

**XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA**

23 y 24 de octubre de 2014

**AZUL – ARGENTINA**

**LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO**

**APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL**

**Tema: “El Juez, los anticipos de tutela y las sentencias anticipadas  
(autosatisfactivas) en un proceso republicano”**

**Autores: Dres. María Agustina Morbiducci y Darío Nazareno Díaz Orrac**

## INDICE

1.- Introducción.....	Pág. 3
2.- Los sistemas procesales – Breve aproximación al Activismo (Decisionismo) y Garantismo Judicial – El sistema que se adapta a nuestra estructura constitucional.....	Pág. 4
3.- Procesos urgentes: Anticipación, Tutela y Satisfacción.....	Pág. 9
4.- Las medidas de tutela inmediata y medidas autosatisfactivas – Breve reseña – Realidad en nuestro Derecho.....	Pág. 14
5.- “Todo lo que es seguro no es rápido; lo que es rápido no puede ser seguro” – Valores contrapuestos: el debido proceso 'versus' las medidas autosatisfactivas.....	Pág. 17
6.- Análisis de la tutela inmediata a la luz de las principales ramas del derecho.....	Pág. 18
7.- Palabras finales.....	Pág. 40
8.- Bibliografía consultada.....	Pág. 40

## **XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA**

### **“El Juez, los anticipos de tutela y las sentencias anticipadas (autosatisfactivas) en un proceso republicano”**

Por María Agustina Morbiducci<sup>1</sup> y Darío Nazareno Díaz Orrac<sup>2</sup>

*(Al Dr. Daniel Horacio Morbiducci, ejemplo de abnegada dedicación, trabajo, profesionalismo y constante estudio, a quien agradecemos su importante apoyo)*

*“...Ser cronopio es contrapelo, contraluz, contranovela, contradanza, contratodo, contrabajo, contrafagote, contra y recontra cada día contra cada cosa que los demás aceptan y que tiene fuerza de ley...” (Julio Cortázar – Un cronopio en México)*

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Los sistemas procesales – Breve aproximación al Activismo (Decisionismo) y Garantismo Judicial – El sistema que se adapta a nuestra estructura constitucional. 3.- Procesos urgentes: Anticipación, Tutela y Satisfacción. 4.- Las medidas de tutela inmediata y medidas autosatisfactivas – Breve reseña – Realidad en nuestro Derecho. 5.- “Todo lo que es seguro no es rápido; lo que es rápido no puede ser seguro” – Valores contrapuestos: el debido proceso ‘versus’ las medidas autosatisfactivas. 6.- Análisis de la tutela inmediata a la luz de las principales ramas del derecho. 7.- Palabras finales. 8.- Bibliografía consultada.

#### 1.- INTRODUCCIÓN

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, en el año 2.011. Actualmente se desarrolla como Auxiliar Letrada en la Unidad de Defensa Penal Nro. 18 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

<sup>2</sup> Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) en el año 2.012. Actualmente ejerciendo libremente la profesión desde el año 2.013 en la ciudad de Saladillo, Provincia de Buenos Aires.

En el presente trabajo, abordaremos el no tan nuevo fenómeno de las denominadas “tutelas inmediatas”, como integrantes de lo que sus impulsores enmarcan dentro de los “*procesos urgentes*” o “*tutelas de urgencia*”.

El análisis que proponemos se iniciará por un breve repaso a los conceptos de sistemas procesales, para determinar cuál de ellos se adapta mejor a las directivas que emanan de nuestra Constitución Nacional. Luego haremos una síntesis de las características de los procesos urgentes y diferenciaremos los tipos de tutela de urgencia: la cautelar y la inmediata o anticipada.

Continuaremos contraponiendo los valores antagónicos y las garantías constitucionales que se encuentran en juego en este tipo de procesos, partiendo de la idea de que “Todo lo que es seguro no es rápido; lo que es rápido no puede ser seguro”.

Por último, analizaremos la aplicación de este tipo de medidas en las dos principales ramas del derecho procesal (civil y penal) para determinar si su regulación y aplicación se ajustan a los mandatos constitucionales.

## 2.- LOS SISTEMAS PROCESALES - BREVE APROXIMACIÓN AL ACTIVISMO Y GARANTISMO JUDICIAL – EL SISTEMA QUE SE ADAPTA A NUESTRA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

### 2. 1.- Los sistemas procesales

Como es sabido, los llamados “sistemas procesales” (dispositivo e inquisitivo) se originaron a partir de ideologías políticas y se encuentran íntimamente ligados -sin duda- a las mismas. Durante cientos de años el derecho fue utilizado como una herramienta de ejercicio del poder; mundialmente se han desarrollado sistemas inquisitoriales donde el juez era un mero ejecutor de las voluntades políticas de turno, lejos de la independencia y la imparcialidad propias

de su función. En este tipo de modelos de enjuiciamiento, que funcionaron a la perfección en regímenes totalitarios, el “proceso” funcionaba como una herramienta de control social en la que no se respetaban garantías constitucionales de ninguna índole y únicamente el magistrado tenía amplias facultades instructorias para obrar<sup>3</sup>. El maestro Alvarado Velloso nos llama a reflexionar cuando nos dice que tanto es así que se debe “(...) *recordar que **todos los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983, derogaron la Constitución Nacional o la subordinaron a Reglamentos y Estatutos Revolucionarios***”.

*Paradojalmente –continúa el maestro-, en cambio, **todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias. No se piensa, acaso, que el secreto del sumario, la declaración indagatoria, la recurrente actuación oficiosa, etcétera, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos? ¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución?***<sup>4</sup>

En contraposición, el auge de la impronta ‘liberal’ en la economía en el siglo XIX, sumado a sendos cambios en las ideologías, inspiradas por acontecimientos históricos trascendentales como la sanción de la Constitución de los Estados Unidos de América, la Revolución Francesa, y las ideas liberales de los autores y pensadores que surgieron en consecuencia, dieron lugar a una concepción distinta, en la que el juez ya no tenía prácticamente ninguna participación en el proceso sino que eran las partes las que *disponían* de él, salvaguardando sus garantías constitucionales y evitando cualquier abuso o injerencia indebida del Estado en el plano de sus libertades individuales.

Estas posturas antagónicas, que representan los dos grandes extremos que dividen a la doctrina, se han ido modificando desde entonces. Mientras el sistema inquisitivo se fue “codificando”, otorgándole aparente legalidad a las prácticas

---

<sup>3</sup> Resulta sumamente ilustrativo en este aspecto, lo narrado por el maestro Adolfo Alvarado Velloso en su obra “EL DEBIDO PROCESO DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL” (pág. 49 y ss.).-

<sup>4</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, op. cit. – pág. 156 y ss.

autoritarias<sup>5</sup>, el sistema dispositivo cambió el rol del juez en el proceso atribuyéndole la responsabilidad de dirigirlo, garantizando el desarrollo del debido proceso legal y el ejercicio de los derechos de las partes.<sup>6</sup>

## 2. II.- Corrientes antagónicas: Activismo (“decisionismo”) judicial y Garantismo judicial

Hay quienes, destacando la naturaleza pública de proceso, lo conciben como un instrumento puesto a favor del Estado y no como una garantía para los ciudadanos (los defensores de la llamada “publicización” del proceso). Son los mismos que, escudados en fines superiores al individuo, propician el activismo judicial, que no es más ni menos que el aumento de los poderes del Estado en la sociedad, a través de la actuación del juez en el proceso.

Definiendo en pocas palabras estas dos corrientes en las cuales se enrolan los distintos actores del derecho –doctrinarios, jueces, abogados- podemos aproximarnos diciendo que cuando hablamos de “activismo” judicial, nos referimos a poner el acento en el actuar del juez, en el rol social que éste detenta en su carácter de representante del Estado. Aquéllos que siguen esta doctrina, ponderan

---

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que en un principio, el acusado en el sistema inquisitivo desconocía por completo el procedimiento utilizado así como la causa de su juzgamiento. El antecedente histórico más significativo de este sistema está dado por el Concilio de Letrán de 1215 y posteriormente por la Inquisición Española que institucionalizaron la persecución de Estado. No existía ninguna participación del acusado, el juez era quien acusaba, luego afirmaba y posteriormente juzgaba (obviamente de oficio). La búsqueda denodada de la verdad y la falta de participación del individuo en la etapa probatoria instituyeron a la confesión en la *probatio probatissima* y contribuyeron a la oficialización de las torturas. Paulatinamente, estas ideas se fueron plasmando en códigos otorgándoles algo más de “transparencia” a las prácticas pero sin dejar de ser absolutamente vejatorias de los derechos individuales. Basta remitirse a la Ordenanza Austriaca de 1895, la Alemana de 1937 (no casualmente bajo el gobierno de Adolf Hitler) y el Código Italiano de 1940 (encomendado por Benito Mussolini).

<sup>6</sup> El sistema dispositivo, entendido como continente del debido proceso, se vislumbra también en tiempos remotos (aunque no expresamente) en la Carta Magna de 1215 de Inglaterra, reiterada en la Declaración de Derechos de 1689 (Bill of Rights) y la Constitución de EEUU de 1787. Sin duda, la Revolución Francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre, favorecieron a darle el último impulso y expandir la idea que se plasmó finalmente en casi todas las Constituciones de Latinoamérica, emulando los principios sentados en la carta fundamental norteamericana.

la función jurisdiccional por sobre los intereses individuales, ya que persiguen un fin último y ejemplificatorio que consiste en definir para la sociedad aquello que es justo y verdadero muy a pesar de lo que soliciten las partes. Pretenden desarrollar una cultura que implique el respeto y obediencia a los mandatos judiciales, reconociéndole a la autoridad jurisdiccional poderes implícitos o genéricos que administra y aplica aún de oficio<sup>7</sup>, a costa de sacrificar el debido proceso legal.

Para el denominado “garantismo” procesal –en cambio- el respeto por el método de debate es la garantía, por la cual, el Juez no debe morigerar su tutela. El magistrado, es una persona incapaz –entendido como posibilidad material y asequible – de buscar la plena justicia al caso a resolver. Su real meta – si es que la meta está en su teleología -, es resolver el conflicto planteado por las partes a través de un proceso dialogal, a fin de que el proceso logre la consecución de su objeto, la sentencia. El proceso garantista no justifica el uso de medios inadecuados, sino, que es el medio (entendido como camino hacia un destino), la garantía de los justiciables.

En el sentido antes expuesto, tenemos que tanto el activismo (o decisionismo) judicial como el garantismo procesal se encuentran ligados a los dos sistemas mencionados al inicio del presente acápite. El sistema dispositivo resulta incompatible con el activismo judicial y lo propio sucede entre el sistema inquisitivo y el garantismo procesal.

Más allá de los cambios operados por el paso del tiempo, de las distintas formas que adopta una misma ideología, lo cierto es que siempre el debate gira en torno a la concepción que se tenga sobre la relación entre el Estado y el individuo.

De tal forma, y dentro de ese sistema procesal (Garantista) que resulta ser el único fiel reflejo de lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional, diremos – coincidiendo con Alvarado Velloso-, que la estructura del medio de discusión – proceso- se muestra representado por un triángulo equilátero que muestra a los

---

<sup>7</sup> Ejemplo de lo dicho en esta instancia son las denominadas “Medidas para mejor proveer”, legisladas en el Art. 36 del CPCC de la provincia de Buenos Aires; dentro del “Capítulo IV” – “Deberes y facultades de los Jueces”.-

dos contendientes en la base, uno contra el otro (naturalmente desiguales) y *equidistantes* (lo que da clara idea de *igualdad*) del tercero que ha de resolver el conflicto y que, al dirigir el debate, asegura a ambos opositores *un tratamiento jurídico idéntico*. Y ello es, precisamente, ***lo que hace iguales a los desiguales***. Como se ve, la igualdad es meramente ***jurídica y de oportunidades, no real***.

Podemos concluir este breve acercamiento a los sistemas diciendo entonces, que conforme las directivas que emanan de nuestra Constitución Nacional, es decir, de sus garantías que hacen al debido proceso, a la igualdad de las partes, al derecho de defensa, al acceso a la Justicia; de todo ese marco protectorio del derecho de toda persona a reclamar judicialmente (como así también, del derecho a defenderse y a no ser condenado sin un proceso transitado a través del prisma de las garantías previamente enumeradas), podemos concluir que el denominado “Garantismo” –y no otro- es el ‘prisma’ en el cual se debe reflejar el proceso, ya que viene a tornar operativas esas instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos, concretando en la realidad los valores republicanos que inspiraron nuestra Carta Magna.

### 3.-PROCESOS URGENTES: ANTICIPACIÓN, TUTELA Y SATISFACCIÓN.-

Delimitados así los contornos constitucionales dentro de los cuales deberán cimentarse las estructuras procesales para estar acordes con la Carta Magna, cabe hacer una referencia ahora los llamados “Procesos Urgentes”. Pero, ¿A qué nos referimos cuando decimos “procesos urgentes”? ¿Cuáles son las bases y fundamentos que sustentan estas (no tan) nuevas corrientes que buscan y pregonan su incorporación a los ordenamientos adjetivos?

Constituye hoy una premisa fundamental que el *fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales (tutela efectiva)*<sup>8</sup>. Para ello se han

---

<sup>8</sup> De los Santos Mabel, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia” J.A 1999-IV-992. Lexis 0003/007426.



diseñado diversos remedios procesales “*de respuesta inmediata*”<sup>9</sup>, distintos al proceso de conocimiento que en determinadas situaciones deviene estructural y funcionalmente inadecuado<sup>10</sup>.

Surgieron así los denominados “*procesos urgentes*” o “*tutelas de urgencia*” cuya nota característica común es *la prevalencia que se le asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz*<sup>11</sup>.

En algunos casos –como veremos más adelante- estos mecanismos procesales se encuentran regulados por la ley (tutela cautelar) y en otros (tutela anticipada) han sido creaciones pretorianas determinadas por las exigencias particulares de casos concretos en los que los remedios previstos por la ley no eran suficientes para una tutela efectiva de los derechos.

El *proceso urgente* constituye una categoría amplia, caracterizada por la necesidad de proporcionar *respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas* a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras<sup>12</sup>. Las características

---

No quedan dudas de que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene jerarquía constitucional. Algunos lo ubican dentro del art. 18 CN y otros dentro de los derechos y garantías no enumerados el art. 33 CN. Luego de la reforma constitucional de 1994 también ha quedado incluido dentro de los “nuevos derechos y garantías” que los Tratados Internacionales incorporados, expresamente lo contienen. Así art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En este mismo sentido se ha considerado que el acceso a la justicia es el más importante de los derechos humanos, la verdadera garantía de los derechos de la persona humana y que “consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es preciso distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia” (Conf. Vargas Abraham Luis “Tutela Judicial efectiva, acción bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas” 1998 publicado en J.A 1998-IV-652, citando a Cappelletti Mauro y Garth Bryan “El acceso a la Justicia”, Ed. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983 y Fix Zamundio Hector “La protección procesal de los Derechos Humanos” Ed. Civitas, Madrid, 1982).

<sup>9</sup> Conf. Morello Augusto M. “*Las nuevas dimensiones del proceso civil (espacios ganados y trayectorias)*” JA 1994-IV-842.

<sup>10</sup> Ello, atento al tiempo necesario para obtener el reconocimiento del derecho en la sentencia, Conf. De los Santos Mabel, *op. Cit.*-

<sup>11</sup> De los Santos Mabel, *op. Cit.*.

<sup>12</sup> Conf. X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe celebrado en 1996.

específicas de estos tipos de procesos son la urgencia, la prevención y la inmediata ejecutabilidad<sup>13</sup>.

Dentro del género de los procesos urgentes se han reconocido dos tipos o especies: *la tutela cautelar y la tutela inmediata*<sup>14</sup>.

Mientras *la tutela cautelar apunta a asegurar* la futura satisfacción del objeto específicamente reclamado en la demanda -tratando de evitar durante el juicio que el demandado realice actos que puedan impedir el posterior cumplimiento de la sentencia-, *la tutela inmediata se orienta a satisfacer ese objeto* a fin de evitar que el actor sufra ciertos perjuicios que se supone padecerá como consecuencia de una satisfacción retardada<sup>15</sup>.

La tutela cautelar se materializa a través de las ya conocidas medidas cautelares. La tutela inmediata, en cambio, a través de las sentencias anticipadas y las medidas autosatisfactivas<sup>16</sup>.

Según Vargas los procesos urgentes engloban tres fenómenos: la cautela, la anticipación y la satisfacción<sup>17</sup>.

Define la **cautela** como *la actividad jurisdiccional destinada a otorgar “seguridad” a las partes contra los daños que pudieran tener que soportar en virtud de la pendencia de los procesos judiciales. Se garantiza, a través de las llamadas*

---

<sup>13</sup> De los Santos Mabel, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia” J.A 1999-IV-992. Lexis 0003/007426.-

<sup>14</sup> No toda tutela urgente puede ser definida como cautelar (Vargas Abraham Luis “Tutela Judicial efectiva, acción bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas” 1998 publicado en J.A 1998-IV-652.) o en el mismo sentido “Todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar” (Peyrano Jorge W. “Reformación de la teoría de las medidas cautelares: tutelas de urgencia. Medidas autosatisfactivas” Lexis Nexis 003/001073.

<sup>15</sup> García Montaña Tristán, “Crítica a las medidas autosatisfactivas”. En el mismo sentido De Los Santos, Mabel Alicia en “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”: Mientras el proceso cautelar es esencialmente instrumental y su finalidad radica en asegurar la ejecución futura de la sentencia o la efectividad del pronunciamiento definitivo en todas sus formas, la tutela anticipada apunta no a garantizar la eficacia de la sentencia sino a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable. No puede soslayarse que en sentido amplio toda tutela cautelar, aún las conservatorias, tienen cierto contenido anticipatorio, pero en sentido estricto y técnico, anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.-

<sup>16</sup> García Montaña Tristán, op. Cit.

<sup>17</sup> Vargas Abraham Luis Op. Cit.

medidas cautelares, un resultado “útil” del proceso. Sólo se puede hablar, por lo tanto, de “cautela” cuando haya una situación de peligro que amenace la efectivización práctica de la tutela jurisdiccional. No hay tutela sin riesgo de que ocurra un daño<sup>18</sup> (peligro en la demora).

Dentro de la tutela cautelar, por su parte, se distinguen dos tipos de procesos, según sus respectivas finalidades: por un lado el proceso cautelar “conservativo” y por otro lado el “innovativo”. Mediante el primero se trata de conservar o inmovilizar una situación de hecho, para impedir cambios que puedan frustrar el resultado práctico del proceso principal pendiente. El segundo tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente (modificación anticipada de una situación jurídica), ordenando que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor<sup>19</sup>.

La *nota característica* de la pretensión cautelar y que la distingue de las pretensiones de tutela inmediata (sentencia anticipada y autosatisfactiva) es que *no implica -ni siquiera provisoriamente- la satisfacción de la pretensión: su objeto no coincide con el objeto de la pretensión principal*<sup>20</sup>.

Son, asimismo, instrumentales, provisionales, en tanto subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron (lo que no ocurre con las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipadas, como ya veremos), son mutables (flexibles) y accesorias a un proceso de conocimiento.

Por último, el grado de verosimilitud o certeza del derecho que se requiere para decretarlas es en grado de apariencia y sólo deberá acreditarse el peligro en la demora.

La **anticipación**, en cambio, *está destinada a solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional*. Cuando el juez concede la

---

<sup>18</sup> Vargas Abraham Luis, op. Cit.-

<sup>19</sup> De los Santos Mabel Alicia “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes” JA 1996-I-633, Año 1996. Citando asimismo a Peyrano, Jorge W. “Medida cautelar innovativa”, Ed. Depalma, Bs. As, 1981 y a Reimundín Ricardo “Prohibición de innovar como medida cautelar” Ed. Astrea, Bs. As, 1979, pág. 19.

<sup>20</sup> García Montaña Tristán, op.cit.

anticipación de tutela, lo que en realidad hace es expedirse en todo o en parte sobre la misma materia que será o sería objeto de la sentencia final<sup>21</sup> a fin de evitar un perjuicio irreparable. Por ello, la sentencia anticipatoria es provisoria (en la medida en que su vigencia dependerá de la sentencia definitiva), no agota instancia, no produce efectos de cosa juzgada material y es siempre accesoria al proceso de conocimiento<sup>22</sup>.

A su turno, la **satisfacción** se produce cuando la medida anticipada adoptada por el pretorio “coincide” con el contenido ejecutivo de la sentencia de mérito final que aun no se ha dictado<sup>23</sup> (es decir, la misma coincide con el objeto de la pretensión, por lo que el dictado de una sentencia se torna en algo abstracto, ya que, en la mayoría de los casos, no llegará a dictarse). Sus efectos son equiparables a los de una sentencia definitiva y si esa providencia no es revocada (por vía impugnativa o por un proceso de conocimiento posterior), equivale lisa y llanamente a la resolución final.<sup>24</sup>

Peyrano ha definido las medidas autosatisfactivas como *soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles*<sup>25</sup>.

Se señalan como sus características particulares que consiste en una pretensión no declarativa de derechos (cuyo objeto se encuentra circunscripto a la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho), que es autónoma (prescinde del proceso principal ya que se agota con su propio dictado), que es definitiva, que se dicta in audita parte

---

<sup>21</sup> Ibid., citando a Mandrioli Cristanto “Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali” Riv. Dir. Proc. XIX 1964 ps. 550/581.

<sup>22</sup> La tutela anticipatoria precisamente anticipa el contenido de la pretensión pero sin prescindir del proceso principal posterior ni del amplio contradictorio. Conf. Carolina Eguren “Las medidas autosatisfactivas: el gran salto evolutivo del derecho procesal contemporáneo”.

<sup>23</sup> Vargas Abraham Luis, op. Cit.-

<sup>24</sup> Morello, Augusto M. “Anticipación de la tutela”, Ed. Plantese, La Plata 1996.

<sup>25</sup> Peyrano, Jorge W. “Vademecum de las Medidas Autosatisfactivas” J.A 1996-II-709. Lexis 003/001483.

(aunque también se la puede someter a una previa y reducida sustanciación) y la imposición de contracautela queda al arbitrio del juez<sup>26</sup>.

#### 4.- LAS MEDIDAS DE TUTELA INMEDIATA Y MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS – BREVE RESEÑA – REALIDAD EN NUESTRO DERECHO

Habiendo entonces esquematizado los cimientos sobre los cuales se edifica el denominado “proceso republicano” a la luz de nuestro sistema constitucional, y luego de circunscribir los límites en torno a los cuales enmarcamos a las llamadas “medidas de tutela inmediata” y a las “autosatisfactivas” dentro de los procesos urgentes, resulta necesario e ilustrativo señalar las vías por las cuales estas medidas aparecieron en nuestro Derecho, deslumbrando por el brillo de la novedad a algunos, no causando el referido impacto en otros; para luego definir cuál es el rol que tienen –o que deberían tener- los magistrados ante estas medidas, en un proceso republicano.

Es así como, de manera pretoriana, aparecen en nuestro derecho figuras de creación jurisprudencial, que tienden a resolver, de manera expeditiva, situaciones que, de transitar por los carriles habituales de nuestro ordenamiento jurídico, tornarían ilusorio el reclamo que se efectúa. Un claro ejemplo de ello es la aparición del amparo a través de los tan conocidos fallos "Siri" y "Kot".

Con este mismo origen, nuestros Tribunales han receptado y comenzado a perfilar la denominada "Medida Autosatisfactiva". En efecto, todos –o la gran mayoría- de los autores que han abordado el tema que nos ocupa, lo hacen desde la óptica de lo resuelto por la Corte Suprema en el ‘leading case’ “*Camacho Acosta*”<sup>27</sup>, pronunciamiento que ha sentado –sin duda alguna- el debate sobre el tema de la tutela anticipada, identificándose así a una suerte de tutela urgente de

---

<sup>26</sup> Eguren, Carolina *“Las medidas autosatisfactivas: el gran salto evolutivo del derecho procesal contemporáneo”*.

<sup>27</sup> CSJN - in re “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros” - LL, 1997-E-653.

parte del órgano jurisdiccional, antecedente necesario para el desarrollo del tema en análisis.

Como es sabido, en dicho precedente sostuvo la Corte que *"...en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento"*; agregando que *"...la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y, por configurar un anticipo de jurisdicción, favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión"*.

La Corte expresamente dijo que ambas medidas cautelares pueden importar un anticipo jurisdiccional, lo que no va en contra de la naturaleza de las mismas, sino que, en los casos que correspondiera su dictado, los jueces deben extremar los recaudos al fallar, por el alcance que el pronunciamiento puede tener respecto a la sentencia definitiva que se deba dictar en autos. Vemos entonces, como abrió la puerta a estas nuevas corrientes de opiniones de los autores y de planteos ante los Estrados Judiciales, donde se hace prevalecer lo urgente por sobre cualquier otro valor, sin distinción si estamos hablando de debido proceso, igualdad de partes, presunción de inocencia, etc.

Como precedentes doctrinarios, podemos citar a autores como Morello, que han sostenido que la tutela anticipada no es un hallazgo de biblioteca, o un producto académico, antes bien –explica- que se trata de reconocer las exigencias de una nueva realidad, que los requerimientos de acceso a la justicia imponen<sup>28</sup>. Asimismo, las VII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (La Paloma, 1995), en donde se señaló que "Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas".

---

<sup>28</sup> Augusto M. Morello, "Anticipación de la Tutela", Ed. Librería Editora Platense, 1996, pag. 13.

En las postrimerías del siglo pasado, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en la Ciudad de Corrientes en el año 1997, la Comisión de Derecho procesal Civil y Concursal, con motivo del tratamiento del tema "La reforma Procesal Civil, bases, presupuestos y propuestas para un código general del proceso" emitió sus conclusiones al respecto en este sentido afirmando que: "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva."

Asimismo, autores como Jorge Peyrano<sup>29</sup> que recibieron calurosamente este tipo de medidas, han sido férreos defensores de la mayor actividad de los jueces, partiendo de la base (que se ha transformado en lo que comúnmente se denomina "caballito de batalla" para dar sustento a estas medidas) de que "si bien todo lo cautelar es urgente no todo lo urgente es cautelar", sosteniendo que muchas de las soluciones pretorianas hoy triunfantes, no se ajustan, perfectamente, a los esquemas tradicionales. Y si han aparecido y prevalecido es porque responden a necesidades sentidas, aunque no sean el producto alambicado de lucubraciones conceptuales y sistemáticas. Continúan diciendo sus defensores que a estas nuevas soluciones –que casi constituyen un "botiquín de urgencia"- no deben exigírseles un encuadramiento teórico acabado. No nacieron para dar satisfacción a espíritus cavilosos, sino para dar respuestas a las necesidades del auxilio judicial".<sup>30</sup> (¿¿??)

Y es sobre estas bases, en las cuales se privilegia el dar una respuesta al justiciable, ante un requerimiento urgente, forjándose así una ilusión de que estas

---

<sup>29</sup> Citamos, *"ad exempla docens"* los siguientes trabajos. PEYRANO, Jorge W. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: génesis y evolución", en "Medidas autosatisfactivas. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, página 21. // PEYRANO, Jorge W., "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI" en "Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales" Rosario, 2002, Editorial Juris, Tomo 1, página 90. //PEYRANO, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar" en "Nuevas apostillas procesales", Santa Fe, 2003, Editorial Panamericana, página 157 – "CONFIRMACION JURISPRUDENCIAL DE QUE TAMBIEN LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA PUEDE SER LA VIA IDONEA PARA HACER JUSTICIA TEMPRANA U OPORTUNA" - Entre muchos otros, sumado a enjundiosos estudios y comentarios a fallos que receptan esta medida.

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W., "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI" en "Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales" Rosario, 2002, Editorial Juris, Tomo 1, página 90.

nuevas tutelas en extremo más que sumarísimas vienen a cubrir con un nuevo manto de verdad sobre la vida y suerte de los procesos judiciales –como si dependiera únicamente de la celeridad en los mismos, aun a costa de otras garantías de igual o superior rango-, donde se cimientan las nuevas “tutelas urgentes”. Esta ilusión de salvación y de colocación de los Jueces en un cuadro quasi heroico, es lo que llevó a sus defensores a impulsarlas en varios niveles de la vida del Derecho. Su invocación y aplicación se difundió en muchas áreas jurídicas diversas, varias de las cuales son extrañas al Derecho Civil. Así, enumerando en forma desordenada, en Derecho de Seguros, en Derecho Ambiental, en los procesos promovidos por consumidores y usuarios, en Derecho Previsional, en materia de Derecho a la Salud, en Derecho Laboral, etc.

Como decíamos al inicio de este trabajo, la novedad deslumbró a algunos autores, jueces y abogados, dando como resultado que tanto entusiasmo y proliferación de sus aplicaciones no haya dejado totalmente pasivo al legislador, que en varias provincias le ha otorgado el crisma de lo legal. A saber, Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan y Santiago del Estero, han incorporado a sus leyes procesales civiles la regulación de la autosatisfactiva<sup>31</sup>

El debate aún no concluye, por lo que, incluso contando con recepción expresa en la legislación y con la venia favorable de autores y algunos jueces, intentaremos demostrar que estos procesos urgentes pueden ser de gran utilidad, pero únicamente si son delineados sus contornos a la luz de nuestra Constitución Nacional, pues, de otro modo, su suerte estará sellada por la inconstitucionalidad.

---

<sup>31</sup> Ver ‘Infra’: “ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS A LA LUZ DE LAS PRINCIPALES RAMAS DEL DERECHO” donde los autores realizamos un estudio tomando como base el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Chaco, el cual recepta expresamente estos institutos.



5.- “TODO LO QUE ES SEGURO NO ES RÁPIDO; LO QUE ES RÁPIDO NO PUEDE SER SEGURO”<sup>32</sup> – VALORES CONTRAPUESTOS: EL DEBIDO PROCESO “VERSUS” LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS.

Continuando con la exposición, en este apartado del presente trabajo, utilizamos la palabra ‘versus’ no en su sentido latino originario (“*ir hacia*”), el que implicaría una pretendida evolución desde el resguardo celoso de las garantías constitucionales, ‘hacia’ un proceso en el cual primen otros valores, tales como lo expeditivo, la celeridad ante lo urgente, las mayores atribuciones del sentenciante, etc. Aquí, utilizamos su expresión habitual –‘contra’- la que denota un conflicto, un enfrentamiento entre posiciones antagónicas.

En la dirección apuntada, decimos que –tal como enseña el maestro Adolfo Alvarado Velloso<sup>33</sup>-, el sistema inquisitivo de enjuiciamiento que está inserto en casi toda América latina desde siempre (aunque algunas veces notablemente disfrazado de dispositivismo atenuado en lo civil), espera de los jueces que lo practican un esforzado averiguamiento la verdad de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados -las partes procesales- quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr hacer justicia a todo trance en cada caso concreto.

A este efecto, aplican sus facultades-deberes (¿?) de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto medidas para mejor proveer o actuando directamente en forma oficiosa...

Así las cosas, y pese a las opiniones de los prestigiosos autores, y a sus loables esfuerzos, consideramos que las medidas de tutela inmediata y las autosatisfactivas son de dudosa constitucionalidad –si no inconstitucionales en su génesis- en la medida en que se agotan en sí mismas y no respetan el derecho de defensa de la contraparte, derecho éste de naturaleza constitucional, reconocido

---

<sup>32</sup> Reflexión del Dr. ALVARADO VELLOSO, pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de noviembre de 1.999.-

<sup>33</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo – “La confirmación procesal y la imparcialidad judicial” – publicado en Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (julio), 28.-

en los tratados internacionales, entendiendo que nadie puede ser condenado sin ser oído antes, lo cual implica, no una simple entrevista, sino que pueda alegar y probar lo que estime pertinente a su derecho.

Cierto es que puede sostenerse que no existen derechos absolutos, pero lo que debe quedar en claro que si lo que se pretende es un proceso y no un simple procedimiento, ello exige la presencia de tres partes: actor, demandado y el tercero imparcial que decide la cuestión en base a los hechos confirmados en la causa y conforme los términos de la acción deducida (principio de congruencia, también de naturaleza constitucional), y estas dos partes deben encontrarse en pie de igualdad frente al tercero (imparcial, imparcial e independiente), para que pueda estructurarse el proceso todo, siguiendo los lineamientos definidos por nuestra Carta Magna, lineamientos y directivas que son, ni más ni menos, el fruto de la historia, de luchas y conquistas de derechos a través del tiempo.

## 6.- ANÁLISIS DE LA TUTELA INMEDIATA A LA LUZ DE LAS PRINCIPALES RAMAS DEL DERECHO

Decíamos al comienzo del presente trabajo (y fuimos reiterando a lo largo del mismo) que, al irrumpir en nuestro ámbito jurisdiccional estas nuevas medidas, muchos autores, doctrinarios y jueces se vieron tentados por la novedad que suponía contar con una acción excesivamente expeditiva para solucionar los conflictos de los justiciables

Si, tal como fue dicho precedentemente, las medidas de tutela inmediata – tal la medida autosatisfactiva- aparecieron como un requerimiento urgente formulado al órgano judicial, que "se agotan con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituyendo una cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar

autónoma."<sup>34</sup>, corresponde analizar ahora las mismas, utilizando el método comparativo con dos institutos de las ramas del Derecho Civil y del Derecho Penal, para concluir si existe –o no- posibilidades de compatibilizar y armonizar a la tutela autosatisfactiva con los principios, derechos y garantías contenidas en nuestra Constitución Nacional.

Partimos para ello, de la definición que realiza el Profesor Alvarado Velloso del proceso, caracterizándolo como “una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales, conectadas entre sí por la Autoridad”. Siendo que esta serie es lógica dado que cada etapa es antecedente necesario y lógico de su consecuente, y no puede ser alterado el orden, dado el sustento lógico de su ubicación (Afirmación – Negación – Confirmación – Alegatos)<sup>35</sup>, cabe analizar ahora estas medidas (sentencia anticipatoria y medidas autosatisfactivas) lo que sin más nos abocaremos a realizar:

6. I.- La aplicación de la tutela anticipada en el proceso penal: La prisión preventiva como sentencia anticipada.-

*a.- La naturaleza cautelar de la prisión preventiva.-*

La **tesis procesalista** de la prisión preventiva –tesis a la que adhiere la legislación provincial, nacional y la doctrina y jurisprudencia mayoritaria- sostiene que ésta es *una medida cautelar* en cuanto se limita a ser *un medio instrumental a los fines de asegurar el resultado del proceso: la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva (la pena)*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> PEYRANO, Jorge, "VADEMÉCUM DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS", publicado en J.A. 1996-11- pág. 709.

<sup>35</sup> Ver en Alvarado Velloso, Adolfo; “Introducción al estudio del derecho procesal”; Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., 2000 Primera Parte

<sup>36</sup> Foglia, Sebastián L. “La insostenible situación de la prisión preventiva” Publicado el 01/06/12 en Revista electrónica de Derecho Penal Online, disponible en [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com). Sostienen esta tesis, según el autor: *Maier*, J.B.J. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal. Ed. Lerner, Córdoba, 1981, p. 23 y Derecho Procesal Penal, Tº I, Fundamentos, 2º edición, Ed. del Puerto, Bs. As. 1999, p. 514, D’Álbor, F., Código Procesal Penal de la Nación. 2º ed., Ed. Abeledo-

En este sentido, Cefferatta Nores sostiene que el encierro preventivo no tiene por finalidad sancionar al imputado sino *“la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*<sup>37</sup>. La prisión preventiva, entonces, *no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros fines, los fines del proceso.*

Los que sostienen esta tesis reconocen la tensión que existe entre el encierro preventivo cautelar y el principio de inocencia reconocido en la Constitución Nacional. No obstante señalan que por propio mandato constitucional<sup>38</sup> el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el

---

Perrot, Bs As., 1996, p. 394, Cafferata Nores, J. I. La excarcelación. Ed. Lerner, Córdoba, 1977, p. 45; también Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1994, p. 159 y Proceso Penal y Derechos Humanos, 2º edición, Ed. del Puerto, Bs. As., 2008, p. 220, Bertolino, P. J. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 8º edición, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2005, p. 232 y ss., Binder, A. M. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2º edición actualizada y ampliada. Ad-Hoc, Bs. As. , 2000, p. 126, Bovino, A. Justicia penal y derechos humanos, Ed. del Puerto, Bs. As. 2005, p. 99, Chiara Díaz, C. Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva. Ed. Nova Tesis, Santa Fé, 2007, p. 21, Granillo Fernández, H., Herbel, G., Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado. Ed. La Ley, Bs. As. 2005, p. 349, Balcarce, F. Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal. Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 285 y Abalos, R. W. Derecho Procesal Penal, T. III, Ed. Jurídicas Cuyo, Santiago, 1993, p. 35, entre otros.

<sup>37</sup> El presente análisis se realiza sobre la base del magnífico trabajo realizado y publicado en Febrero de 2012 por el INECIP “El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio”.

<sup>38</sup> Conf. Foglia, Sebastián L. Op. Cit. Menciona entre los parámetros constitucionales de restricción al principio de inocencia 1) El Preámbulo de la CN en cuanto establece la finalidad del Estado de afianzar la justicia, como la justicia se afianza por medio de los juicios y como no se admite el juicio penal en ausencia del acusado, se admite que se pueda limitar la libertad y utilizar la prisión preventiva para que el juicio previo pueda ser realizado sin obstáculos. 2) El art. 18 CN en cuanto dice que “...nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...” haciéndola funcionar a contrario sensu, es decir, que con orden escrita de autoridad competente cualquier persona puede ser arrestada. La CSJN ha dicho que “...la Ley Fundamental, al autorizar el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente, también respalda la prisión preventiva, o sea la facultad de privar de libertad al encausado en cuanto exista semiplena prueba de que ha cometido un delito que determinará una condena a pena corporal, en aras del interés general de no facilitar la impunidad del delincuente...” (CSJN “Karpiej, Eduardo W.” del 26/12/74 en Fallos 290:393. V. también fallo “Todres, Isaac” del 18/08/71 en Fallos 280:297).

proceso (que se deriva del principio de inocencia y del juicio previo) puede ceder<sup>39</sup> pero sólo en situaciones excepcionales estrictamente relacionadas al éxito del proceso<sup>40</sup>.

Esta tesis surgió como reacción a los abusos que se produjeron a la luz otra corriente, la **sustancialista**, que ve en el encierro preventivo un fin en sí mismo: una pena anticipada utilizada como instrumento de política de persecución penal eficaz y de solución inmediata a la cuestión delictiva.

Partiendo de las distintas finalidades que ambas tesis le atribuyen al encierro preventivo, cada una ha elaborado distintos fundamentos que justifican su imposición.

Así, para los sustancialistas los parámetros para evaluar la necesidad del encierro preventivo son el monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, el daño causado, los medios empleados, las circunstancias o características personales del imputado, la repercusión social del hecho, los antecedentes o causas en trámite que registre el reo, la concesión de excarcelaciones anteriores, la reiteración delictiva y la peligrosidad del sospechoso, entre otras.

Por su parte, los procesalistas se apartan -en principio- de dichos parámetros y partiendo de la naturaleza cautelar de la medida (cuya esencia extrae del derecho procesal civil), es decir, de su función garantizadora del éxito

---

<sup>39</sup> La posibilidad restringir o limitar derechos constitucionales en determinadas situaciones excepcionales se admite en la mayoría de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

<sup>40</sup> CPPN **Art. 280 Restricción de la libertad** - La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.

CPPBA.- **Medidas de coerción. Reglas Generales. Art. 144 (Texto según Ley 13449).- Alcance.** El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

del proceso, establecen como requisitos excepcionales de admisibilidad dos presupuestos que deben darse conjuntamente 1) verosimilitud del derecho y 2) peligro en la demora<sup>41</sup>.

En relación al primero, se requiere la existencia de “elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el hecho existió, que el imputado es el autor o partícipe del hecho investigado (alto grado de probabilidad) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Es decir, se requiere una imputación válida y fundada en la prueba que aportó el acusador”<sup>42</sup>.

En relación al segundo, “se deben dar ciertas circunstancias o características que demuestren que existe un estado de posibilidad prevaleciente de que el imputado atentará contra los fines del proceso”. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia admiten dos supuestos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> CPPBA.- **Medidas de coerción. Reglas Generales. Art. 146.- Condiciones.-** El órgano judicial podrá ordenar a pedido de las partes medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones: 1.- Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar. 2.- Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida. 3.- Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela. 4.- Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil.

**Art. 157.** (Texto según Ley 13449) Prisión Preventiva. Procedencia. La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito.

2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla.

3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho.

4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171 para denegar la excarcelación.

**ART. 171 (Texto según Ley 14517) Denegatoria.** En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148.

<sup>42</sup> Conf. INECIP Op. Cit.

<sup>43</sup> Son los denominados “peligros procesales”. **Art. 148° : (Texto según Ley 13449) Peligro de fuga y de entorpecimiento.** Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la

Asimismo, a los fines de dotarla de una mayor legitimidad –atento a la tensión constitucional que genera el encierro preventivo y a que resulta ser la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito-, los procesalistas la revisten de una serie de principios propios: a.- *necesidad*: se aplica solo cuando aparezca necesario neutralizar el riesgo procesal; b.- *provisionalidad*: respecto de la subsistencia del peligro que pretenden eliminar; c.- *idoneidad*: aptitud medio-fin desde un punto de vista cualitativo para alcanzar los fines previstos; d.- *mínima intervención o subsidiariedad*: lo que importa su naturaleza de ultima ratio, y por lo tanto, supeditada a la inexistencia de otras medidas que coarten derechos fundamentales en forma menos gravosa; e.- *proporcionalidad*: con el peligro procesal que se trate de evitar; y f.- *excepcionalidad*, porque afecta derechos de quien goza de un estado de inocencia, lo que conlleva una interpretación restrictiva<sup>44</sup>.

Para los procesalistas el instituto de la prisión preventiva -entendido como medida cautelar- es compatible con las garantías constitucionales. Los posibles excesos o abusos que se pudieran cometer en su aplicación -que la convierten en un anticipo de pena, como pretenden los sustancialistas- se deben, en definitiva, a

---

posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;
2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado: 1.- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Criterio reafirmado por la Corte Suprema en el fallo “Verbitsky”, donde señaló que en el caso de la prisión preventiva, el mínimo determinado por los estándares nacionales, es el del Código Procesal Penal de la Nación, que en su art. 280 contempla.

<sup>44</sup> Conf. Foglia, Sebastián L. Op. Cit.

la inadecuada interpretación (con remanente sustancialista) que los jueces hacen sobre los requisitos de su admisibilidad y que en la práctica han convertido su aplicación en regla general<sup>45</sup>.

Por último, existe otra corriente doctrinaria (a la que adherimos) que afirma la inconstitucionalidad de la prisión preventiva: entiende que la Constitución Nacional prohíbe toda forma de detención antes de la sentencia de condena firme y proponen su abolición y reemplazo por otras medidas no privativas de la libertad<sup>46</sup>.

*b. Crítica a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva. Su naturaleza anticipatoria.-*

Sin desmerecer los importantísimos aportes de la corriente procesalista en su afán de adecuar el instituto de la prisión preventiva a las garantías constitucionales, creemos que sólo ha logrado darle *apariencia de constitucionalidad*. Si bien ha logrado superar parcialmente las arbitrariedades y abusos cometidos a la luz de los parámetros sustancialistas, no ha podido erradicarlos por completo y lo que es peor aún, en la mayoría de los casos termina aplicando sus postulados y principios (aunque para otra finalidad: no la de dar solución a la cuestión delictiva, sino la de asegurar el éxito del proceso<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> “El uso indebido de la prisión preventiva generó una distorsión significativa respecto a cuál es su finalidad. Tan es así que, desde el plano teórico, se está afirmando que el criterio procesalista no cumplió con el objetivo de utilizar al encierro como medida de ultima *ratio*”. Conf. INECIP “El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio” Op. Cit. Asimismo, según el informe del Centro de Estudios Legales y Sociales del año 2010, publicado por Ed. Siglo XXI, el 58.8% de la población carcelaria del país son presos preventivos. Así Argentina ocupa el puesto 25 del mundo con mayor cantidad de presos en prisión preventiva entre 196 países, Conf. Foglia, Sebastián L. Op. Cit. En base al informe World Prison Brief del Centro internacional para Estudios Penitenciarios del King’s College de la Universidad de Londres, disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>

<sup>46</sup> Conf. Foglia, Sebastián L. Op. Cit. Menciona que en esta corriente se encuentran Pérez Barberá, Antinúa, Vitale y Zaffaroni.

<sup>47</sup> Zaffaroni en “El enemigo en el derecho penal” Ed. Diar, 2009, pag. 111 y ss., sostiene que los fundamentos de la tesis procesalista no alcanzan para ocultar su esencia punitiva y sus postulados en muchas ocasiones no se distinguen de los sustantivistas.



En este sentido, Zaffaroni nos dice que “el drama del encierro cautelar se halla en que su legitimación implica un problema sin solución, una *cuadratura del círculo*, de la que sólo es posible salir asumiendo con sinceridad el reconocimiento de su naturaleza punitiva y su consiguiente ilegitimidad, por mucho que parezca lejana la posibilidad de un proceso penal sin encierro preventivo. De cualquier manera (...) antes de llegar al abolicionismo de la prisión preventiva, urge presionar fuertemente por un radical reduccionismo”<sup>48</sup>

Partiendo de esta idea –en pos de ése radical reduccionismo-, como así también de los principios fundamentales del garantismo procesal y a la luz de las tutelas de urgencia no cautelares que venimos desarrollando, creemos que es posible una nueva mirada sobre el encierro preventivo. No será –a pesar nuestro- radicalmente abolicionista, pero si pretenderá determinar su verdadera naturaleza procesal (no cautelar) y brindar algún aporte a los fines de ajustarla aún más a los mandatos constitucionales. Esto nos resulta de suma importancia porque creemos que con la actual y generalizada práctica de la prisión preventiva se ha caído en la trampa que Zaffaroni muy acertadamente detectó: la de *encubrir un aumento considerable del poder punitivo con una legislación penal formalmente acusatoria*<sup>49</sup>.

Resulta claro que las medidas cautelares son, desde su génesis, instrumentos que pertenecen al derecho procesal civil. De allí se tomó el molde del cual se confeccionó, con algunos ajustes, la teoría cautelar en materia penal procesal.

En el punto 3 del presente trabajo, afirmamos que *la tutela cautelar apunta a asegurar la futura satisfacción del objeto específicamente reclamado en la demanda o pretensión principal (resultado práctico de la sentencia) y que una de sus notas típicas -que la diferencia de la tutela inmediata y anticipada- es que su objeto es distinto al objeto de la pretensión principal*, es decir, que ***con la medida cautelar no se satisface –ni siquiera provisoriamente- dicho objeto.***

---

<sup>48</sup> Zaffaroni, Op. Cit.

<sup>49</sup> Zaffaroni, Op. Cit.

Podemos advertir ya en este punto la primera contradicción que acarrea dotar de naturaleza cautelar a la prisión preventiva: *la pretensión cautelar, esto es el encierro preventivo, coincide con la pretensión principal del proceso penal: la privación de la libertad en virtud de la imposición de una pena (el medio coincide con el fin).*

Ya no sólo en la realidad el encierro preventivo y el punitivo coinciden (procesados y condenados que conviven en los mismos establecimientos carcelarios, se encuentran sujetos a los mismos reglamentos carcelarios, gozan de los mismos beneficios, están sujetos a las mismas sanciones, en definitiva, se les aplica la misma ley de ejecución de la pena), sino que también *coinciden en el plano estrictamente jurídico*. En este sentido, el mismo Código Penal establece que el tiempo de detención sufrido preventivamente se computa a los efectos del cumplimiento de la pena, en caso de condena (Art. 24 C.P).

El criterio procesalista falla en su mejor intento de superar al sustancialismo porque no hace otra cosa que cambiar el foco del objeto de la tutela cautelar: ya no será evitar la reiteración delictiva, o darle solución, sino garantizar el éxito del proceso, sin embargo mantiene inalterable (y hasta intenta justificar y legitimar) su objeto: el encierro. La finalidad teórica que le atribuye una y otro al encierro es, en este aspecto, irrelevante<sup>50</sup>. Creemos - sin restar mérito a dicho avance- que ello no resulta suficiente, puesto que la pretensión cautelar continúa siendo la misma y coincide con la pretensión del proceso principal.

Creemos que en virtud de esta identidad, no puede continuar sosteniéndose su naturaleza cautelar de la prisión preventiva, porque queda claro es *esencialmente una sentencia anticipada*.

En su momento, dijimos que la sentencia anticipada *está destinada a solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional*. Y cuando el juez concede la anticipación de la pretensión, *lo que en realidad hace es expedirse en todo o en parte sobre la misma materia que será o sería objeto de*

---

<sup>50</sup> Veáse Zaffaroni, Op.Cit.

*la sentencia final, anticipando total o parcialmente los efectos de la pretensión que habrán de ser –eventualmente- consagrados por la sentencia definitiva.* Esto es lo que hace exactamente y desde el punto estrictamente procesal, el juez penal al momento de dictar la prisión preventiva: ordena (a pedido del fiscal o aún de oficio) el encierro del imputado (pretensión del acusador en el proceso de conocimiento principal) en función a los elementos probatorios existentes al momento de su dictado (que en muchos casos serán los mismos que se utilicen en el proceso de conocimiento), que hacen verosímil la existencia de un hecho delictivo, la participación en él del imputado<sup>51</sup> (que es lo que precisamente se discute en el proceso de conocimiento) y que es necesario el encierro para garantizar el éxito del proceso. En otras palabras, con el encierro preventivo el juez no hace otra cosa que *anticipar la pretensión del acusador* (que en derecho penal es en definitiva –sin perjuicio de la división de poderes e independencia de los ministerios- el propio Estado) del “efecto de condena” de la sentencia de fondo, notándose una profunda escisión del “efecto declarativo” de derechos que continúa siendo patrimonio exclusivo del fallo de mérito<sup>52</sup>.

Partiendo de este nuevo enfoque de la naturaleza del encierro preventivo (que en lo sucesivo denominaremos prisión anticipada) se modifican sus presupuestos y trámite como veremos a continuación.

1.- *Grado de conocimiento o juicio de certeza.*- Mientras que para la admisibilidad de la prisión preventiva cautelar, se requiere una alta probabilidad en cuanto a la existencia del hecho y la autoría o participación del imputado, la sentencia anticipada no se limita a “la mera captación de la verosimilitud del derecho, ni se reclama un grado de convicción equivalente a la certeza definitiva

---

<sup>51</sup> Es hasta práctica común que los Fiscales soliciten conjuntamente en la misma presentación la prisión preventiva y el requerimiento de elevación a juicio, basados en la misma prueba y con los mismos fundamentos.

<sup>52</sup> Conf. Alberto Baumeister Toledo “Anticipos de tutela y debido proceso”, Ponencia presentada en el Congreso Panamericano de Derecho Procesal celebrado en Paraguay en Noviembre de 2006.

que caracteriza a las sentencias de mérito, *sino que se satisface con una certeza provisional, ubicada en un punto medio entre las recién mencionadas*<sup>53</sup>.

Este grado de certeza requerido en el juez para su dictado, *exigirá un mayor esfuerzo probatorio de las partes* (principalmente del acusador en virtud del principio de inocencia), la realización de medidas probatorias indispensables .

2.- Justificación del anticipo.- La prueba a aportarse deberá enderezarse no sólo a acreditar la existencia del hecho y la participación del imputado, sino también –y con el mismo grado de certeza provisional- la concurrencia de un *conjunto de circunstancias que justifiquen la respuesta jurisdiccional anticipada* . El hecho de que el encierro constituya un anticipo de pena impuesto por una sentencia (anticipada) y que su finalidad no sea ya la de garantizar el éxito del proceso acarrea al menos dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, su imposición ya no podrá de ningún modo justificarse en la existencia de los polémicos, infundados e inconstitucionales “*peligros procesales*”<sup>54</sup>, sino que deberá fundarse en otras circunstancias. Por otro lado, estas circunstancias *también se deberán acreditar con el mismo grado de certeza provisional* que mencionamos en el punto anterior (y no a través de meros indicios o presunciones).

3.- Sustanciación.- Asimismo, al tratarse de una sentencia, supondrá “que se haya trabado la litis” garantizando la igualdad real de las partes durante el desarrollo del proceso<sup>55</sup> y el derecho de defensa en juicio. Para ello se deberá dar *necesariamente* la posibilidad al imputado de contestar el requerimiento de prisión anticipada y así “el juez se encontrará en una mejor situación para evaluar cual de

---

<sup>53</sup> Conf. Alberto Baumeister Toledo Op. Cit. citando además a Adolfo Rivas “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, en L.L. Actualidad, Argentina, 22/2/96.

<sup>54</sup> Resulta por demás interesante la crítica a los peligros procesales que realiza el maestro Ferrajoli en “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Ed. Trotta, Madrid 1995, pag. 555 y ss, a la que nos remitimos.

<sup>55</sup> Conf. Alberto Baumeister Toledo. Op. Cit. Pag. 23.

las partes invoca adecuadamente el derecho”. La medida cautelar prescinde de la sustanciación en estos términos<sup>56</sup>.

c.- Necesidad de reformulación legal.-

Excede al presente trabajo elaborar una teoría de la sentencia anticipada en materia penal, pero sin embargo, creemos que las cuestiones hasta aquí planteadas pueden constituir un pequeñísimo paso más en el camino hacia el “radical reduccionismo” de la prisión preventiva y hacia una vigencia a penas un poco más real de las garantías constitucionales en el proceso penal.

Si bien –como anticipamos- adherimos a la doctrina que defiende la inconstitucionalidad del encierro preventivo y que pone en tela de juicio la legitimidad y utilidad de la pena privativa de libertad, siendo éste una pena anticipada (en los hechos y en el derecho) creemos que urge, al menos, que así sea regulada en la legislación procesal penal.

6. II.- Análisis de la tutela inmediata a la luz del Derecho Civil (y del Derecho Procesal Civil): Las denominadas “medidas autosatisfactivas”.-

a.- *Delimitación de conceptos y plataforma jurídica*

Como explicábamos en el punto 3 del presente, los denominados “procesos urgentes” o “*tutelas de urgencia*”, presentan la nota característica común de la prevalencia que se le asigna a la regla procesal de la celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz.

A efectos de no volver sobre conceptos ya explicados, diremos que estas medidas anticipadas coinciden con el objeto de la pretensión; y que si la

---

<sup>56</sup> El CPPN permite la imposición de la prisión cautelar de oficio. El CPPBA a instancia del Agente Fiscal sin traslado (sustanciación) a la Defensa, aunque con posibilidad de celebración de audiencia previo a su dictado (art. 168 bis).-

providencia que la admite no es revocada (por vía impugnativa o por un proceso de conocimiento posterior), equivale lisa y llanamente a la resolución final.

Es decir que, tal como enseña el maestro Alvarado Velloso, las medidas autosatisfactivas “consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho”<sup>57</sup>.

Y desde esa conceptualización partimos, dentro de la rama del Derecho Civil (específicamente, del derecho procesal civil), y proponemos tomar como ejemplo para el análisis, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Chaco, que ha receptado expresamente las medidas autosatisfactivas. De dicho análisis, advertiremos si existe o no una colisión entre este nuevo pretendido instituto procesal y nuestra Constitución Nacional.

En la dirección antes señalada, el Art. 232 bis del Código Procesal Civil y Comercial<sup>58</sup> de esa provincia -incorporado por ley Nro. 4559<sup>59</sup>- dice textualmente:

*“ARTICULO 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, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente.*

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

---

<sup>57</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. Cautela procesal, Juris, Rosario, 2008, p. 194.

<sup>58</sup> Ley 968. En adelante, “CPCCCh”

<sup>59</sup> ley Nro. 4559. Publicada el 6-01-1.999. B.O. 7378 de la provincia de Chaco.

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, prórrogas 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 fueran 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;

E) 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 contracautela suficiente.”<sup>60</sup>

De la simple lectura de la transcrita norma, advertimos que el legislador de la provincia del norte argentino receptó absolutamente todos los elementos que configuran la medida autosatisfactiva y que han sido propuestos por la doctrina a

---

<sup>60</sup> Los subrayados y destacados pertenecen a los autores.-

lo largo del tiempo, en un extenso artículo que –a efectos del presente y en acotada síntesis- corresponderá desmembrar.

Como primer disparador, notamos que sus defensores aún no están muy convencidos de su naturaleza jurídica, puesto que, pese a remarcar que no participan de la instrumentalidad de las cautelares, se incluyeron en el capítulo referido a las mismas (Sección Sexta, Capítulo III, “Medidas Cautelares”).

Por otro lado, en el primer párrafo de la norma en cuestión, encontramos algunos de los requisitos de estas tutelas, cuales son: la prueba en cabeza del accionante de la “probabilidad cierta” de que lo que peticiona resulta atendible – la “... *fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles*”, en la conceptualización del Dr. Jorge Peyrano- y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata –“...*requerimiento urgente*”, citando al mismo autor-. Una vez reunidos estos recaudos, y dado el modo imperativo en el que está redactada la norma, se le impone al juez el **deber** de ordenar la medida solicitada, estableciéndose como regla general, que la misma sea dictada ‘*inaudita et altera pars*’ y sólo excepcionalmente, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

La consecuencia de este primer párrafo es tan evidente como alarmante.

En la práctica, las dos posibilidades que se presentan son: a) Quien resulta afectado por la medida se enterará de la existencia de la misma, al momento de la notificación que le haga saber que está compelido a hacerla efectiva, sin ningún tipo de intervención previa en el proceso; o b) Se enterará de la misma al momento de llevarse a cabo esa “previa y reducida substanciación”, donde nomás asistirá ante el Juez para que el magistrado conozca la cara de quien afrontará los costos de la tutela autosatisfactiva, pero nada más.

Como vemos, tanto una como otra solución aparecen contrarias a las garantías de defensa en juicio y de igualdad de las partes.



Ello así, por cuanto frente a esa decisión que no desestima inmediatamente el requerimiento –sino que sin más lo admite-, el demandado no está en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el juez tiene la certeza del derecho invocado por el requirente y él va a ser solamente oído, no escuchado. Prácticamente no se le va a prestar atención y en todo caso solamente podrá alegar, pero no podrá probar, ya que en ese caso se desnaturalizaría el requerimiento urgente.

De manera tal que aún esta postura, que se muestra como aparentemente respetuosa del derecho de defensa, tampoco puede ser admitida por ser violatoria del derecho inherente a la defensa con anterioridad al pronunciamiento del juez. Por no existir deliberación en el sentido preciso del término, con lo cual el juez comete un acto imprudente por falta de análisis de las posturas de ambas partes en un pie de igualdad.

*b.- La cuestión de la caución (contracautela) en las medidas autosatisfactivas.*

Siguiendo los lineamientos de la teoría cautelar clásica, junto con la verosimilitud en el derecho (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), se estudia la llamada “Contracautela”, entendida la misma como una garantía que asegura –o tiende a asegurar- al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la traba de una medida cautelar en caso la sentencia fuera desestimada.

Así, el artículo en análisis, al decir que según las circunstancias de la causa “(...) valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente”, está dejando al prudente criterio del juez la exigencia de esta ‘garantía’ para el afectado en cada caso concreto, pues deben adoptarse los recaudos para satisfacer los daños que pudiera causar en caso de ser impugnada y, finalmente, revocada (aun –y lamentablemente- por vías tan inconstitucionales como las analizadas en el apartado precedente).

Dados los términos en los que está redactada la norma, vemos que es opcional para el Juez exigir o no una caución. Trabajemos sobre la hipótesis de que efectivamente la exija a quien solicite una medida autosatisfactiva.

Monroy Palacios<sup>61</sup> considera que para la adecuada determinación de esa caución, “el Juez debe efectuar: a) una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad en que devenga innecesaria, pueda causar, y b) un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida”.

De un análisis de dichos extremos, podemos concluir que en muchos de estos casos que se perfilan como ‘urgentes’, lo pretendido por el actor implica para quien deba soportar la medida, costos dinerarios siderales, los que –como vimos- en el supuesto que el magistrado la considere procedente, deberán ser desembolsados **sí o sí** y puestos a disposición del actor, para satisfacer ese requerimiento urgente, por parte del llamado a responder y que no tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Por tanto, al primero de los puntos establecidos por Monroy Palacios, la respuesta (‘calificación’) será que en estos casos, la magnitud de los perjuicios patrimoniales es enorme, por lo que deberá también el magistrado ser en extremo sensato, al momento de analizar el segundo de los aspectos referidos por el autor citado, es decir, ser en extremo riguroso cuando analice la tutela solicitada a la luz de la capacidad económica de quien la solicite.

En ese sentido, sostenemos que, por la naturaleza de mucho de estos tipos de medidas, en los cuales las mismas incluyen postulaciones provenientes de personas que no pueden costearse los gastos que le demande, ya que pudiendo hacerlo, no encauzaría su pretensión en un proceso de los denominados “urgentes” sino que, antes bien, pagaría ante lo urgente e inminente –por ejemplo-

---

<sup>61</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Una interpretación errónea: “A mayor verosimilitud, menor caución y viceversa”*. En: Derecho Procesal Civil – Congreso Internacional. Lima, Universidad de Lima, 2003, p.274.

la prótesis y luego sí, si se considera con derecho, reclamará en un proceso de conocimiento pleno, el resarcimiento por los daños y perjuicios, en un pie de perfecta igualdad y con sus correspondientes etapas lógicas consecuenciales.

Por todo lo expuesto, advertimos que este aspecto de la contracautela, es un punto que no ha sido correctamente resuelto aún, porque o le damos algún tipo de seguridad en el patrimonio del cautelado, teniendo en cuenta que ya se vulneró flagrantemente su derecho de defensa, o admitimos sin más las medidas autosatisfactivas en supuestos como el planteado 'supra', no exigiendo una contracautela, y dejando totalmente desprotegido a quien debe soportar la misma, con la peligrosidad intrínseca que encierra sólo pensar en esa idea.

*c.- Crítica sobre los medios para cuestionar una medida autosatisfactiva. Su inconstitucionalidad.*

Cabe ahora analizar uno de los puntos que se advierte como el más peligroso de este tipo de medidas, y que hace al estricto derecho constitucional de defensa, es el aspecto de la **impugnación** que puede realizar quien debe satisfacer la medida autosatisfactiva dictada en su contra, aspecto éste donde nos vamos a detener.

En este sentido, como bien es sabido, la Constitución Nacional reconoce que la defensa en juicio de la persona y de sus derechos es inviolable. Desde ese punto debemos necesariamente partir para el análisis de esta parcela del pretendido instituto.

Entonces, desde el punto de vista de quien debe satisfacer la pretensión del actor en este tipo de procesos urgentes, el respeto a su derecho de defensa exige, no solamente ser oído sino darle la posibilidad de alegar lo que haga a la "resistencia" que crea con derecho a oponer; todo ello antes de que el sentenciante emita una declaración y eventualmente una condena en su contra.

Como surge del inciso “E)” de la norma en análisis, el CPCCCha se inclinó por el sistema que permite al afectado por la medida su impugnación, sea por medio del recurso de apelación, sea promoviendo un proceso declarativo posterior. De todas maneras, y como expresamente lo dice el código adjetivo de esa provincia, la impugnación tiene una particularidad: elegida una vía, se pierde la posibilidad de hacer valer la otra. Es decir, se exige al impugnante que opte entre ambos remedios.

En efecto, en este punto, coincidimos con el Dr. Tristán García Montaña<sup>62</sup> quien nos enseña que parece claro que el juicio de conocimiento posterior a una medida autosatisfactiva tiene por objeto una declaración de certeza sobre la fundabilidad –o no- de la pretensión concedida por adelantado. Es decir, la sentencia autosatisfactiva será mantenida o revocada según se demuestre que la pretensión era o no fundada, jamás porque era o no urgente, o probablemente fundada o no.

Entonces, tenemos que, al obligar al impugnante a optar entre el recurso o el juicio de cognición, se lo está colocando ante el dilema de elegir si discutir los presupuestos de procedencia de la autosatisfactiva –urgencia y fuerte probabilidad- por vía de recurso (el que, obviamente, es concedido con efecto devolutivo), renunciando así al debate sobre la fundabilidad de la pretensión adelantada, o bien discutir acerca de esa fundabilidad, pero renunciando a discutir la urgencia. Como vemos, planteadas de esta forma las vías para cuestionar la medida, la inconstitucionalidad surge evidente, dado que se afecta flagrantemente el derecho de defensa de quien resulta afectado y deberá soportar las consecuencias del dictado favorable de la medida autosatisfactiva.

Demás está decir que, al poder ser dictadas ‘inaudita parte’ o con una mínima intervención (comparándose a una entrevista con quien debe soportar la medida) se presentaría el caso en los hechos, por ejemplo, de que Juan –que es un obrero de escasos recursos- incoe formal demanda solicitando una medida autosatisfactiva la que consiste en que Pedro le provea una prótesis cuyo valor es

---

<sup>62</sup> GARCÍA MONTAÑO, Tristán. “Crítica a las medidas autosatisfactivas”.

superior a u\$s 50.000 por un accidente que –alega- ocurrió durante la jornada laboral en la fábrica de Pedro. Obviamente, lo urgente está dado, porque Juan puede perder la parte del cuerpo accidentada. El juez concede la medida. Pedro soporta y solventa la prótesis. ¿Y si la sentencia es revocada, por ejemplo, mediante un juicio posterior, porque quedó claramente demostrada la sinrazón del reclamo de Juan? ¿Quién soportaría los gastos? ¿Sería viable promover una acción de daños y perjuicios posterior, teniendo en cuenta la solvencia para responder de Juan? En otras palabras, ¿Es justo que Pedro haya tenido que soportar dicha medida, erogando esa enorme suma de dinero, sin posibilidad de ejercer su oportuna defensa? La respuesta negativa se impone.

Insistimos, tal como se encuentra legislada la medida autosatisfactiva en este ordenamiento procesal (que, como dijimos, recoge todos los elementos propuestos por los autores que las proponen y defienden), la suerte que debe correr es la de su inconstitucionalidad, por cercenar el derecho de defensa del llamado a cumplir la medida dictada.

*d.- ¿Existe respeto por la garantía del Debido Proceso y por el principio de igualdad de partes en este tipo de medidas?*

Habiendo analizado los requisitos de procedencia de este tipo de medidas, y los medios de cuestionamiento e impugnación de las mismas, nos encontramos en condiciones de responder al interrogante que da apertura a este punto del presente trabajo. En efecto, sabido es que a raíz de toda esta nueva corriente, se comenzó a elaborar una especie de “teoría de los procesos urgentes” que, partiendo de una supuesta dicotomía entre el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva -derecho de acceso a la justicia y derecho a obtener resolución judicial oportuna- y el derecho constitucional al debido proceso -que incluye entre otros el derecho de defensa en juicio, el de igualdad procesal, el de imparcialidad del juzgador, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc.- del demandado, concluyen en que debe preferirse el primero por sobre el segundo.

De lo expuesto, surge con meridiana claridad que ni el debido proceso, ni la igualdad de las partes en el proceso, entendida en el sentido de que los derechos, las cargas y las responsabilidades que nacen de la promoción y avance de un proceso se concedan, recaigan o se impongan, respectivamente, sobre las partes sin discriminación entre ellas, de tal modo que el resultado a que cada cual aspira no pueda ser favorecido por privilegios a favor ni gravámenes en perjuicio, son respetadas.

El magistrado, al no tener pleno conocimiento –y prueba- de lo requerido por el actor, ni de lo resistido por el demandado, emitirá un fallo parcial que - obviamente- privilegiará al primero en detrimento de los derechos y garantías del segundo.

Por lo tanto, al interrogante que nos planteamos al inicio de este punto, entonces, debemos contestar con una rotunda negativa.

*e.- Reflexiones que nos acercan a una posible solución*

Como pudimos observar, varios son los aspectos de las tutelas inmediatas que ponen en jaque el derecho constitucional a la defensa en juicio y otras garantías consagradas en nuestra Carta Magna.

Nuestra propuesta de posible solución, entonces, parte del hecho insoslayable que la bilateralización en este tipo de procesos resulta **estrictamente necesaria**, para que las partes estén en perfecto pie de igualdad (tal lo dispuesto en el Art. 16 de la Constitución Nacional) por lo que **proponemos** los siguientes puntos, que se deberán darse en forma lógica y sucesiva, siendo una actividad intelectual del Juez, y que actúan como un “tamiz” a través del cual deberá necesariamente someterse la pretensión que es considerada de “tutela inmediata” por quien la peticiona:

a) Que, ante dicha pretensión, que pueda llegar a contener una medida de tutela inmediata, el Juez debe pronunciarse respecto de si efectivamente se trata de una medida de ese tipo –tal como lo afirma el actor- o no.

b) Que, habiendo calificado la petición como un posible supuesto de “tutela inmediata”, el segundo paso será determinar si lo solicitado puede o no ser encauzado por los carriles procesales de la acción de Amparo. Para lo cual, deberá analizar si se trata de algunos de los supuestos contenidos en el Art. 43 de la Constitución Nacional, lo cual, de ser así, se cumpliría acabadamente el tratamiento de lo planteado mediante una acción igualmente expeditiva y rápida que la pretendida ‘autosatisfactiva’.

c) De considerar el magistrado que la petición puede transitar por los andariveles del proceso de amparo, en uso de sus facultades, ‘transformará’ la pretendida medida autosatisfactiva solicitada, en un proceso de amparo, con todas sus reglas, disponiendo su inmediata bilateralización, a efectos de que se ejerza el debido derecho de defensa en juicio (de todo el análisis efectuado en el presente trabajo, podemos afirmar que serán muy pocas las materias que quedarán fuera de la órbita de la acción clásica de amparo, por lo que, de no considerarla como tal, deberá procederse conforme lo proponemos en el punto siguiente).

d) Por último, y para el caso de que de la clasificación previa que realice el Juez, éste no considere que la petición de tutela urgente pueda canalizarse por la vía del amparo, proponemos una transformación del ‘espíritu’ del proceso, dándole tratamiento a la petición, pero tiñendo al proceso con el espíritu del amparo y de los procesos sumarísimos<sup>63</sup>, con todo lo que ello incluye, la prioridad en el tratamiento de la cuestión sometida al Juez, plazos, etc.

---

<sup>63</sup> ARTÍCULO 496° del CPCC de la Provincia de Buenos Aires: Trámite. En los casos del artículo 321°, presentada la demanda, el juez teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si corresponde su trámite según las normas del juicio sumarísimo.

La sustanciación se ajustará a lo establecido en los artículos anteriores con estas modificaciones:

1°) No será admisible reconvencción ni excepciones de previo y especial pronunciamiento;

2°) Todos los plazos serán de 2 días, salvo el de contestación de la demanda que será de 5 días y el de la prueba, que fijará el juez;

Como vemos, y so riesgo de pecar por repetitivos, sostenemos que en cualquiera de los casos que se le presenten, el magistrado interviniente **deberá** bilateralizar la cuestión, para que quien se encuentre en la posición de tener que soportar la medida, pueda ejercer debidamente su derecho constitucional de defensa en juicio.

## 8.- PALABRAS FINALES

Creemos que las consideraciones que hemos hecho hasta aquí pueden contribuir en la ardua tarea del garantismo de lograr el respeto real y pleno de las garantías constitucionales tanto en el proceso penal como en el proceso civil. Una tutela judicial efectiva no puede lograrse a cualquier costo, maquiavélicamente, justificando el fin por sobre los medios, sino garantizando el pleno ejercicio de los derechos de quienes en él intervienen y su igualdad en la contienda. Un proceso republicano es un proceso fiel a su ley fundamental: la Constitución. El estricto respeto a su contenido es el único camino posible para afianzar la justicia, alcanzar la paz social y el bienestar general: valores que inspiraron nuestra Carta Magna y que fueron confiados al Derecho como instrumento idóneo para su realización.

## 9.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I.- ALVARADO VELLOSO, Adolfo – “*Cautela procesal*”; Ed. Juris, Rosario, 2008.

---

3°) La audiencia de prueba deberá señalarse dentro de los 10 días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo;

4°) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten medidas precautorias. El recurso se concederá en relación y en efecto devolutivo;

5°) En el supuesto el artículo 321°, inciso 1, la demanda rechazada únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto, cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia.

6°) El plazo para dictar sentencia será de diez o de quince días, según se tratara de tribunal unipersonal o colegiado.



II.- ALVARADO VELLOSO, Adolfo - "*EL DEBIDO PROCESO DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL*" – Ed. "Zeus" año 2002.-

III.- ALVARADO VELLOSO, Adolfo - "*Introducción al estudio del derecho procesal*"; Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., 2000, primera parte.

IV.- ALVARADO VELLOSO, Adolfo – "La confirmación procesal y la imparcialidad judicial" – publicado en Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (julio), 28

V.- ALVARADO VELLOSO, Adolfo – "*Lecciones de derecho procesal civil*" – Ed. "Juris", Rosario, noviembre de 2009.

VI.- DE LOS SANTOS, Mabel - "*Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia*", publicado en J.A 1999-IV-992. Lexis 0003/007426.

VII.- EGUREN, Carolina. - "*Las medidas autosatisfactivas: el gran salto evolutivo del derecho procesal contemporáneo*", en "Activismo y garantismo procesal" - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2.009.-

VIII.- FERRAJOLI, Luigi - "*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*". Ed. Trotta, Madrid 1995.

IX.- FOGLIA, Sebastián L. "*La insostenible situación de la prisión preventiva*" Publicado el 01/06/12 en Revista electrónica de Derecho Penal Online, disponible en [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com).

X.- INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP) - "El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio"; realizado y publicado en Febrero de 2012.

XI.- MORELLO, Augusto M. - "*Anticipación de la tutela*", Ed. Plantese, La Plata 1996.

XII.- PEYRANO, Jorge W. - "*Vademecum de las Medidas Autosatisfactivas*", publicado en J.A 1996-II-709. Lexis 003/001483.

XIII.- PEYRANO, Jorge W., “*El perfil deseable del juez civil del siglo XXI*” en “*Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*”, Rosario, 2002, Editorial Juris.

XIV.- VARGAS, Abraham Luis - “*Tutela Judicial efectiva, acción bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas*” 1998 publicado en J.A 1998-IV-652.

XV.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - “*El enemigo en el derecho penal*”; Ed. Ediar, 2009.

\* \* \*