considerar que al no hacerlo hubo consentimiento. Si nos atenemos a los arts 150 de ambos códigos y que tratándose de un traslado de demanda juegan los institutos de la rebeldía y la falta de responde se concluye en que no puede considerarse la existencia de consentimiento. En esas circunstancias, se repite la situación descrita en el párrafo anterior.

La ley sanjuanina a diferencia de las litorales, no expresa que la elección de una vía cierra el camino de la otra; sin embargo la solución es la misma: si se llama a la intervención de la alzada, no puede, paralelamente demandarse en la primera instancia y a la inversa. Por otra parte, según la parte final del art.676 CPCC San Juan, entendemos que quien fue sujeto del traslado de la demanda en la etapa inicial y no manifestó su oposición, no puede utilizar la apelación aunque pudiera serle útil, pero podrá hacerlo si no tuvo oportunidad de oponerse por no haberse sustanciado la demanda. En cambio, el demandado podrá utilizar la demanda declarativa de oposición aunque no haya deducido oposición al trasladársele inicialmente y con más razón si se resolvió sin sustanciación.

Las normas comentadas abren la posibilidad de que el juez fije una contracautela (Chaco y Formosa) o “garantía suficiente” (San Juan) .No queda en claro si apuntan a cubrir la restitución de lo obtenido sin derecho o a la manera de las cautelares los daños y perjuicios que pudieran sufrirse por su traba.

En lo referente a la naturaleza jurídica del instituto tratado, curiosamente los CPCC de Chaco y Formosa- pese a que en la letra normativa se pone de manifiesto lo no cautelar del instituto vedándose la aplicación de los principios de instrumentalidad y caducidad que se le atribuyen - ubican lo autosatisfactivo dentro del capítulo de medidas cautelares junto a las de tipo genérico. En cambio, el código sanjuanino lo coloca en el Libro V, Procesos especiales, integrando el título de procesos urgentes.

Pensamos que la solución autosatisfactiva, complicada de por sí como puede deducirse de lo expuesto, tiene connotaciones con el amparo, con lo cautelar, con lo anticipatorio y hasta con los procesos urgentes de la legislación sanjuanina y quizá la única nota verdaderamente distintiva propia es la posibilidad de que se sentencie sobre

la pretensión principal-no sobre la cautelar- sin sustanciación inicial, a la manera de un monitorio. Diríamos entonces que se trata de un proceso especial de conocimiento, aplicable a conflictos que requieren urgente o urgentísima solución, diferencia que incide en mostrarlo como un curso transitable con o sin bilateralidad postergada y capaz o no de generar cosa juzgada material.

A nuestro juicio el sistema “autosatisfactivo”, plausible en cuanto a propósito de obtención de justicia rápida, debe ser delineado con mayor precisión, buscándose formas más sencillas y claras para su aplicación que, de todos modos, no puede ser sino residual

V.- La dimensión anticipatoria

De antigua raigambre en Europa -el référé francés-, la solución anticipatoria pasó a América del Sur donde fue recogida en la reforma del año 1994 instrumentada en el art.273 del Código de Proceso brasileño y un año antes en el CPC de Perú (art.674).⁹ En nuestro país, muestra antecedentes en el derecho de fondo y también en el actual CPCCN¹⁰ y en las legislaciones procesales de las provincias de La Pampa y más recientemente San Juan¹¹.

⁹ CPC Perú, art.674. Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

CPC Brasil,art.273. El juez, podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el período inicial, desde que existiendo prueba inequívoca se convenza de la verosimilitud de la alegación y I.Haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación. II.Quede configurado abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito retardatario por parte del demandado.

Pgfo 1ªEn la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.Pgfo 2º.No se concederá la anticipación de tutela cuando hubiese peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.Pgfo 3º.En la ejecución de la tutela anticipada se observará en lo pertinente, lo dispuesto en los incs. II y III del art.588”Pgfo 4º.La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo mediante decisión fundada.

10. Puede verse “La Revolución procesal” por Adolfo A.RIVAS, T.1 pg113,Revista de Derecho Procesal.Medidas cautelares.Ed.Rubinza-Culzoni.Buenos Aires-Santa Fé

11.CPCC La Pampa,art.231. Tutela anticipatoria. Procedimiento. El Juez, podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, a los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción sí:

1.Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias.

2.Se advierta en el caso un a urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría.

Consiste en el sencillo expediente de disponerse, en casos de sumo peligro de frustración del derecho o daño irreparable - en la etapa constitutiva del proceso y previa una breve y especial sustanciación- la satisfacción total o parcial de la pretensión principal, sobre la base de la existencia de un máximo grado de convicción indicativo de la práctica imposibilidad de que la sentencia definitiva tenga un sentido diverso del establecido por el fallo anticipatorio, eventualidad que, de todos modos, quedaría a cubierto por la exigencia de contracautela.y por la circunstancia de no poderse anticipar la prestación irreversible.

Si se recuerda que en las medidas cautelares, éstas se despachan ante un grado de convicción generador de verosimilitud del derecho pero sin escuchar a la contraparte, y vemos que en la anticipación se resuelve luego de oírla, debemos concluir que en este último caso el nivel de convencimiento del juez ha de ser superior, casi inmediato a la seguridad total. Ya en otro momento, lo llamamos cuasi certeza.

3.Se efectivice contracautela suficiente.

4.La anticipación no produzcalos efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento.

Solicitada la tutela el Juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaran las condiciones ,la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”

CPC San Juan, art.242.”Tutela anticipada. Sin que configure prejuzgamiento , el Juez o Tribunal, podrá requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en l reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos:

1)Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta.

2)Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente.

3)Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva.

4)Otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla.”

En esas condiciones, que no pueden excluir la evaluación provisoria de la debilidad de la defensa¹² es sumamente difícil que la apreciación inicial del magistrado sea errada, justificándose así la inicial respuesta favorable a la pretensión sustentada.

Ya con especial referencia a la legislación positiva, vemos que en el sistema sanjuanino los grados de convicción que marca el CPCC complican el tema: en efecto, para el despacho favorable de las cautelares se requiere la clásica verosimilitud del derecho; para los procesos de satisfacción inmediata del art.676 (autosatisfactivas), la “posibilidad cierta de la atendibilidad de la pretensión” y para la anticipación del art.242 “la convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta”. De tal manera y si bien los arts 242 y 676 coinciden en referirse a algo distinto y superior de la mera verosimilitud pero de equivalente grado de convicción; lo diferente ha de ser la disposición del juez para resolver ya que en los procesos de satisfacción inmediata en los que no se computa la irreversibilidad y se puede despachar *in audita parte*, el nivel de prudencia del magistrado debe ser superior al que se aplicará en las anticipatorias en las que se impone la sustanciación y no proceden-en principio- si lo decidido inicialmente no es revertible por el fallo definitivo.

Las normas positivas no definen específicamente si la decisión anticipatoria es recurrible y en su caso la vía y efectos; sin embargo, en el CPCC de La Pampa, deberá aplicarse el sistema del art.238 que consagra al devolutivo como regla general. Si bien el artículo mencionado consagra el suspensivo cuando se trate de disposición final de un incidente que haya suspendido la prosecución del proceso principal, debe recordarse que la sustanciación y resolución anticipatoria no suspenden sino que forma parte de aquél proceso. El CPCC San Juan establece el devolutivo como efecto básico y no contiene ninguna salvedad relativa a incidentes, de modo que con más razón pensamos que lo anticipado no es impugnabile en suspensivo.

Acerca de la nota de irreversibilidad, vemos que estrictamente, la anticipación no sería aplicable si fuese imposible restituir las cosas al estado anterior, aun cuando pueda haber una solución indemnizatoria. Con ello quedarían fuera del sistema anticipatorio

¹² El art.273 del Código de Processo brasileño impone para la procedencia de la anticipación entre otras condiciones que: “II. Quede configurado abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito retardatario por parte del demandado”. Es curioso que en las leyes provinciales de La Pampa y San Juan no figure exigencia similar aunque es claro que la contundencia-o su ausencia- de la respuesta del demandado tiene que ser necesariamente considerada para apreciar el valor de la posición demandante.

conflictos capaces de generar un daño irreversible en el demandante no obstante merecer una solución inmediata por su naturaleza e importancia: tales por ejemplo, los requerimientos para operaciones quirúrgicas de urgencia o tratamientos de salud de aplicación impostergable. En el CPCC San Juan ese vacío lo podrá llenar el proceso de satisfacción inmediata de la pretensión o los procesos urgentes en los que, tal como se dijo, no se computa la irreversibilidad; no encontrándose salidas semejantes será la jurisprudencia la que, en homenaje a la escala de valores tendrá que determinar que derechos merecen la protección y en qué casos se la podrá otorgar aunque las prestaciones sean irreversibles, cuando aquélla resulte el único medio de preservarlos.

VI.-La cosa juzgada anticipatoria

Sostenemos que la decisión anticipatoria constituye una modalidad de la cosa juzgada desde que permite el juzgamiento provisional del conflicto-y su ejecución inmediata y sujeta a revisión- mediante la aplicación del conocimiento del juez obtenido luego de la sustanciación inicial y con los elementos de juicio reunidos hasta ese momento. Dicho pronunciamiento ha de adquirir firmeza por consentimiento o por ejecutoriedad; en el primer caso habrá cosa juzgada material y en el segundo la será anticipatoria ya que tendrá fuerza provisional hasta que se produzca la cosa juzgada material en la que se integrará la anterior. No es cosa juzgada formal pues ésta (la resultante del ejecutivo o las cautelares) no es en sí revisable y realmente producen decisiones definitivas sobre lo resuelto; así el ordinario posterior al ejecutivo considerará la causa de la obligación y no el valor del título, salvo limitaciones probatorias; en las cautelares el rebus *sic stantibus* permitirá pronunciarse sobre las nuevas circunstancias, pero no con respecto a las que justificaron lo resuelto anteriormente.

VII.- Lo anticipatorio y lo cautelar.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia admiten la distinta naturaleza de las medidas cautelares y las soluciones anticipatorias y se inclinan mayoritariamente por asignar a las últimas la misma de las primeras. La Corte Suprema, en el famoso caso Camacho Acosta (Fallos,320:1633) dictó un fallo claramente anticipatorio mediante el expediente de aplicar lo que llamó cautelar innovativo. Códigos procesales como el peruano y entre nosotros el de La Pampa, las colocan en el capítulo de las medidas cautelares. Sin embargo el Código de Processo Civil de Brasil y el CPCC San Juan las ubican respectivamente dentro de las disposiciones generales y en capítulos distintos de los correspondientes a las cautelares.

Nosotros nos inclinamos a pensar que se trata de diversas naturalezas y la diferenciación no es meramente teórica pues la jurisprudencia, con frecuencia, rechaza la anticipación con el argumento de que lo cautelar no admite que su objetivo pueda coincidir con el buscado por la pretensión principal.

Advertimos entonces que:

a) Lo cautelar gira en torno de una pretensión accesoria como es la de preservar bienes y situaciones de manera de permitir la satisfacción de la pretensión luego de la sentencia definitiva. La anticipación resuelve sobre la pretensión principal como solución previa a dicho fallo.

b) Lo cautelar apunta a asegurar la eficacia de la sentencia; lo anticipatorio a preservar el derecho¹³.

c) La medida cautelar, en su concepción natural, juega como una solución de neutralidad, colocando bienes o relaciones jurídicas en un *status* jurídico intermedio que no significa el reconocimiento del derecho de ninguna de las partes en conflicto; la solución anticipatoria, por el contrario, importa decidir a favor de uno de tales litigantes

d) Hay derechos que por su propia consistencia, configuración y naturaleza, por más que puedan ser compensados pueden perderse definitivamente; una afectación temporal de los mismos significará, de todos modos una pérdida imposible de restituirse. Por ejemplo, la vida, las libertades clásicas, la salud, los patrimoniales en cuanto resulten imprescindibles para la subsistencia imponen su tutela inmediata y por ende habilitan a una solución anticipatoria.

Otros derechos, por su naturaleza (por ejemplo, los de mero carácter patrimonial) en tanto compensables económicamente, permiten con ello que sean reconstituidos; en consecuencia, no corren riesgo en sí mismo. A preservar esta posibilidad apuntan las medidas cautelares ante el peligro en la demora-factor externo a la naturaleza del derecho- que pueda frustrar la eficacia de la sentencia.

e) La cautelar se admite ante la verosimilitud del derecho; lo anticipatorio frente a un grado prácticamente total de convicción.

f) La solución anticipatoria solamente puede ser reclamada por la actora, en tanto, si bien no es frecuente, la demandada puede requerir determinadas medidas cautelares (por ejemplo, una de no innovar).

¹³ Es cierto que una sentencia ineficaz no preserva el derecho, pero no lo coloca necesariamente ante el riesgo de extinción: así por ejemplo, la insolvencia del deudor impedirá la ejecución forzada del fallo que lo condena a pagar pero el derecho al cobro subsistirá al punto de poderse satisfacer si aparecieran otros bienes.

g)La cautelar prescinde de la sustanciación, imprescindible en lo anticipatorio.

h)El carácter “neutral” de las cautelares las hace ajenas al problema de la irreversibilidad de la prestación, pues nunca servirán para alcanzar un estado que pueda imponer la restitución pues en verdad no permiten la transferencia . El problema, es sin embargo, de vital importancia en lo anticipatorio.

i)Si bien la legislación positiva establece que al igual que en las cautelares el cambio de las condiciones que justificaron el otorgamiento de la anticipación, permitirá dejarla sin efecto, en aquéllas, la provisionalidad es la regla en tanto que en ésta, es la excepción, ya que hasta la sentencia definitiva, y salvo situaciones de evidencia, el juez no podrá evaluar el conjunto probatorio reunido de modo de poder revocar lo decidido.