

Lo urgente y lo cautelar

Jorge W. Peyrano

Abogado. Juez de la Cámara de Rosario.

«Todos resbalamos hacia el futuro»
Mario Benedetti.

1. INTRODUCCIÓN.

Con la afortunada frase que sirve de copete, su uruguayo autor quiere significar lo ineluctable que es el porvenir cuando es anunciado por presagios y tendencias. De nada valen los esfuerzos en contrario que puedan hacer los partidarios del *statu quo*. Siempre saldrá ganancioso y se impondrá, el futuro; primero vislumbrado y presentado y, después, omnipotente e invencible. Resulta ser que en materia jurídica los sicarios del inmovilismo suelen ser más numerosos que en otros sectores, y así la inercia, el quedarse en lo «probado y sabido» acostumbra a ser casi timbre de honor para ciertos operarios jurídicos.

Lo antedicho se comprueba con el «estado de cosas» que constituye el núcleo de este trabajo y que pretende dar forma a una situación de inquietud, disconformidad y deseo de que -de una vez por todas- se haga presente el futuro que soñamos todos.

Ahora bien: ¿cuál es el futuro presentado y añorado que nos ocupa? Pues el que parte de la premisa de que los procesos cautelares, en ciertas ocasiones, no satisfacen adecuadamente las necesidades de «respuesta inmediata» requerida por los justiciables. Así es que ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a «inventar» procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedidos «cautelares» cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y

motoriza. Casi huelga aclarar que dichos procesos «inventados» o son derechamente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar perenciones. Parece entonces, llegada la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente sustantiva «no cautelar», vale decir con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas. Morello también acuerda en el señalado distingo entre la citada «tutela urgente» y la típica estructura cautelar, diciendo «Por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las figuras análogas, para actuar esa tutela provisoria, nos valemus (por el cambio de circunstancias, la fragilidad de su cuantía sucesiva, o por las modalidades de su prestación) del régimen de las providencias cautelares, pero sin formar parte de él. Es típicamente, una tutela autónoma, genuina, eficaz y de resultados efectivos»⁽¹⁾. El mismo autor, en tren de confirmar lo expresado, aporta el ejemplo de los «alimentos provisorios» que, en su caso, deben ser concedidos «ya» y sin dilaciones, y que sin embargo sólo un forzamiento palmario de la realidad puede justificar su adscripción al cuadro de las diligencias cautelares⁽²⁾. Y no se crea que los autores clásicos han dejado de columbrar que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar. Así Calamandrei nos habla -recordando a Chiovenda- de las «declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva», que son medidas distintas a las cautelares y que al juez le está permitido dictar con urgencia en vista de la particular certeza del derecho o de su naturaleza especial⁽³⁾. Más aun: no resulta

(1) MORELLO, Augusto. «Las nuevas dimensiones del proceso civil». En: J.A. boletín, 2 de noviembre de 1994, pág. 9.

(2) MORELLO, Augusto. «La tutela judicial provisorio durante el desarrollo del proceso». En: La Ley, boletín, 13 de octubre de 1994, pág. 1.

(3) CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945, pág. 37.

extraño al léxico del maestro de Florencia el calificativo de «providencia urgente» (que sería aquella que si se quiere que cumpla prácticamente su objetivo, debe ser dictada sin retardo), como algo distinto de lo ortodoxamente cautelar ⁽⁴⁾.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO URGENTE (NO CAUTELAR).

Para empezar, una frase que puede funcionar como lema y síntesis de todo el futuro desarrollo: todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar.

Para mejor exponer los ribetes del proceso urgente, los contraponemos al del cautelar. Es un tanto escolar traer a cuento que son requisitos de este último la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela ⁽⁵⁾. También lo es, memorar que el referido es un proceso «abierto» (es decir que cualquiera fuere la coyuntura correspondiente si están reunidos los recaudos referidos al interesado podrá postular exitosamente que se despache en su favor una diligencia cautelar) y «sirviente» (puesto que sólo puede existir en función de asegurar las eventuales resultas de un proceso principal respecto del cual es accesorio. Finalmente, el trámite cautelar se caracteriza porque se inicia con la postulación de que se despache favorablemente sin «oír previamente» a la parte destinataria de aquélla (*inaudita pars*).

En cambio, en el caso del proceso urgente (no cautelar), tenemos la concurrencia de las siguientes características: se reclama también peligro en la demora, se exige, no ya una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad (más que posibilidad) de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, exigencia, esta última, que explica que no sea menester requerir contracautela. En relación a este último, memórese, otra vez, la opinión ya citada de Calamandrei quien convalidaba esa suerte de proceso urgente no cautelar al que llama «declaración de certeza con predo-

minante función ejecutiva» cuando se estaba ante una situación «líquida», es decir marcada por una fuerte verosimilitud del derecho invocado, comprobada de ordinario merced a prueba *prima facie*. Por otra parte, tal proceso urgente es autónomo en el sentido de que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo; tratándose, además, de un instituto de alguna manera presidido por la idea del *numerus clausus*. Con esto último se intenta resaltar que, como regla, y aunque el legislador no lo haya dicho expresamente, el proceso urgente sólo podrá promoverse partiendo de alguna consagración legal que regule una situación en particular. Por sus especiales connotaciones, creemos que no puede defenderse un proceso urgente *in genere* sino de base legal (expresa o implícita) y destinado a disciplinar ciertas y precisas coyunturas.

Por fin, corresponde destacar que el proceso urgente se asemeja al cautelar porque ambos se inician con la postulación de que se despache favorablemente e *inaudita pars* un pedido. Tal pedido inicial diferencia al proceso urgente de otros que son de «respuesta inmediata» o «trámite comprimido» (amparo, sumarísimo, etc.) pero que exigen la promoción de un proceso cautelar para lograr la «respuesta inmediata» pretendida.

3. EJEMPLIFICACIÓN.

No pretendemos agotar aquí el catálogo de supuestos (además del caso de los alimentos provisorios ya mencionados) en los cuales el legislador -sin decirlo expresamente y ni siquiera percatarse de ello- ha ajustado su quehacer a los parámetros de lo que para nosotros constituye un «proceso urgente». Así es que nos limitaremos a proporcionar una prueba acerca de que las características del mismo no son extrañas a la letra del ordenamiento jurídico vigente. Veamos entonces, el caso del artículo 1071 bis del Código Civil ⁽⁶⁾.

En general, se coincide en que la citada disposición legal posibilite no sólo un reclamo indemnizatorio por parte del afectado en su privacía, sino también la

(4) Ibidem, pág. 41.

(5) PEYRANO, Jorge W. Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial. Editorial Zeus. Rosario 1983. Tomo 1, pág. 69. «Los presupuestos del despacho de cualquier medida cautelar son: verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*) y contracautela. Mientras los dos primeros hacen a su procedencia, el último atañe al cumplimiento de la medida precuatoria de que se tratare».

(6) «Artículo 1071 bis del Código Civil». El que arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación».

exigencia de que cese de inmediato la correspondiente violación del derecho a la intimidad, siendo prevaleciente el criterio de que puede postularse exclusivamente el referido cese y no sumarle necesariamente el pedido de pago de los perjuicios devengados ⁽⁷⁾. Tal posibilidad (la de pedir la detención del ataque a la privacidad) no parece ser otra cosa que la recepción local de difundidas figuras jurídicas foráneas como la acción de abstención germana, la acción de remoción italiana y ciertas variantes de los *injuctions* angloamericanos ⁽⁸⁾, instituciones todas que más relación guardan con lo sustancial que con lo cautelar.

“Si bien todo proceso cautelar es, obviamente, urgente, no todo proceso urgente es necesariamente cautelar. La categoría de «proceso urgente» posee características propias y separadas del «proceso cautelar.»”

Por otro lado, insistiendo en algo ya dicho, puede suceder que un sujeto afectado en su privacidad pretenda tan sólo que la misma se le restituya no queriendo ni pidiendo resarcimiento aquiliano alguno. Piénsese en la hipótesis -hoy tan corriente- del «acoso periodístico» exacerbado en el cual algún personaje sea objeto, v. gr., de una «guardia periodística sin contemplaciones». Seguramente que el perjudicado en la especie querrá que cese el acoso que lo perturba, no pasando siquiera por su imaginación formular reclamo indemnizatorio alguno contra los medios con los que

no quiere «romper lanzas» de modo permanente. Si se concibiera que la cesación de los ataques a la intimidad prevista por el artículo 1071 bis del Código Civil sólo se puede lograr a través de la acción cautelar ⁽⁹⁾, unida como tal, inevitablemente, a un proceso principal (el que por definición no desea promover el perjudicado en la especie), resulta ser que éste deberá ser «inventado» cuando, en verdad, el texto y el espíritu del artículo 1071 bis del Código Civil está diciendo que pronta y expeditamente deberán hacerse cesar las actividades violatorias del derecho al consumidor. Ello, en buen romance, quiere decir que no está subordinando al cese de marras a la inevitable promoción de un proceso cautelar todo lo cual se compagina con los antecedentes foráneos ponderados (ya citados) a la hora de redactar el artículo 1071 bis del Código Civil. Zavala de González no parece demasiado distante de nuestra línea de pensamiento y, sobre todo, de la necesidad de concebir como algo distinto a lo «urgente» respecto de lo cautelar: «La protección de los derechos de la personalidad a través de las medidas cautelares no es plenamente satisfactoria. En efecto: éstas se encuentran en función de la tutela jurisdiccional de fondo, es decir, poseen carácter instrumental, condicionado a una pretensión principal. Su finalidad es hacer eficaz la sentencia y su principal nota distintiva es la provisoriedad, de modo que de ordinario se extinguen con el fin del proceso, salvo cuando su contenido coincide con el objeto de éste y el acogimiento de la pretensión los consolida. Por el contrario, la obligación de cesar en la actividad ilícita para la intimidad tiene naturaleza autónoma, ya que procede aun en ausencia de daño y culpabilidad» ⁽¹⁰⁾.

En síntesis -abandonando posiciones de ayer ⁽¹¹⁾- creemos que el perjudicado puede obtener el cese inmediato de las ofensas a su derecho a la intimidad mediante la promoción de un proceso urgente instrumentado por el artículo 1071 bis del Código Civil, y que por serlo (y por ende no ser de índole cautelar) no debe necesariamente prestar contracautela al efecto y tampoco imaginar la procedencia de un proceso principal de naturaleza resarcitoria si es que no desea formular tales recla-

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge. «El derecho a la intimidad». En: J.A. Boletín Doctrina, 1975, pág. 402.

(8) CIFUENTES, Santos. «El derecho a la intimidad». En: E.D. No. 57, pág. 840. También puede consultarse: DÍAZ MOLINA, Iván. «El derecho a la vida privada». En: La Ley 126, pág. 1001.

(9) Tal pareciera ser la opinión de Julio C. Rivera, vertida en «Derecho a la intimidad». En: La Ley, 1980 D, pág. 932.

(10) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Derecho a la intimidad. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. 1982, pág. 159.

(11) PEYRANO, Jorge W. «Una revolución procesal inadvertida». En: Revista de Estudios Procesales. No. 23, pág. 23.

mos. Claro que sería deseable que en el futuro el legislador fuera más explícito, tanto en el supuesto del artículo 1071 bis del Código Civil como en otros en los cuales se decidiera a instrumentar expresamente «procesos urgentes» y, estructurara acabadamente un «proceso monitorio urgente» para que las partes involucradas puedan saber perfectamente a que atenerse. Como se sabe, el proceso monitorio es una estructura caracterizada «... porque presentada la demanda (si ella cumple con los requisitos que, según los casos, prescribe la ley) el juez *inaudita altera parte* dicta una resolución favorable a aquélla, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigna»⁽¹²⁾. Y también se sabe que si bien el proceso monitorio ha sido principalmente concebido como recambio del ejecutivo desnaturalizado vigente, resulta aplicable a muchos otros sectores del edificio procesal.

4. COLOFÓN.

Si bien todo proceso cautelar es, obviamente, urgente, no todo proceso urgente es necesariamente cautelar. La categoría de «proceso urgente» posee características propias y separadas del «proceso cautelar».

El convencimiento de que ello es así, llevará, seguramente, a que en el futuro próximo se regulen legal y explícitamente los procesos urgentes, supliendo así el vacío padecido en la actualidad por los justiciables quienes se ven muchas veces forzados a saciar su urgencia a través de diligencias cautelares «inventadas» y motorizadas al resguardo de procesos principales creados al solo efecto de convalidar el despacho de aquéllas.

Interín, conviene ir preparando el camino descubriendo las plurales hipótesis en las cuales el genio del legislador -sin decirlo expresamente- ha adoptado el ideario de los procesos urgentes.

Y si -¡por fin!- arribara el momento de la recepción legal expresa del «proceso urgente», nos parece que su instrumentación procesal debería pasar por los lineamientos del «procedimiento monitorio» al que en la especie se le podría adosar el calificativo de «urgente». Vale decir, que si se promoviera exitosamente un proceso urgente (a través de la correspondiente instauración de un procedimiento monitorio urgente), le quedaría al beneficiario de la orden judicial respectiva la opción de iniciar el contradictorio pertinente tendiente a dejarla sin efecto.

Por supuesto que nos conformaríamos con bastante menos del *desideratum* expuesto, pero para soñar mejor hacerlo «a lo grande». ☞

(12) MARTÍNEZ, Oscar y VIERA, Luis. «El proceso monitorio (bases para su legislación uniforme en Iberoamérica)». En: Jus No. 41, pág. 62. Igualmente se puede consultar sobre el particular el excelente trabajo de Gustavo Ríos que lleva por título «La inyucción santafesina». En: Jurisprudencia Santafesina. No. 3, págs. 27 y ss.