

TENDENCIAS SISTÉMICAS EN MATERIA DE PROCESOS CAUTELARES, URGENTES Y TUITIVOS DE LA LEY

Por JORGE W. PEYRANO

I- Introducción

Hace ya un tiempo, expresamos que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar” (1). Lo hicimos en ocasión de presentar en sociedad a la medida autosatisfactiva (2) –esa afortunada creación pretoriana que hoy ha sido incorporada a los textos de varios códigos procesales civiles argentinos (3) - y con la intención principal de subrayar que para analizar un sector en gestación del mundo jurídico-procesal no es suficiente con echar mano al tradicional criterio del peligro en la demora o *periculum in mora*.

Y de cuál sector jurídico se trata? Pues del que podríamos denominar “resoluciones que afectan derechos sin que medie cosa juzgada”. De tal guisa, identificamos e intentamos brindar organicidad a una nueva y pujante categoría jurídica (constituida por tres especies) singularizada por legitimar desplazamientos y alteraciones en el estado de los derechos de los justiciables sin que concurra una cosa juzgada – material o formal- que era el clásico e indisputable convalidante de tales modificaciones en conjunción con las diligencias cautelares entendidas a la usanza clásica. La primera tendencia, entonces, que notamos en la materia del epígrafe, consiste en dejar de lado, paulatinamente, la idea de que el sistema precautorio es el único legitimante de desplazamientos o modificaciones en el estado de los derechos sin que medie cosa juzgada. De alguna manera, dicha tendencia ya se notaba en el seno del XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal (Corrientes 1997) que declarara que: “Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los

siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial”. Es que dicha declaración daba claramente a entender que era menester reformar y ampliar la doctrina cautelar de siempre.

La segunda tendencia que creemos vislumbrar, radica en que se viene registrando una suerte de abandono del dogma conforme al cual el Poder Judicial ejerce un monopolio sobre la potestad cautelar y paracautelar, en todos sus tramos y aspectos.

Nada mejor para ilustrar a las dos tendencias consignadas que verificar su incidencia en los procesos mencionados en el epígrafe.

II –Procesos o medidas cautelares

Esta es la causal tradicional de mutación en el estado de los derechos de los justiciables sin que exista cosa juzgada. Su razón convalidante es la apariencia de buen derecho en cuanto a la pretensión de fondo que exhibe el peticionante. Tal *fumus boni iuris* implica una verosimilitud de baja intensidad (4). La finalidad perseguida con las precautorias es conjurar el riesgo de insolvencia del demandado o que éste desbarate derechos, y así se torne inejecutable la hipotética sentencia favorable que pudiera obtener el requirente de la cautelar. Se comprueba, sin dificultades que las cautelares siempre generan procesos accesorios o dependientes, dado que existen “por” y “en función” de algo que las trasciende: la eficacia del proceso principal al cual sirven.

Cabe acotar que en la mayoría de los países latinoamericanos –tan tributarios, todavía, de la legislación procesal civil hispánica del siglo pasado- se concibe exclusivamente la necesidad de brindar soluciones jurisdiccionales a lo que se podría denominar “urgencias funcionales”, vale decir que se preocupan por dar respuestas a situaciones que resultan premiosas en vista a otra coyuntura. Si bien se mira la urgencia que procuran paliar es “conjetural”, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse (v.gr., la insolvencia del demandado, el desbaratamiento del patrimonio de éste). Si bien se mira un poco más, se advierte que toda la teoría cautelar clásica apunta, fundamentalmente, a satisfacer tales urgencias funcionales y conjeturales, por lo que no puede extrañar que el proceso precautorio sea, necesariamente,

considerado como instrumental y como tal teñido del “pecado original” de no poder existir si –paralela- previamente o poco tiempo después no hace su aparición un proceso principal al cual sirve y del cual depende.

La “urgencia funcional” es, entonces, identificada como un peligro (“periculum in mora”) derivado de la necesaria demora correspondiente a la tramitación del proceso principal hasta que llegue al grado de cosa juzgada, puesto que ínterin ello ocurra, podrían, v.gr, esfumarse los bienes sobre los cuales puede recaer la eventual futura ejecución.

III Procesos urgentes

Esta causal legitimante de afectaciones de derechos de los justiciables sin que incida cosa juzgada, es de reciente data y tiene por razón convalidante un *fumus boni iuris* de elevada intensidad. La “fuerte probabilidad” exigida por la autosatisfactiva (5) y la “certeza suficiente” reclamada por la tutela anticipada (6), son buenos ejemplos de lo que venimos diciendo. Casi huelga recordar que ambas instituciones revisten en la categoría de los “procesos urgentes”.

En cuanto a la finalidad buscada por los referidos procesos urgentes, es imperioso señalar que no pretenden asegurar el efecto práctico de otro proceso (7) sino solucionar “urgencias puras” que encierran la posibilidad de que el requirente sufra un grave perjuicio. En general, en Iberoamérica las legislaciones procesales guardan silencio respecto de lo que deberían llamarse “urgencias puras”, es decir las que requieren “per se” una pronta respuesta jurisdiccional sin referencia a otras consideraciones o a procesos principales presentes o futuros. La “urgencia pura” se presenta cuando se da un verdadero “periculum in damni” y no un simple “periculum in mora”, vale decir que se da una muy fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable si los estrados judiciales no hacen ya mismo lo conducente a conjurarlo. Vaya un ejemplo: una persona de edad avanzada y viuda que se encuentra en estado comatoso debe ser operada de inmediato. El equipo médico quirúrgico interviniente –en atención a la complejidad de la operación a posibles secuelas- reclama el consentimiento de sus dos hijos. Sucede que uno lo otorga y el otro lo niega. He aquí una muestra de “urgencia pura” que exige el despacho de una solución urgente no

cautelar, ya que ninguna otra acción principal acompaña o acompañará al pedido de autorización judicial para que se proceda (o no) a dicha intervención quirúrgica. Asimismo, resulta preciso poner de resalto que para comprobar si existe *periculum in mora* fundamentalmente hay que escudriñar al demandado, para verificar si concurre *periculum in damni* hay que bucear en la situación del actor (8)

Téngase en cuenta que en el caso de una tutela anticipada –al igual que lo que acontece cuando se trata de una medida autosatisfactiva como la recordada *supra*- lo que se busca siempre es solucionar la urgencia y no evitar el riesgo de insolvencia del demandado o el posible desbaratamiento de derechos en que éste pudiera incurrir. Así sucedió en el *leading case* “Camacho Acosta” (9) , donde el riesgo (urgencia) de que no se pudiera instalar, a raíz del transcurso del tiempo, en el muñon de la víctima-requiere una prótesis bioeléctrica, justificó una tutela o sentencia anticipada que se tradujo en el pago de una suma de dinero, a cuenta de una eventual y futura indemnización; y todo ello sin que todavía existiera cosa juzgada.

IV Medidas policiales. Procesos tuitivos de la ley

Esta singular causal de afectación de derechos de los justiciables sin que medie cosa juzgada que integra la nueva categoría ya mencionada, se encuentra ya incorporada al panorama jurídico nacional; debiendo señalarse que algunos la llaman “medidas preventivas administrativas” (10) en vez de “medidas policiales”. En la especie, no es el interés de los particulares, sino el interés estatal en el cumplimiento de ciertas leyes de orden público lo que motoriza la promoción y tramitación de las tutelas policiales. Mientras que para otorgar una tutela cautelar se observa preferentemente a su destinatario para comprobar si puede llegar a desbaratar los derechos del requirente y para despachar una tutela urgente se mira, preferentemente, al solicitante para verificar si procede, en el supuesto de la tutela policial se tiene en cuenta de manera principal, la necesidad de preservar el fiel cumplimiento de ciertas leyes de orden público que interesan “a todos”.

Es imperioso profundizar un tanto en la presente causal porque contiene, a las claras, la segunda tendencia que notamos en la materia: se está, de modo creciente, quitándole al órgano jurisdiccional el monopolio del poder cautelar y paracautelar, en todos su tramos y

aspectos. Vaya una muestra: la ley 25.329 de reforma tributaria ha venido a modificar el artículo 18 de la Ley de Procedimientos Fiscales estableciendo en su artículo 92 la autorización para que un simple cobrador fiscal (agente fiscal, lo llama pomposamente) ordene, con su sola firma y sin participación judicial, embargos y desembargos (11). Recientemente, la Administración Federal de Ingresos Públicos se ha autolimitado en la materia, cuando se tratara de embargos de cajas de seguridad; autolimitación concretada mediante el dictado del decreto n° 33/2009(12).

Y se ha ido todavía más allá, al autorizar legalmente a ciertas autoridades administrativas de aplicación de determinadas leyes a emitir las llamadas medidas preventivas administrativas por fuera de un proceso judicial; aunque para preservar su constitucionalidad se sujetan a un contralor judicial suficiente y adecuado (13). Conviene aquí colocar una luz de alarma. Importante doctrina ha manifestado que para que tal control judicial exista no es bastante con instrumentar, v.gr., un recurso de apelación ante alguna instancia judicial, sino que se tendrá que formalizar un montaje judicial “con amplitud de debate y prueba” (14).

No abrimos juicio definitivo sobre la constitucionalidad de las referidas funciones asumidas por determinados tribunales administrativos, pero consignamos que, según enseña Cassagne- “la configuración del sistema judicialista de la división de poderes se apoya en un cúmulo de principios, a saber: ...3) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo” (15). Ciertamente es que el artículo 109 Constitución Nacional (16) constituye una valla difícil de salvar por quien pretenda reconocer la constitucionalidad de los mencionados tribunales administrativos que están en condiciones de despachar medidas preventivas administrativas o tutelas policiales (17). Empero, así como se ha terminado por admitir la aceptabilidad de tribunales administrativos independientes encargados de prestar jurisdicción administrativa especializada (18), quizás nuevas lecturas generalizadas del texto constitucional permitan considerar aceptable que tribunales administrativos – siempre con adecuado control jurisdiccional y funciones asignadas por ley- ejerciten actividad que no sea estrictamente calificable como desempeño de jurisdicción

administrativa. Se tratará ,en todos los casos, de funciones jurisdiccionales especializadas, pero de un tenor más amplio y signadas por la necesidad de preservar el cumplimiento de leyes en que se encuentra comprometido el orden público. Tal sería el caso, precisamente, de los tribunales administrativos que hoy están en condiciones de impartir lo que denominamos “medidas preventivas administrativas” o “tutelas judiciales”. Ahora bien: ínterin ocurra dicha nueva lectura generalizada, qué hacer? Pensamos que una visión pragmática del asunto aconsejaría -dadas las múltiples flaquezas que muestra el desempeño del Poder Judicial, a la hora de procurar la fiel observancia de determinadas leyes cuyo cumplimiento interesa “ a todos”- no tener un criterio demasiado estricto sobre la constitucionalidad de normas legales que consagran la viabilidad de que ciertos tribunales administrativos despachen tutelas policiales. Y por qué hablamos de tutelas policiales? Veamos. Prevalece en nuestro país la idea de que existe una función estatal policial (19) que viene a limitar los derechos de los particulares en vista al bienestar general y en miras a contribuir a la seguridad pública, a la moral y a la salud. Cabe preguntarse: cuando un organismo administrativo, emite una medida preventiva administrativa en ejercicio de cuál función estatal lo hace? Ciertamente, ha llevado a cabo una actividad administrativa policial con respaldo legal, con valor de equivalente jurisdiccional y que genera una limitación o encauzamiento de derechos individuales. No hay en la resolución administrativa correspondiente –que no obstante asumir el rol de equivalente jurisdiccional, sigue siendo un acto administrativo- ejercicio del poder de policía, sino el desempeño de una función administrativa policial. De ahí, nuestra preferencia por la locución “tutela policial” en reemplazo de “medida preventiva administrativa”.

Y al fin y al cabo, cuáles son los tribunales administrativos habilitados legalmente para decretar tutelas policiales? Enumeraremos, los principales: la regla es que las autoridades de aplicación (o alguna dependencia delegada) de las leyes que de un modo u otro protegen a los derechos de consumidores y usuarios (que son los derechos susceptibles de ser preservados por el dictado de medidas preventivas administrativas), son las habilitadas para despachar medidas policiales . Así, en el ámbito nacional la Subsecretaría de Defensa de la

Competencia y del Consumo y la Dirección Nacional de Comercio Interior han decretado medidas administrativas del tipo que venimos estudiando. Siempre en el orden nacional, cabe acotar que el Tribunal de Defensa de la Competencia (autoridad de aplicación de la ley 25.256) está plenamente habilitado para emitir lo que también constituyen medidas preventivas administrativas .

En lo que atañe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que cuenta con la ley 757/02 llamada “Ley de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario”- es la Dirección General de Protección y Defensa de los Consumidores del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el organismo administrativo encargado de despachar medidas preventivas administrativas y lo ha hecho, repetidamente y con éxito .

En la Provincia de Buenos Aires, la ley 13.133 ha consagrado un verdadero código de implementación de los derechos de los consumidores y de los usuarios, con la particularidad de disponer que la tarea de decretar medidas preventivas administrativas se encuentra a cargo del organismo administrativo que cada municipio escoja. En la Plata y en algunos otros municipios, se ha optado por depositar esa facultad en los jueces municipales de faltas. Merece ser especialmente destacado el cometido cumplido en la materia por el titular Dr. Dante Rusconi, del Juzgado de Faltas de La Plata con competencia en Defensa del Consumidor.

A título de digresión válida y parcial, cabe señalar que recientemente la Provincia de la Rioja ha dictado la ley 8468 de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios. Dicha norma instituye como autoridad de aplicación a la Dirección General de Comercio Interior (art. 23), regula su actuación de oficio o a raíz de denuncia (art. 29), prevé el funcionamiento de tutelas policiales (art. 40) y su artículo 52 establece que las resoluciones definitivas de la autoridad de aplicación en materia de tutelas policiales son impugnables recursivamente de acuerdo con las previsiones de la ley 4044 de Procedimientos Administrativos

Corresponde ahora –aunque algo ya se ha dicho sobre el particular- enumerar las normas legales que expresamente regulan tutelas policiales. Ellas son: El artículo 45 de la ley 24.240 reformado

por la ley 26361 , el artículo 35 de la ley 25.156 , el artículo 71 del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y de los Usuarios de la Provincia de Buenos Aires sancionado por ley 13.133, el artículo 10 de la ley 757/02 de Procedimientos en materia de Defensa del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el artículo 46 del Código Provincial sanjuanino de Implementación de los Derechos de los Consumidores y de los Usuarios (ley 7714)

Valórese que para la procedencia de dichas medidas preventivas administrativas o tutelas policiales no se reclama ineludiblemente la concurrencia de *periculum in mora* ni la incidencia de una urgencia . Lo central que se busca, es preservar el debido respeto a ciertas leyes portadoras de instituciones relacionadas con el orden público.

Finalmente, es preciso traer a cuento que la razón convalidante y la finalidad perseguida por el despacho de tutelas policiales, coinciden: se trata de la necesidad de preservar la observancia de determinadas leyes donde se encuentra comprometido el orden público y es menester la presencia de un Estado activo.

V. Conclusiones

1. El examen sumario efectuado en las líneas anteriores confirma que existe una verdadera tríada (medidas cautelares, procesos urgentes, procesos tuitivos de la ley) de causales legitimantes de afectaciones de derechos de justiciables (dicho esto en sentido amplio), sin que medie cosa juzgada material ni formal. Se encuentra así configurado un verdadero sistema en el rubro.

2. Asimismo , lo dicho *ut supra* revela dos tendencias sistémicas (20) y contemporáneas en el seno del susodicho sistema: concurre un paulatino y creciente abandono de la falsa creencia de que únicamente las medidas cautelares posibilitan la afectación de derechos sin la incidencia de una cosa juzgada; y, además, se verifica una creciente erosión del dogma consistente en que el Poder Judicial ejercite exclusivamente la potestad cautelar y paracautelar, en todos sus tramos y aspectos.

JORGE W.PEYRANO

-
-
- N O T A S-

(1) PEYRANO, Jorge W., “Medidas Autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, página 19.

(2) BARBERIO, Sergio, “La medida autosatisfactiva”, Santa Fe 2006, Editorial Panamericana, pág. 33: “La medida autosatisfactiva constituye un proceso abreviado, con recortada o ninguna sustanciación previa que, frente a la presencia de presupuestos especiales, resuelve el conflicto inmediatamente agotándose con su solo dictado. El concepto anterior, que es bien genérico por cierto, pretende introducirnos en la idea saliente de la medida autosatisfactiva: respuesta inmediata. Es que el instituto que nos ocupa posee esa característica, la de un breve recorrido hacia la solución del conflicto. Se asemeja a otras herramientas procesales que tienen la virtualidad de ser expeditas y rápidas, pero que no siempre resultan la herramienta idónea. La pretensión autosatisfactiva se ciñe exclusivamente a obtener la remoción de un obstáculo o solución urgente, nada más. Su accionar se desarrolla ante circunstancias de coyunturas especiales, generalmente excepcionales, signadas por la particularidad de exhibir el postulante un derecho ostensible (fuerte probabilidad) y darse una situación de urgencia que conlleva frustración”.

(3) Hablamos de los Códigos Procesales Civiles de Chaco, Corrientes, La Pampa, San Juan y Santiago del Estero.

(4) NIEVA FENOLL, Jordi, “Enjuiciamiento prima facie”, Barcelona 2007, Editorial Atelier, pág.198.

(5) Vide nota 2.

(6) Desde el precedente “Camacho Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los posteriores, igualmente han exigido una intensidad de

verosimilitud en la apariencia de buen derecho, mayor en la tutela anticipada que en la autosatisfactiva (conf. “Escolio sobre los leading cases cordobés y platenses en materia de tutela anticipada”), por Jorge W. Peyrano, en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe, 2003, Editorial Panamericana, página 163 y siguientes).

(7) PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva. Solución urgente no cautelar”, en “Nuevas apostillas procesales”, página 155 y siguientes.

(8) PEYRANO, Jorge W., “Medida innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, página 33.

(9) Puede consultarse en Revista de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, nº 1, página 385 y siguientes.

(10) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Las medidas preventivas administrativas en el Derecho del Consumidor”, en La Ley, boletín del 26 de febrero de 2008, página 3.

(11) PEYRANO, Jorge W., “La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales” en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 123.

(12) Disposición 33/2009 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, “Artículo 1: Establécese que los agentes fiscales intervinientes en los juicios de ejecución judicial de deudas por impuestos, recursos de la seguridad social, tributos aduaneros y otras cargas, como así también de sus accesorios, multas; costas y garantías constituidas en seguridad de las obligaciones cuyo cobro coactivo se encuentre a cargo de esta ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, se abstendrán de disponer y comunicar por sí ordenes de embargo que tengan por objeto cajas de seguridad abiertas en instituciones financieras regidas por la ley 21.526 y sus modificaciones; Artículo 2: En aquellos supuestos en que –con el fin de asegurar el cobro de la deuda reclamada- resulte necesario proceder al embargo de dichas cajas de seguridad, los agentes fiscales deberán solicitarlo fundadamente al juez ante el cual tramite la respectiva ejecución fiscal”.

(13) Conf. el precedente “Fernández Arias”, en Fallos 247, 646.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo”, en Jurisprudencia Argentina, boletín del 25 de marzo de 2009, página 22.

(15)Ibídem, página 21.

(16)Artículo 109 de la Constitución Nacional: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

(17)CASSAGNE, Juan Carlos, ob.cit.página 26.

(18)Ibídem, página 27.

(19)GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo” Ediciones Machi López, Buenos Aires 1975, tomo II, página XII-2.

(20)Acerca de las tendencias sectoriales ya nos hemos explayado- por ejemplo, en materia cautelar- en “Tendencias pretorianas en materia cautelar” (conf. “Problemas y Soluciones Procesales”, Rosario 2008, Editorial Juris, página 199 y siguientes), donde anotamos, entre otras cosas, la existencia de cierta inclinación pretoriana a someter a determinadas precautorias a una sustanciación previa, la posibilidad de sujetar a las cautelares a condiciones tales como el plazo, etc. Está por verse si no ha nacido el germen de una nueva tendencia caracterizada por la aparición de protecciones cautelares específicamente ajustadas a las singularidades del derecho de fondo que se procura preservar. Sería el caso de la protección cautelar en materia de patentes de invención de productos medicinales (leyes 24481 y 25859) que, en principio, no acepta el despacho *inaudita et altera par*; llegando a exigir como recaudo previo la realización de una pericia para esclarecer ciertas cuestiones(Conf. “Sobre la protección cautelar y las patentes medicinales”,por Juan Carlos Cassagne,en La Ley 2007 C,páginas 200 y ss.).