

PAUTAS PARA LA REGULACION DEL PROCESO URGENTE

Por Jorge A. Rojas

1.- ASPECTOS ESENCIALES

En el caso que aquí anotamos, la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, ha acogido favorablemente una medida, denominada por parte de la doctrina como autosatisfactiva, exorbitando el marco tradicional de las medidas cautelares.

En primer lugar cabe aclarar que resulta de suma trascendencia este decisorio, fundamentalmente por la cuña que genera, merced al activismo jurisdiccional del Tribunal¹, que abre un importante marco de posibilidades para el mejoramiento de nuestro servicio de administración de justicia, de cara a la protección eficaz del justiciable, cuando de la tutela urgente de sus derechos se trata.

No voy a reiterar aquí los hechos que surgen con claridad del fallo antes transcripto, sino que me voy a detener a analizar algunos aspectos que considero medulares en esta situación, para extraer luego algunas conclusiones de lege ferenda.

Considero importante remarcar que la empresa accionante promovió una medida cautelar innovativa, que tenía como finalidad inhibir a dos directivos (su presidente y vicepresidente) que efectivizaran de dos entidades bancarias, cheques por ellos mismos emitidos, y girados sobre las cuentas que poseía la compañía en esas instituciones, en razón de que la situación de hecho que se había gestado intrasocietariamente hacía que, por un lado, no se hubieran definido los honorarios que debían percibir estos directores, y por otro, se había acreditado la situación deficitaria por la que aquella atravesaba.

Surge evidente además, que el accionar de esos directivos se veía favorecido, porque la empresa no podía implementar las acciones legales correspondientes contra ellos, toda vez que se requería una decisión asamblearia a la luz de la normativa comercial aplicable, y el tiempo que

¹ Función largamente reclamada por Morello tratando de superar la neutralidad clásica del juez (véase La Corte Suprema en acción, Ed. Librería Editora Platense, 1989, p. 36 o capítulo II, p. 37 y ss. Donde caracteriza el autor a esta tarea denominandola “jurisdicción de acompañamiento”).

insumiría su obtención podía diluir el resguardo de los derechos que estaban en ciernes de ser conculcados.

Dos últimos aspectos quisiera remarcar: el primero de ellos, es el criterio estereotipado - por tradicional- del juez de primera instancia, quien lisa y llanamente considera que no se encuentran acreditados ni la verosimilitud del derecho, ni el peligro de la demora para el dictado de una cautelar como la pretendida por la accionante.

Y por otro lado, el criterio opuesto, flexible, razonado y tuitivo, demostrado en el esfuerzo hecho por el Tribunal al revocar el decisorio de primera instancia, muestra acabada del cual surge de su basamento, en el principio *iura novit curia* para acceder a la resolución del caso por vía de esta medida llamada autosatisfactiva.

2.- NUESTRA INTERPRETACION

En el sublite se dan -pese a lo sostenido por el a quo- los presupuestos sustanciales de las medidas cautelares, pues se discurre sobre la verosimilitud del derecho, también sobre el peligro de la demora, y finalmente se tiene por suficiente por parte del Tribunal la contracautela ofrecida por el recurrente, aunque todo ello con un alcance que luego precisaremos.

Es decir que los estándares que son tomados en cuenta para la decisión final, sin duda alguna pertenecen a la teoría general de las medidas cautelares.

Sin embargo, aquí nos surge el primer reparo sobre la decisión adoptada por el Tribunal. Obsérvese que éste invoca el principio *iura novit curia*² para señalar que nos encontramos frente a un terreno particularísimo, y citando a Peyrano que ha trabajado, y mucho sobre el tema, sostiene que el supuesto consiste en una medida autosatisfactiva, no una medida cautelar, y aprovecha a señalar más adelante, otra fuente doctrinaria para justificar su aplicación en este terreno de índole privada.

² Más allá que no consideremos a la regla *iura novit curia* como un principio, para lo cual seguimos a Clemente Díaz, quien señala que los principios generales del Derecho Procesal son los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera (Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 212), señala Gozaini, siguiendo a Sentís Melendo, luego de precisar el origen del brocardo, que la noción exacta de la referida regla histórica, quedó enmarcada en el deber que tienen los jueces de aplicar el derecho positivo que han de conocer; aunque luego esa obligación se aligeró comprendiendo que el derecho debía creerse justo, permitiendo entonces, que la función judicial interpretara el caso y subsumiera en él la norma precisa que lograra satisfacer los principios de justicia y equidad (Gozaini, Osvaldo A., *Iura Novit Curia*, E.D. 162-315).

Considero que la regla *iura novit curia* no fue aplicada correctamente, ni menos aún se puede pretender utilizar un procedimiento cautelar para dar solución a un conflicto como el planteado, pues de ese modo se concluye en un decisorio rayano en la inconstitucionalidad. Nos explicamos para ser precisos.

Desde luego que la cuestión planteada no era sencilla para resolver, de ahí la importancia del esfuerzo hecho por el Tribunal, puesta de manifiesto en la invocación de esa regla, pues el enfrentamiento que se le planteó, a mi entender se basaba entre el derecho y la justicia.

Por eso, hoy nuestra interpretación sobre el tema, la haremos con la proyección que nos permite este pronunciamiento hacia el futuro.

De tal modo entendemos más ajustado a derecho que la invocación de la regla en cuestión, nos hubiera llevado a subsumir el tema en los pliegues del art. 43 (o inclusive del art. 75 inc. 22), de la Constitución Nacional, con el apoyo brindado por la doctrina sentada por la Corte Suprema a partir del *leading case* Siri, y en aquella otra que sostiene la operatividad de aquella norma³.

Ello en razón que podría haberse articulado desde allí un proceso de carácter urgente, expidiéndose rápidamente un mandato protectorio de aquellos derechos que estaban siendo vulnerados, pues como bien ha sostenido la Corte (a partir del precedente de Siri antes señalado): "...basta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que lo reglamente...".

Por la vía elegida, se ha tutelado un derecho a punto de ser vulnerado, a partir de una enmarañada trama legal que inhibía al peticionante de actuar con eficacia y prontitud para la solución de la cuestión que se le había suscitado; sin embargo, lo importante es que desde otro punto de vista, se deja totalmente desdibujados a los eventuales demandados, por su falta de participación en el proceso⁴, más aún teniendo en cuenta que el decisorio pertenece a la Cámara

³ L.L. 89-531, o bien véase Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, por Spota, Alberto Antonio (E.D. 163-767); coincidiendo con idéntica postura Rivas, Armando A. en Pautas para el nuevo amparo constitucional (E.D. 163-702).

⁴ Que desde luego entendemos que no es tal, pues reviste solo el carácter de procedimiento, sin adquirir la envergadura del debido proceso legal, con el alcance que consagra como principio liminar el art. 18 de la Constitución Nacional.

que ha revocado la resolución del a quo, por lo cual las posibilidades impugnativas resultan remotas (casi imposibles)⁵.

Por eso nos preguntamos -de lege ferenda, y en aras a que este proceso de carácter urgente que se está gestando, no constituya una aislada victoria pírrica- si por esta vía, no estamos generando una “condena inaudita et altera pars”.

La duda se nos plantea pues por este camino el conflicto puede convertirse en un incansable peregrinar, que no sabemos cuando puede terminar, como sucedería en el supuesto, que los eventuales demandados, que no intervinieron en el proceso, decidan promover otro por separado, pidiendo amparo al juez de turno del lugar, para que se resguarde su derecho, no ya a percibir los cheques en cuestión, sino lo que es más grave aún, a que no sean privados del ejercicio regular de su garantía más elemental, que es la posibilidad de defenderse⁶.

Es por eso importante el aporte de la jurisprudencia, para ir delineando desde este pronunciamiento nuevas formas que permitan proteger adecuadamente al justiciable, dejando a salvo en primer lugar los derechos que se hayan vulnerado, pero por otro también la posibilidad que le asiste al eventual accionado, a que pueda ejercitar -de estimarlo conveniente- su defensa.

3.- CONCLUSIONES

⁵ En idéntico sentido a la preocupación que aquí ponemos de manifiesto, véase en esta Revista el trabajo del Dr. Mario Kaminker titulado “Algunas reflexiones sobre los recursos y las medidas cautelares”, en especial el segundo punto al cual el autor –con un exquisito juego de palabras- lo denomina: “De las medidas cautelares como imprescindibles para la defensa de los derechos a la necesidad de la defensa adecuada contra las medidas cautelares”; en el cual la llamada por el autor hipertrofia de las medidas cautelares lo lleva a cuestionarse en la necesidad de profundizar en el aspecto contrario, esto es, la búsqueda de los medios adecuados para la defensa contra esas medidas cautelares.

⁶ Conf. Arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, e inclusive art. 75 inc. 22, el cual remite entre otros a los arts. XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y correlativamente con ella los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o bien el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), entre otros Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, todos los cuales establecen como un derecho esencial de toda persona el de ser oída con las debidas garantías para la determinación de sus derechos sean de índole civil o penal, o de cualquier otro carácter. Todo ello lo señalamos desde el punto de vista normativo, pero desde un punto estrictamente técnico, en este supuesto, no podemos obviar -como ya lo indicamos- que el pronunciamiento de la Cámara revoca el decisorio de primera instancia, por lo cual también desde este punto de vista las posibilidades que le pueden asistir al demandado resultan utópicas para ejercitar su defensa.

Consideramos que la denominada medida autosatisfactiva es una forma amparista que la doctrina había distinguido solo a través de su denominación, pese a reunir todos los requisitos que hacen a la procedencia, de un amparo, como surge precisamente del caso comentado⁷.

De tal modo, podemos apreciar que este fallo da cuenta de un **conflicto entre particulares**, en el cual uno de ellos (aquél contra quien se solicita la medida que el Tribunal llamó autosatisfactiva), **en forma actual o inminente** (según se aprecia el conflicto desde el libramiento de los cheques, o de su próxima presentación al cobro), **ha lesionado o amenazado** -también desde esa óptica- **con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas**, algunos **derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional**.

El accionar arbitrario o ilegal de los directivos de la empresa reclamante resulta manifiesto no solo de sus conductas, sino además de la propia documentación glosada a la causa, y de la letra de la normativa aplicable a la cuestión, todo lo cual la Cámara se encarga de evaluar, y demuestra una fuerte probabilidad de la existencia del derecho invocado que excede su mera apariencia⁸, aunque sin llegar a la certeza absoluta que importa una sentencia de mérito, para lo cual deberá jugar un rol importante la postura que eventualmente asuman quienes resultarían demandados.

También se aprecia que la conducta de los directivos de la empresa surge arbitraria, ya que carece de toda fundamentación, pues se basa solo en la propia voluntad de los emitentes de los cheques, quienes actúan sin respaldo legal alguno, contradiciendo la normativa legal aplicable a la cuestión, y la propia organización intrasocietaria, e indirectamente apoyados en el enjambre legal al que debe hacer frente la peticionante de intentar promover una acción de responsabilidad contra ellos, pues de haberlo intentado podría resultar ilusoria no solo una futura

⁷ Véase Una Cautela Atípica, trabajo publicado en el nro. 1 de la Revista de Derecho Procesal (Ed. Rubinzal-Culzoni), p. 57 y ss.

⁸ Nuestra jurisprudencia ya ha receptado este nuevo estándar que podríamos denominar como “fuerte probabilidad” en lugar de la clásica verosimilitud del derecho que pertenece a la órbita de las medidas cautelares, habiendo decidido que “si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma –que algunos autores denominan urgente- su procedencia requiere no sólo una apariencia del derecho alegado, sino **una fuerte probabilidad** de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares” (CNCiv., Sala L, 15/5/97, in re “F.M. Tango S.A. c/L.S.1 Radio Municipal (MCBA) s/Daños y Perjuicios”, Boletín nro. 2 de la Secretaría de Jurisprudencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Ed. E.D. del 6/11/98, p. 51, sum. 0010554). En este sentido véase también el trabajo de Carlos Alberto Carbone titulado: El nuevo concepto “fuerte probabilidad” como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho, publicado en la revista jurídica El Derecho del 17/11/98, p. 1 y ss., coincidente con la postura ya esbozada por Peyrano (Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva, E.D. 169-1345).

sentencia, sino inclusive una medida cautelar, dictada como clásica herramienta de resguardo en un proceso de conocimiento.

Como vemos, la contundencia de los hechos, como con toda precisión y claridad lo señala la propia Cámara, aparece con toda su incontrastable fuerza compeliendo a la jurisdicción a echar mano –aún con cierta impropiedad técnica- a la regla *iura novit curia*, para resolver por vía pretoriana una medida, otorgándole una autonomía que así como fue concebida nos deja alguna preocupación, pero que no es menos cierto que importa un fuerte llamado a la reflexión para la regulación adecuada que requiere el justiciable para una eficaz protección de sus derechos.

No es novedoso lo que decimos, pero sí lo es la letra del fallo, pues hasta ahora los intentos que han venido desde la letra de la ley, enuncada en opiniones doctrinarias o proyectos, en busca de la reforma de los procesos no siempre fueron oídos.

Aquí es donde cobra importancia nuestra materia por la instrumentalidad de las formas, por eso nuestro comentario que conlleva esta propuesta de lege ferenda, como un aporte más al tránsito en este camino que exhibe como posible la creación de un proceso de carácter protectorio, parafraseando a Rivas⁹, pues surge palmariamente que en este precedente no es tan trascendente dirimir los derechos en juego, como tutelarlos para evitar la consumación de una violación.

Ello nos da pie, para mencionar el otro aspecto que consideramos debe ser la conclusión esencial para este comentario, y es que aquí estamos, tal como lo menciona el art. 43 de la Constitución Nacional ante una acción que –como lo demuestra claramente el fallo puede ser **rápida y expedita**- surgiendo también, como señala la Cámara que **no existe otro medio judicial más idóneo** para la protección del justiciable, todo lo cual debe generar un proceso autónomo que no puede encorsetar a aquella, sino que por el contrario debe darle un cauce lo suficientemente fluído como para no cercenar estas aptitudes que la distinguen.

⁹ Op. cit. en nota 3, E.D. 163-707.

Este proceso (urgente) es el nuevo molde que ya propusimos para el amparo que básicamente consagra el art. 43 de la Constitución Nacional en consonancia con los Tratados Internacionales que contempla el art. 75 inc. 22 de nuestra Ley Fundamental ¹⁰.

Este molde debe reunir dos caracteres o requisitos fundamentales: por un lado la posibilidad de brindar a la jurisdicción la adopción de una medida de protección de carácter urgente, cual si fuera una medida cautelar; y por otro, una vez protegidos los derechos o garantías que fueran vulnerados en forma actual o inminente, brindarle la posibilidad al demandado, en caso de estimarlo conveniente, que impulse el contradictorio para hacer valer el mejor derecho que pueda asistirle, evitando así que haga justicia por mano propia, consumando una determinada situación de hecho en forma ilegal o arbitraria.

Este aspecto se conecta con el terreno sobre el que ha avanzado -hasta ahora- la doctrina: el del proceso denominado urgente, que no ha tenido reglamentación en nuestro medio, más allá que a nuestro entender esté ya concebido ¹¹, el cual debería tener una estructura inyuccional ¹²

¹⁰ Ese amparo lo denominamos básico o genérico, para distinguirlo de otras formas amparistas que consagra también esa norma, y que pueden tener otra clase de proceso distinto al que aquí proponemos. Sirva como ejemplo señalar que no puede pasarnos por alto que el resguardo de la intimidad a través del habeas data puede admitir un esquema o molde regulatorio distinto al que aquí proponemos, o tal vez puede ser similar, pero amerita otro tipo de debate en razón de las urgencias que se ponen de manifiesto en cada uno de ellos, de su trascendencia, de la verosimilitud del derecho que se invoque, entre otros aspectos; lo mismo acontece con el resguardo que merecen los derechos del consumidor y del usuario, de ahí que hayamos propuesto en la ponencia que presentamos en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Ciudad de Corrientes en 1997, titulada “De la atomización a la sistematización del amparo”, publicada en los distintos volúmenes de ponencias que hubo en dicho evento, que el amparo tal como había sido concebido estaba destinado al fracaso precisamente porque perdimos el rumbo señero que marcó nuestro más Alto Tribunal a partir de los leading cases Siri y Kot, y su atomización implicaba la necesidad de encontrar una sistematización para contemplar situaciones urgentes como las que aquí se plantean que pese al tiempo transcurrido aún las seguimos debatiendo sin precisarlas ni regularlas adecuadamente. Prueba elocuente de ello es la impronta que nos han marcado las Constituciones tanto de la Provincia de Buenos Aires, como de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de tornar expedito al amparo a través de un molde que no tenga que ajustarse a formalismos estériles que dejen al descubierto aquellos derechos o garantías que se intentan tutelar. Esto nos lleva a la necesidad de encontrar pautas adecuadas para la conformación de un proceso autónomo de carácter urgente que permita las soluciones adecuadas para estos momentos límites o excepcionalísimos que también la realidad de continuo nos muestra que existen, lo cual indirectamente va a permitir que se eviten aquellas preocupaciones de la doctrina sobre la avalancha indiscriminada de amparos aún sin razón alguna, pues el estrecho marco que delimitarían estos procesos aventaría cualquier tipo de riesgo en ese sentido. Creemos que lo dicho no tiene nada nuevo, pues observese que la Constitución de la Provincia de Catamarca, amén de las restantes que hemos mencionado, ha avanzado más aún sobre el particular preceptuando en su art. 39 lo siguiente: “Todo habitante de la Provincia tiene derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo contra actos u omisiones de la autoridad o de terceros que violen, menoscaben, enerven o amenacen hacerlo, sus derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución o por las leyes dictadas en su consecuencia. Si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna”. La contundencia del precepto considero que releva todo tipo de comentario en aras al mecanismo protectorio perseguido.

¹¹ Esto lo sostenemos por el carácter que invisten a partir de la letra del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, los Tratados Internacionales, algunos de los cuales hemos mencionado en la nota 5, y la forma en que conciben mecanismos sencillos, rápidos, expeditos (y demás formas que se utilizan) para adjetivar un proceso que está al alcance de nuestras manos.

como la que proponemos, en la cual se balanceen adecuadamente la protección urgente que se reclame a la jurisdicción, con el legítimo derecho de defensa en juicio, que podrá optar por ejercer o no el eventual demandado ¹³.

Por ese motivo sostuvimos la necesidad de invertir la relación clásica de todo proceso: conocimiento-declaración-ejecución, por otra inversa que sea aplicable en estas situaciones excepcionales en donde el rasgo de la urgencia y la fuerza de los hechos tornan vacía toda posibilidad de reclamo, por una que importe: ejecución (protección)-conocimiento y declaración (ambas con carácter eventual).

El mejoramiento del proceso importará el de la justicia, y para ello lo único que tenemos que hacer es regularlo clara y sistémicamente¹⁴ de modo tal de brindarle una herramienta más útil al justiciable, ya que el proceso es a la justicia, lo que la técnica es a la ciencia.

Por eso lo importante que recogemos en este precedente, al margen de los reparos que nos merece, es que de lege ferenda, la propuesta puede conformarla ahora la doctrina pero ya con un fuerte espaldarazo jurisprudencial ¹⁵.

¹² Recordamos que bien señala Sentis Melendo en la Introducción, que como advertencia, hace a la obra de Calamandrei (El Procedimiento Monitorio, Ed. Bibliografica Argentina, 1946), que las palabras monitorio o inyucción, no tienen una traducción adecuada del italiano al castellano.

¹³ Ello se vincula desde luego al mayor o menor grado de consistencia o grosería que tenga su acción u omisión a la luz de la tutela brindada por la jurisdicción según la posición sustentada por quien solicitó su tutela.

¹⁴ Es decir entendiendolo como un subsistema que se inserta en otro mayor que hace a la organización judicial, y este a su vez en otro superior que puede ser la Constitución Nacional, que se integra a su vez dentro del sistema social que adoptamos.

¹⁵ Así lo ha señalado Jorge W. Peyrano en su comentario sobre este fallo aparecido en la revista jurídica El Derecho del 16 de diciembre de 1998.